

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2012

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
soixante-quatrième session
7 mai-1^{er} juin et
2 juillet-3 août 2012*

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2012

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
soixante-quatrième session
7 mai-1^{er} juin et
2 juillet-3 août 2012*



NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2012*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I: comptes rendus analytiques des séances de la session ;

Volume II (1^{re} partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session ;

Volume II (2^e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*

* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la soixante-quatrième session de la Commission (A/CN.4/SR.3128 à A/CN.4/SR.3158), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/2012

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente: F.16.V.9
ISBN 978-92-1-233532-2
e-ISBN 978-92-1-059416-5

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
Membres de la commission	vi	3135^e séance	
Bureau	vi	<i>Mardi 29 mai 2012, à 15 heures</i>	
Ordre du jour	vii	Expulsion des étrangers (<i>fin</i>).....	42
Abréviations et sigles	viii	Rapport du Comité de rédaction (<i>fin</i>).....	42
Note concernant les citations	viii	Les traités dans le temps.....	50
Affaires citées dans le présent volume	ix	Rapport du Groupe d'étude.....	50
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume	xiii	3136^e séance	
Répertoire des documents de la soixante-quatrième session ...	xvii	<i>Jeudi 31 mai 2012, à 10 h 10</i>	
COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES 3128^e À 3158^e SÉANCES		Les traités dans le temps (<i>suite</i>).....	52
<i>Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la soixante-quatrième session tenue à Genève du 7 mai au 1^{er} juin 2012</i>		3137^e séance	
3128^e séance		<i>Vendredi 1^{er} juin 2012, à 10 h 10</i>	
<i>Lundi 7 mai 2012, à 15 h 5</i>		Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	53
Ouverture de la session.....	1	<i>Comptes rendus analytiques des séances de la seconde partie de la soixante-quatrième session tenue à Genève du 2 juillet au 3 août 2012</i>	
Hommage à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, ancien membre de la Commission.....	1	3138^e séance	
Déclaration du Président sortant.....	1	<i>Lundi 2 juillet 2012, à 15 h 5</i>	
Élection du bureau.....	1	Protection des personnes en cas de catastrophe.....	55
Adoption de l'ordre du jour.....	2	Cinquième rapport du Rapporteur spécial.....	55
Organisation des travaux de la session.....	2	3139^e séance	
3129^e séance		<i>Mardi 3 juillet 2012, à 10 h 5</i>	
<i>Mardi 8 mai 2012, à 10 h 5</i>		Protection des personnes en cas de catastrophe (<i>suite</i>).....	66
Hommage à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, ancien membre de la Commission (<i>fin</i>).....	2	Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	66
Expulsion des étrangers.....	4	3140^e séance	
Huitième rapport du Rapporteur spécial.....	4	<i>Mercredi 4 juillet 2012, à 10 h 5</i>	
3130^e séance		Coopération avec d'autres organismes.....	79
<i>Vendredi 11 mai 2012, à 10 h 5</i>		Déclarations de représentants du Conseil de l'Europe.....	79
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	12	Protection des personnes en cas de catastrophe (<i>suite</i>).....	85
3131^e séance		Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	85
<i>Vendredi 18 mai 2012, à 10 heures</i>		3141^e séance	
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	12	<i>Jeudi 5 juillet 2012, à 10 h 10</i>	
3132^e séance		Hommage à la mémoire de M. Choung Il Chee, ancien membre de la Commission.....	86
<i>Mardi 22 mai 2012, à 10 h 5</i>		Protection des personnes en cas de catastrophe (<i>suite</i>).....	87
Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juri- diques, Conseiller juridique.....	12	Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	87
Programme, procédures, méthodes de travail et documenta- tion de la Commission.....	22	Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	98
3133^e séance		3142^e séance	
<i>Vendredi 25 mai 2012, à 10 heures</i>		<i>Vendredi 6 juillet 2012, à 10 h 5</i>	
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	23	Protection des personnes en cas de catastrophe (<i>suite</i>).....	98
3134^e séance		Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	98
<i>Mardi 29 mai 2012, à 10 h 10</i>		3143^e séance	
Expulsion des étrangers (<i>suite</i>).....	23	<i>Mardi 10 juillet 2012, à 10 h 5</i>	
Rapport du Comité de rédaction.....	23	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	100
		Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale.....	100

3144^e séance*Jeudi 12 juillet 2012, à 10 heures*

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (<i>suite</i>).....	111
Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (<i>suite</i>)....	111

3145^e séance*Vendredi 13 juillet 2012, à 10 h 5*

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (<i>suite</i>).....	121
Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (<i>suite</i>)....	121

3146^e séance*Mardi 17 juillet 2012, à 10 h 5*

Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>).....	133
Déclarations de représentants de la Commission de l'Union africaine sur le droit international.....	133
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (<i>suite</i>).....	138
Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (<i>suite</i>)....	138

3147^e séance*Vendredi 20 juillet 2012, à 10 h 5*

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (<i>fin</i>).....	140
Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (<i>fin</i>)....	140

3148^e séance*Mardi 24 juillet 2012, à 10 h 5*

Formation et identification du droit international coutumier.....	143
Note du Rapporteur spécial.....	143
Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>).....	149
Déclaration du Président de la Cour internationale de Justice.....	149

3149^e séance*Mercredi 25 juillet 2012, à 10 heures*

Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>).....	158
Déclaration du représentant du Comité juridique inter-américain.....	158
Organisation des travaux de la session (<i>fin</i>).....	163

3150^e séance*Jeudi 26 juillet 2012, à 10 heures*

Coopération avec d'autres organismes (<i>fin</i>).....	164
Déclaration du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique ...	164
Formation et identification du droit international coutumier (<i>suite</i>).....	167
Note du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	167
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (<i>suite</i>).....	170

3151^e séance*Vendredi 27 juillet 2012, à 10 heures*

Formation et identification du droit international coutumier (<i>suite</i>).....	171
Note du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	171
La clause de la nation la plus favorisée.....	179
Rapport oral du Groupe d'étude.....	179
L'application provisoire des traités.....	181
Rapport oral du Groupe d'étude.....	181

3152^e séance*Lundi 30 juillet 2012, à 10 h 5*

Formation et identification du droit international coutumier (<i>fin</i>).....	182
Note du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	182
L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>).....	184
Rapport du Groupe de travail.....	184
Les traités dans le temps (<i>fin</i>).....	185
Rapport du Groupe d'étude (<i>fin</i>).....	185
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (<i>fin</i>).....	187
Rapport du Groupe de planification.....	187
Protection des personnes en cas de catastrophe (<i>fin</i>).....	189
Rapport du Comité de rédaction.....	189
Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session.....	192
Chapitre IV. Expulsion des étrangers.....	192
A. Introduction.....	192
B. Examen du sujet à la présente session ...	192
C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture.....	192

3153^e séance*Lundi 30 juillet 2012, à 15 heures*

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>suite</i>)...	195
Chapitre IV. Expulsion des étrangers (<i>suite</i>).....	195
C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (<i>suite</i>).....	195

3154^e séance*Mardi 31 juillet 2012, à 10 h 5*

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>suite</i>)..	199
Chapitre IV. Expulsion des étrangers (<i>suite</i>).....	199
C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (<i>suite</i>).....	199

3155^e séance*Mardi 31 juillet 2012, à 15 h 5*

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>suite</i>)..	208
Chapitre IV. Expulsion des étrangers (<i>fin</i>).....	208
C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (<i>fin</i>).....	209
B. Examen du sujet à la présente session (<i>fin</i>).....	211

3156^e séance*Jeudi 2 août 2012, à 10 h 10*

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>suite</i>).....	212
Chapitre V. Protection des personnes en cas de catastrophe.....	212
A. Introduction.....	212
B. Examen du sujet à la présente session ...	212
C. Textes des projets d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission.....	214
Chapitre VI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	214
A. Introduction.....	214
B. Examen du sujet à la présente session ...	214

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
3157^e séance			
<i>Jeudi 2 août 2012, à 15 h 5</i>			
Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>suite</i>).....	219		
Chapitre VI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (<i>fin</i>).....	219		
B. Examen du sujet à la présente session (<i>fin</i>).....	219		
Chapitre IX. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>).....	220		
A. Introduction.....	220		
B. Examen du sujet à la présente session ...	220		
Chapitre XI. La clause de la nation la plus favorisée....	221		
A. Introduction.....	221		
B. Examen du sujet à la présente session ...	221		
Chapitre VII. L'application provisoire des traités.....	221		
A. Introduction.....	221		
B. Examen du sujet à la présente session ...	221		
Chapitre XII. Autres décisions et conclusions de la Commission.....	222		
J. Séminaire de droit international.....	222		
3158^e séance			
<i>Vendredi 3 août 2012, à 10 h 5</i>			
Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (<i>fin</i>).....	222		
Chapitre VIII. Formation et identification du droit international coutumier.....	222		
A. Introduction.....	222		
B. Examen du sujet à la présente session ...	222		
Chapitre X. Les traités dans le temps.....	223		
		A. Introduction.....	223
		B. Examen du sujet à la présente session ...	223
		Chapitre XII. Autres décisions et conclusions de la Commission (<i>fin</i>).....	224
		A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	224
		B. L'application provisoire des traités.....	224
		C. Formation et identification du droit international coutumier.....	224
		D. Les traités dans le temps.....	224
		E. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission...	224
		F. Dates et lieu de la soixante-cinquième session de la Commission.....	225
		G. Coopération avec d'autres organismes ..	225
		Chapitre II. Résumé des travaux de la soixante-quatrième session de la Commission.....	225
		Chapitre III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission.....	225
		B. Formation et identification du droit international coutumier.....	225
		A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	226
		Chapitre I. Organisation de la session.....	227
		A. Membres de la Commission.....	227
		B. Membres du bureau et bureau élargi.....	227
		C. Comité de rédaction.....	227
		D. Groupes de travail et groupes d'étude ...	227
		E. Secrétariat.....	227
		F. Ordre du jour.....	227
		Conclusions du Président.....	227
		Clôture de la session.....	227

MEMBRES DE LA COMMISSION

(et pays dont ils ont la nationalité)

M. Mohammed Bello ADOKE	Nigéria	M. Donald M. McRAE	Canada
M. Ali Mohsen Fetais AL-MARRI	Qatar	M. Shinya MURASE	Japon
M. Lucius C. CAFLISCH	Suisse	M. Sean D. MURPHY	États-Unis d'Amérique
M. Enrique J. A. CANDIOTI	Argentine	M. Bernd H. NIEHAUS	Costa Rica
M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO	Mozambique	M. Georg NOLTE	Allemagne
M. Abdelrazeg EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER	Libye	M. Ki Gab PARK	République de Corée
M ^{me} Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ	Espagne	M. Chris M. PETER	République-Unie de Tanzanie
M. Mathias FORTEAU	France	M. Ernest PETRIĆ	Slovénie
M. Kirill GEVORGIAN	Fédération de Russie	M. Gilberto VERGNE SABOIA	Brésil
M. Juan Manuel GÓMEZ ROBLEDO	Mexique	M. Narinder SINGH	Inde
M. Hussein A. HASSOUNA	Égypte	M. Pavel ŠTURMA	République tchèque
M. Mahmoud D. HMOUD	Jordanie	M. Dire D. TLADI	Afrique du Sud
M. Huikang HUANG	Chine	M. Eduardo VALENCIA-OSPINA	Colombie
M ^{me} Marie G. JACOBSSON	Suède	M. Stephen C. VASCIANNIE*	Jamaïque
M. Maurice KAMTO	Cameroun	M. Amos S. WAKO	Kenya
M. Kriangsak KITTICHAISAREE	Thaïlande	M. Nugroho WISNUMURTI	Indonésie
M. Ahmed LARABA	Algérie	Sir Michael WOOD	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

BUREAU

Président : M. Lucius CAFLISCH

Premier Vice-Président : M. Bernd H. NIEHAUS

Second Vice-Président : M. Hussein A. HASSOUNA

Président du Comité de rédaction : M. Mahmoud D. HMOUD

Rapporteur : M. Pavel ŠTURMA

M^{me} Patricia O'Brien, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. George Korontzis, Directeur adjoint, assumait les fonctions de secrétaire adjoint de la Commission.

* Par une lettre datée du 22 juillet 2012, adressée au Président de la Commission, M. Vasciannie a démissionné de la Commission avec effet immédiat (voir *infra* 3149^e séance, par. 42).

ORDRE DU JOUR

À sa 3128^e séance, tenue le 7 mai 2012, la Commission a adopté pour sa soixante-quatrième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Expulsion des étrangers.
3. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
4. Protection des personnes en cas de catastrophe.
5. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
6. L'application provisoire des traités.
7. Formation et identification du droit international coutumier.
8. Les traités dans le temps.
9. La clause de la nation la plus favorisée.
10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Date et lieu de la soixante-cinquième session.
12. Coopération avec d'autres organismes.
13. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
ASEAN	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
CAHDI	Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public (Conseil de l'Europe)
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CUADI	Commission de l'Union africaine sur le droit international
FICR	Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEА	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*

* *

<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts (n^{os} 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)</i>
<i>TIDM Recueil</i>	<i>TIDM, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>

*

* *

Dans le présent volume, par Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie il faut entendre le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, et par Tribunal pénal international pour le Rwanda le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

*

* *

Adresse Internet de la Commission du droit international : <http://legal.un.org/ilc/>.

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

<i>Affaire</i>	<i>Nature de la décision et source</i>
<i>Activités armées sur le territoire du Congo</i>	(Nouvelle requête: 2002) (<i>République démocratique du Congo c. Rwanda</i>), compétence et recevabilité, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2006</i> , p. 6.
<i>Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci</i>	(<i>Nicaragua c. États-Unis d'Amérique</i>), fond, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1986</i> , p. 14.
<i>Ahmadou Sadio Diallo</i>	(<i>République de Guinée c. République démocratique du Congo</i>), indemnisation, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2012</i> , p. 324.
<i>Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire</i>	Fond, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2010</i> , p. 639.
<i>Al-Adsani</i>	Affaire n° C-154/11, arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 19 juillet 2012, <i>Recueil de jurisprudence 2012</i> , p. 491 [publié au Recueil numérique (Recueil général), ECLI:EU:C:2012:491].
<i>Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995</i>	<i>Al-Adsani c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.
<i>Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	(<i>ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce</i>), arrêt du 5 décembre 2011, <i>C.I.J. Recueil 2011</i> , p. 644.
<i>Ayyash et autres</i>	(<i>Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2007</i> , p. 43.
<i>Barcelona Traction</i>	<i>Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash et autres</i> , affaire STL-11-01/I/PTJ, Acte d'accusation du 10 juin 2011 (www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01).
« Biens mal acquis »	Chambre d'appel, Décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, 16 février 2011, affaire n° STL-11-01/1.
<i>CE-Hormones</i>	<i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited</i> , deuxième phase, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1970</i> , p. 3.
<i>Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale</i>	Cour de cassation, chambre criminelle, 9 novembre 2010, affaire n° 09-88272 (arrêt non publié au <i>Bulletin</i> , disponible sur le site Web www.legifrance.gouv.fr).
<i>Charles Taylor</i>	Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2009 (annulé).
<i>Compétence en matière de pêcheries</i>	Rapport de l'Organe d'appel, <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998.
<i>Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo</i>	(<i>Djibouti c. France</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2008</i> , p. 177.
<i>Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé</i>	<i>Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor</i> , affaire SCSL-03-01, jugement du 26 avril 2012. Les décisions rendues par la deuxième chambre du Tribunal spécial et par la Cour d'appel peuvent être consultées sur le site Web du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, à l'adresse suivante: www.rscsl.org/Taylor.html .
<i>Cudak c. Lituanie</i>	(<i>Espagne c. Canada</i>), compétence de la Cour, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1998</i> , p. 432.
<i>Délimitation maritime en mer Noire</i>	(<i>République fédérale d'Allemagne c. Islande</i>), fond, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1974</i> , p. 175.
<i>Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)</i>	(<i>Royaume-Uni c. Islande</i>), fond, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1974</i> , p. 3.
<i>Détroit de Corfou</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 2010</i> , p. 403.
<i>Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 2004</i> , p. 136.
	[GC], n° 15869/02, CEDH-2010.
	(<i>Roumanie c. Ukraine</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2009</i> , p. 61.
	<i>Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)</i> , affaire n° 16, arrêt du 14 mars 2012, <i>TIDM Recueil 2012</i> , p. 4.
	<i>Affaire du Détroit de Corfou</i> , arrêt du 9 avril 1949, <i>C.I.J. Recueil 1949</i> , p. 4.
	(<i>Costa Rica c. Nicaragua</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2009</i> , p. 213.

<i>Différend territorial et maritime</i>	(<i>Nicaragua c. Colombie</i>), requêtes à fin d'intervention, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2011</i> , p. 348 (Costa Rica) et p. 420 (Honduras).
<i>Furundžija</i>	<i>Le Procureur c. Anto Furundžija</i> , n° IT-95-17/1T, Chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998, disponible à l'adresse suivante : www.icty.org/fr/case/furundzija/4 (consulté le 2 mai 2017).
<i>Immunités juridictionnelles de l'État</i>	[<i>Allemagne c. Italie</i> ; Grèce (intervenant)], arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2012</i> , p. 99.
<i>Jones et Mitchell c. Arabie saoudite</i>	<i>Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)</i> , Chambre des lords, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26, reproduit dans <i>International Law Reports</i> , vol. 129 (2007), p. 713.
<i>Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail</i>	<i>Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole</i> , avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 2012</i> , p. 10.
<i>Kaing Guek Eav alias Duch</i>	Affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens, jugement en appel, 3 février 2012 (www.eccc.gov.kh/).
<i>Karadžić</i>	<i>Le Procureur c. Radovan Karadžić</i> , affaire n° IT-95-5/18, les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante : www.icty.org/case/karadzic/4 (consulté le 13 février 2015).
<i>Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 1996</i> , p. 226.
«Lotus»	<i>Affaire du «Lotus»</i> , 7 septembre 1927, <i>C.P.J.I. série A</i> , n° 10.
<i>Lozano c. Italie</i>	<i>Lozano (Mario Luiz) c. Italie</i> , affaire n° 31171/2008, jugement en appel, Cour suprême de cassation, 24 juillet 2008, <i>Oxford Reports on International Law, International Law in Domestic Courts</i> [ILDC 1085 (IT 2008)].
<i>Lubanga</i>	<i>Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo</i> , n° ICC-01/04-01/06, Cour pénale internationale, chambre de première instance, 14 mars 2012 (www.icc-cpi.int/icc-docs/doc/doc1462060.pdf , consulté le 18 mars 2016).
<i>Maffezini c. Espagne</i>	<i>Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne</i> , CIRDI, affaire ARB/97/7, décision du 25 janvier 2000, <i>ICSID Review of Foreign Investment Law Journal</i> , vol. 16, n° 1 (2001), p. 1. Le texte de la décision est également disponible à l'adresse suivante : https://icsid.worldbank.org , et dans <i>International Law Reports</i> , vol. 124 (2003), p. 1.
<i>Mandat d'arrêt du 11 avril 2000</i>	(<i>République démocratique du Congo c. Belgique</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , p. 3.
<i>Mladić</i>	<i>Le Procureur c. Ratko Mladić</i> , affaire n° IT-09-92, les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante : www.icty.org/case/mladic/4#jug .
<i>Nottebohm</i>	<i>Affaire Nottebohm (deuxième phase)</i> , arrêt du 6 avril 1955, <i>C.I.J. Recueil 1955</i> , p. 4.
<i>Omar Hassan Ahmad Al Bashir</i>	<i>Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir</i> , n° ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la Décision [du 12 décembre 2011] rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011 (www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_00951.pdf).
	Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011 (www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_21753.pdf).
<i>Pêcheries</i>	(<i>Royaume-Uni c. Norvège</i>), arrêt du 18 décembre 1951, <i>C.I.J. Recueil 1951</i> , p. 116.
<i>Pinochet</i>	<i>Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)</i> , Royaume-Uni, Chambre des lords, 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, <i>International Law Reports</i> , vol. 119 (2002), p. 135.
<i>Plateau continental de la mer du Nord</i>	(<i>République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas</i>) et (<i>République fédérale d'Allemagne/Danemark</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1969</i> , p. 3.
<i>Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader</i>	(<i>Belgique c. Sénégal</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2012</i> , p. 422.
<i>Republica c. De Longchamps</i>	Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, <i>C.I.J. Recueil 2009</i> , p. 139.
	1 U.S. 111 (1784), Cour suprême des États-Unis, session d'octobre 1784.

<i>Affaire</i>	<i>Nature de la décision et source</i>
<i>Réserves à la Convention sur le génocide</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 1951</i> , p. 15.
<i>Soering</i>	<i>Soering c. Royaume-Uni</i> , CEDH, 7 juillet 1989, <i>série A</i> n° 161.
<i>Usine de Chorzów</i>	<i>Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité, fond)</i> , 13 septembre 1928, arrêt n° 13, <i>C.P.J.I. série A</i> n° 17.
<i>Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay</i>	(<i>Argentine c. Uruguay</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2010</i> , p. 14.
<i>Uwinkindi</i>	<i>Le Procureur c. Jean Uwinkindi</i> , affaire n° ICTR-01-75-AR11bis, Chambre d'appel, 16 décembre 2011, disponible à l'adresse suivante : www.ictrcaselaw.org/docs/20111216-dco-0175-01-fr.PDF , consulté le 18 mars 2016.
	Décision du 28 juin 2011, disponible à l'adresse suivante : www.ictrcaselaw.org/docs/20110628-dco-0175-01-en.PDF , consulté le 18 mars 2016.
« Wimbledon »	<i>Vapeur « Wimbledon »</i> , arrêt du 17 août 1923, <i>C.P.J.I. série A</i> n° 1.

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Sources

Relations d'amitié et de coopération entre les États

Traité de l'Atlantique Nord (Washington, 4 avril 1949) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 34, n° 541, p. 243.

Règlement pacifique des différends internationaux

Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine (Abuja, 31 janvier 2005) Consultable sur le site Web de l'Union africaine, à l'adresse suivante : www.au.int/en/treaties.

Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.

Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.

Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969) Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004) *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38.

Droits de l'homme

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.

Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à cette dernière (Strasbourg, 16 septembre 1963) Ibid., vol. 1496, p. 263.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.

Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [San José, 22 novembre 1969] Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnelles (Strasbourg, 28 janvier 1981) Ibid., vol. 1496, n° 25702, p. 65.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.

Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (New York, 19 décembre 2011) Résolution 66/138 de l'Assemblée générale.

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, n° 39481, p. 3.

Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées (Guatemala, 7 juin 1999) OEA, AG/RES. 1608 (www.cidh.oas.org/Basicos/French/o.handicapees.htm).

Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique (Convention Médicrime) [Moscou, 28 octobre 2011] Conseil de l'Europe, *Série des traités du Conseil de l'Europe*, n° 211.

Réfugiés et apatrides

- Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137.
- Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
- Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954) Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.
- Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969) Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 46.

Commerce international et développement

- Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 17 mars 1994) OEA, *Treaty Series*, n° 78.
- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, n° 31874, p. 3.
- Accord général sur le commerce des services (annexe 1B) Ibid., vol. 1869, p. 219.

Aviation civile

- Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102, p. 295.

Questions pénales

- Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, n° 5146, p. 273.
- Troisième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 10 novembre 2010) Conseil de l'Europe, *Série des traités du Conseil de l'Europe*, n° 209.
- Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Vienne, 20 septembre 2012) Ibid., n° 212.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, n° 21931, p. 205.
- Convention interaméricaine sur l'extradition (Caracas, 25 février 1981) Ibid., vol. 1752, n° 30597, p. 177.
- Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (Strasbourg, 21 mars 1983) Ibid., vol. 1496, n° 25703, p. 91.
- Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996) E/1996/99, annexe.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

Lutte contre le terrorisme international

- Convention pour la prévention ou la répression des actes terroristes qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, 2 février 1971) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° I-24381, p. 191.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999) Ibid., vol. 2178, n° 38349, p. 197.

Droit de la mer

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n° 31363, p. 3.
- Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (New York, 28 juillet 1994) Ibid., vol. 1836, n° 31364, p. 3.
- Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995) Ibid., vol. 2167, n° 37924, p. 3.

Droit des traités

- Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]

A/CONF.129/15 dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, Vienne, 18 février-21 mars 1986, vol. II, A/CONF.129/16/Add.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5), p. 93.

Télécommunications

Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (Convention de Tampere) [Tampere, 18 juin 1998]

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, n° 40906, p. 5.

Assistance

Convention établissant une Union internationale de secours (Genève, 12 juillet 1927)

Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 135, n° 3115, p. 247.

Convention interaméricaine visant à faciliter l'assistance en cas de catastrophe (Santiago du Chili, 7 juin 1991)

OEA, *Série des Traités*, n° 74 [OEA/Ser.A/49 (SEPF)]. Consultable en anglais et en espagnol à l'adresse suivante : www.oas.org/juridico/english/treaties/a-54.html.

Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (Vientiane, 26 juillet 2005)

ASEAN, *Document Series 2005*, p. 157.

Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala) [Kampala, 23 octobre 2009]

Consultable sur le site Web de l'Union africaine, à l'adresse suivante : www.au.int/en/treaties.

Droit applicable aux conflits armés

Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV)

Ibid., n° 973, p. 287.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]

Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et 609.

Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et Règlement d'exécution de ladite Convention (La Haye, 14 mai 1954)

Ibid., vol. 249, n° 3511, p. 215.

Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)

Ibid.

Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999)

Ibid., vol. 2253, n° 3511, p. 172.

Environnement et ressources naturelles

Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997)

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49 (A/51/49), vol. III, résolution 51/229, annexe.

Droit international général

Statut de la Cour permanente de Justice internationale (Genève, 16 décembre 1920)

Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 6, n° 170, p. 379.

Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, n° 1609, p. 3.

Convention européenne d'établissement (Paris, 13 décembre 1955)

Ibid., vol. 529, n° 7660, p. 141.

Acte constitutif de l'Union africaine (Lomé, 11 juillet 2000)

Ibid., vol. 2158, n° 37733, p. 3.

Sources

Charte démocratique interaméricaine (Lima, 11 septembre 2001)

Consultable en français sur le site Web de l'OEA (www.oas.org/OASpage/frn/documents/Democractic_Charter.htm).

Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (Addis Abeba, 30 janvier 2007)

OEA, Consejo Permanente, OEA/Ser.G/CP-1, Washington DC, 2003 (www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf).

Consultable sur le site Web de l'Union africaine (<http://au.int/en/treaties>) ou sur celui de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (www.achpr.org/fr/instruments).

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-QUATRIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/649	Ordre du jour provisoire de la soixante-quatrième session	Reprographié. L'ordre du jour adopté est reproduit <i>supra</i> , p. vii.
A/CN.4/650 et Add.1	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session	Reprographié.
A/CN.4/651	Huitième rapport sur l'expulsion des étrangers, présenté par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial	Reproduit dans <i>Annuaire... 2012</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/652	Cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/653	Formation et identification du droit international coutumier, note de Michael Wood, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/654	Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/655 et Add.1 et 2	Nomination à des sièges devenus vacants après élection	A/CN.4/655 reproduit dans <i>Annuaire... 2012</i> , vol. II (1 ^{re} partie), A/CN.4/655/Add.1 et 2 reprographiés.
A/CN.4/L.797	Expulsion des étrangers : texte des projets d'articles 1 à 32 provisoirement adoptés en première lecture par le Comité de rédaction à la soixante-quatrième session de la Commission du droit international	Reprographié.
A/CN.4/L.798	Rapport du Groupe de planification	Idem.
A/CN.4/L.799 [et Corr.1]	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session : chapitre I (Organisation de la session)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2012</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.800	Idem : chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-quatrième session)	Idem.
A/CN.4/L.801	Idem : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.802 et Add.1	Idem : chapitre IV (Expulsion des étrangers)	Idem.
A/CN.4/L.803	Idem : chapitre V (Protection des personnes en cas de catastrophes)	Idem.
A/CN.4/L.804 et Add.1	Idem : chapitre VI (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.805	Idem : chapitre VII (L'application provisoire des traités)	Idem.
A/CN.4/L.806	Idem : chapitre VIII (Formation et identification du droit international coutumier)	Idem.
A/CN.4/L.807	Idem : chapitre IX [L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)]	Idem.
A/CN.4/L.808	Idem : chapitre X (Les traités dans le temps)	Idem.
A/CN.4/L.809	Idem : chapitre XI (La clause de la nation la plus favorisée)	Idem.
A/CN.4/L.810	Idem : chapitre XII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem.

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.811	Idem : chapitre XII (Autres décisions et conclusions de la Commission) [<i>suite</i>]	Idem.
A/CN.4/L.812	Protection des personnes en cas de catastrophes. Textes et titres des projets d'articles 5 <i>bis</i> , 12, 13, 14 et 15 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction du 5 au 11 juillet 2012	Reprographié.
A/CN.4/SR.3128-A/CN.4/SR.3158	Comptes rendus analytiques provisoires des 3128 ^e à 3158 ^e séances	Idem. Le texte définitif figure dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA PREMIÈRE PARTIE DE LA SOIXANTE-QUATRIÈME SESSION

tenue à Genève du 7 mai au 1^{er} juin 2012

3128^e SÉANCE

Lundi 7 mai 2012, à 15 h 5

Président sortant : M. Maurice KAMTO

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Adoke, M. Al-Marri, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT SORTANT déclare ouverte la soixante-quatrième session de la Commission du droit international, qui est la première session du nouveau quinquennat.

Hommage à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, ancien membre de la Commission

2. Le PRÉSIDENT SORTANT dit que l'ouverture de la session est marquée par la tristesse en raison du décès récent de M. Carlos Calero Rodrigues, membre de la Commission de 1982 à 1996. M. Rodrigues a grandement contribué aux travaux de la Commission tout au long de cette période, particulièrement dans les domaines des droits de l'homme, du droit de la mer et du droit international humanitaire.

À l'invitation du Président sortant, les membres de la Commission observent une minute de silence.

Déclaration du Président sortant

3. Le PRÉSIDENT SORTANT donne un bref aperçu des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de l'examen du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa

soixante-troisième session. Les documents A/CN.4/650 et A/CN.4/650/Add.1 contiennent un résumé thématique de ces débats. Les délégations de la Sixième Commission avaient à cœur de renforcer la communication avec la Commission. Elles ont donc continué, comme l'Assemblée générale les y avait encouragées par sa résolution 59/313 (par. 12) du 12 septembre 2005, à avoir, en complément de leurs déclarations formelles, un débat interactif avec les membres de la Commission et les Rapporteurs spéciaux qui se trouvaient à New York. Ce dialogue, qui a eu lieu pendant les séances auxquelles participaient des conseillers juridiques, a surtout porté sur les sujets de l'expulsion des étrangers et de la protection des personnes en cas de catastrophe, ainsi que sur les nouveaux sujets figurant au programme de travail à long terme de la Commission¹.

4. L'Assemblée générale a adopté, sur la base de l'examen du rapport de la Commission par la Sixième Commission, la résolution 66/98 du 9 décembre 2011, dans laquelle elle félicite la Commission d'avoir achevé ses travaux sur la responsabilité des organisations internationales, les effets des conflits armés sur les traités et les réserves aux traités (par. 4). Ayant pris note de l'inscription de cinq nouveaux sujets au programme de travail à long terme de la Commission (par. 7), elle a invité cette dernière à continuer de donner la priorité à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et à l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) afin de conclure ses travaux sur ces sujets (par. 8). L'Assemblée générale a aussi adopté, le 9 décembre 2011, les résolutions 66/99 et 66/100, dans lesquelles elle a pris note des projets d'article sur les effets des conflits armés sur les traités² et sur la responsabilité des organisations internationales³, respectivement, et a décidé d'examiner la forme que pourraient prendre ces textes à sa soixante-neuvième session.

Élection du bureau

M. Caflisch est élu Président par acclamation.

M. Caflisch prend la présidence.

¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 à 367, et annexes I à V.

² *Ibid.*, p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

³ *Ibid.*, p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

5. Le PRÉSIDENT remercie de tout cœur les membres de la Commission de l'honneur qui lui est fait et rend hommage à M. Kamto, Président de la soixante-troisième session, ainsi qu'aux autres membres du Bureau de cette session pour le travail remarquable qu'ils ont accompli. En ce début du nouveau quinquennat, il souhaite la bienvenue aux membres de la Commission qui ont été réélus et dit ne pas douter que les nouveaux membres s'adapteront rapidement au rythme et aux méthodes de travail de la Commission.

M. Niehaus est élu Premier Vice-Président par acclamation.

M. Hassouna est élu Second Vice-Président par acclamation.

M. Hmoud est élu Président du Comité de rédaction par acclamation.

M. Šturma est élu Rapporteur par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/649)

L'ordre du jour est adopté.

La séance est suspendue à 15 h 40; elle reprend à 16 h 35.

Organisation des travaux de la session

[Point 1 de l'ordre du jour]

6. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le programme de travail de la première semaine de la session. La Commission entendra tout d'abord la présentation du huitième rapport sur l'expulsion des étrangers établi par le Rapporteur spécial (A/CN.4/651). Le Comité de rédaction travaillera sur le sujet toute la semaine, au cours de laquelle le Groupe d'étude sur les traités dans le temps se réunira également. Le Bureau propose enfin que la séance plénière suivante soit dédiée à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues.

Le programme de travail de la première semaine de la session est adopté.

7. M. CANDIOTI fait observer qu'avec le début du nouveau quinquennat un tiers des membres de la Commission sont nouveaux. L'Assemblée générale a donné une mission claire à la Commission, celle de progresser sur deux sujets, à savoir l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En outre, il conviendra de choisir de nouveaux sujets, car les travaux sur trois sujets majeurs viennent de s'achever. Pour toutes ces raisons, il serait sans doute utile d'avoir un échange de vues sur la meilleure manière d'organiser les travaux de la Commission pour la session en cours et au-delà, tout au long du nouveau quinquennat.

8. Le PRÉSIDENT explique qu'en raison de sa nouvelle composition la Commission doit désigner de nouveaux rapporteurs spéciaux sur deux sujets: l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

et l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il invite les membres à se consulter à cette fin. Il leur propose également de se pencher sur la méthode générale à adopter pour les travaux, dans le cadre de consultations informelles sur ce point. Des consultations informelles, avec les membres du bureau élargi, se tiendront par ailleurs sur les nouveaux sujets à inclure dans le programme de travail.

9. M. HASSOUNA espère que la Commission continuera à améliorer ses méthodes de travail au cours de la session en cours, conformément aux décisions prises lors de la précédente session, et que le nouveau quinquennat sera productif.

La séance est levée à 16 h 50.

3129^e SÉANCE

Mardi 8 mai 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Adoke, M. Al-Marri, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Hommage à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, ancien membre de la Commission (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT dit que, comme il a été annoncé à la séance précédente, la séance en cours est dédiée à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, membre de la Commission de 1982 à 1996. Grâce à sa vaste expérience de la diplomatie et de l'élaboration d'instruments juridiques internationaux, Carlos Calero Rodrigues avait fourni une contribution très importante aux travaux de la Commission, et, de manière plus générale, au développement du droit international dans des domaines tels que le droit de la mer, les droits de l'homme, le droit international humanitaire et l'immunité des États.

2. M. SABOIA sait gré à la Commission de rendre hommage à la mémoire de M. Carlos Calero Rodrigues, avec qui il avait travaillé à la Commission des droits de l'homme dans les années 1980 mais aussi à l'époque où celui-ci était Secrétaire général du Ministère brésilien des affaires étrangères, dans les années 1990. Outre sa contribution au développement du droit international dans les domaines indiqués par le Président, M. Calero Rodrigues siégeait à la Commission des droits de l'homme à une époque qui était difficile pour le Brésil et avait participé à l'élaboration de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Même si son pays avait des problèmes en matière de droits

de l'homme, il estimait possible d'avoir une approche positive et de faire avancer les travaux. Tel était l'esprit qui l'animaient également à la Commission du droit international : il était convaincu qu'il était possible de rapprocher des positions opposées et nécessaire de trouver des solutions pour obtenir de bons résultats, en recherchant un compromis qui contribue véritablement à l'avancement du droit international ou au renforcement des droits de l'homme. Il prenait très au sérieux tous les sujets examinés par la Commission, sans pour autant se départir de son humour – il était même parfois d'une ironie mordante. Les travaux de la Commission étaient ce qui lui importait le plus, et il mettait un point d'honneur à travailler par lui-même, sans assistant ni conseiller. M. Saboia, qui avait beaucoup appris auprès de M. Calero Rodrigues, a été profondément peiné par sa disparition et est reconnaissant à la Commission d'avoir voulu se souvenir de lui.

3. Sir Michael WOOD relève que le Président et M. Saboia ont déjà dit ce qu'il souhaitait dire au sujet de M. Carlos Calero Rodrigues, ce qui montre que celui-ci était égal à lui-même avec tout le monde. C'était un des grands juristes internationaux de son époque et un praticien très compétent de la diplomatie, qui réunissait toutes les qualités et l'expérience nécessaires aux travaux de la Commission. À la Sixième Commission, ses contributions aux débats, et notamment à ceux portant sur le rapport de la Commission du droit international, étaient écoutées avec la plus grande attention : non seulement parce qu'il était toujours le premier orateur à intervenir, mais aussi parce que ce qu'il disait était très avisé et donnait l'orientation des débats qui suivaient. Sir Michael a lui aussi beaucoup appris auprès de M. Calero Rodrigues qui, outre ses compétences étendues, était un modèle de courtoisie et de diplomatie au meilleur sens de ces termes : ce dernier manifestait un grand intérêt à l'égard de tous et, s'il pouvait être moqueur, il n'était jamais cruel. Par-dessus tout, on retiendra sa contribution au développement progressif et à la codification du droit international, en particulier sa présidence fort habile du groupe de travail de la Sixième Commission pendant les consultations sur l'immunité des États. Les rapports qu'il avait élaborés au début des années 1990 ont fortement contribué à l'adoption, en 2004, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens : lorsque la Commission s'est saisie de cette question, elle s'est fondée sur les thèmes sur lesquels avait travaillé M. Calero Rodrigues et pour lesquels il avait déjà proposé des solutions qui se sont révélées valides. Cette convention est une des grandes réussites de la Commission et Sir Michael, que la disparition de M. Calero Rodrigues touche également, est heureux de lui en reconnaître une bonne partie du mérite.

4. M. COMISSÁRIO AFONSO dit qu'il connaissait personnellement M. Carlos Calero Rodrigues, avec qui il avait travaillé à maintes reprises, et que cette relation lui a laissé une impression profonde et durable. M. Calero Rodrigues, personnalité éminente, se montrait toujours respectueux et amical. C'était un excellent juriste qui avait servi son pays, la Commission, les Nations Unies et la communauté internationale tout entière, avec honneur et distinction. M. Comissário Afonso avait eu le privilège de le voir plusieurs fois à Genève lors de sessions de la Commission des droits de l'homme, à laquelle M. Calero

Rodrigues était entièrement dévoué. Il l'avait retrouvé à l'occasion des réunions des pays lusophones convoquées pour établir, en harmonisant les positions, la version portugaise de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui devait être présentée aux gouvernements et aux parlements concernés pour approbation. Il l'avait aussi retrouvé à New York à la Sixième Commission, qu'il avait présidée en 1991. Avec d'autres représentants, notamment Sir Michael, M. Calero Rodrigues avait travaillé sans relâche pour que la Sixième Commission obtienne des résultats positifs. En effet, c'est une des rares occasions où une résolution sur le terrorisme a été adoptée par consensus, contrairement aux années précédentes et à celles qui ont suivi. M. Calero Rodrigues était une voix puissante mais avisée au sein de la Sixième Commission, et il développait son argumentaire juridique de manière convaincante et rigoureuse. Compte tenu de sa vaste expérience de négociateur, M. Comissário Afonso l'avait consulté à l'envi jusqu'à ce qu'ils trouvent tous deux les meilleures solutions possibles aux questions épineuses dont ils étaient saisis. M. Calero Rodrigues était un juriste de grande envergure qui aimait épouser de grandes causes consacrant les valeurs humaines universelles. Il était farouchement opposé à toute violation des droits de l'homme, et notamment à la peine de mort, et avait participé à la rédaction de très nombreux instruments relatifs aux droits de l'homme. Il avait aussi présidé le troisième comité de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, qui s'était tenue à Stockholm en 1972 et dont le quarantième anniversaire a été récemment célébré dans la capitale suédoise. M. Comissário Afonso salue donc l'initiative qu'a prise la Commission de rendre hommage à la mémoire d'un juriste éminent qui a consacré sa vie entière aux idéaux de paix, de justice et des droits de l'homme, mais aussi au développement progressif et à la codification du droit international.

5. M. GEVORGIAN dit que lui aussi connaissait personnellement M. Calero Rodrigues et qu'il avait toujours eu l'impression, malgré leur grande différence d'âge et de position, que celui-ci était bien disposé à son égard. Il confirme que M. Calero Rodrigues était une véritable institution au sein de la Sixième Commission lorsque celle-ci examinait le rapport de la Commission du droit international, car ses interventions étaient aussi précises et détaillées que libres. Il souscrit donc à tout ce qui a été dit par les orateurs précédents et souhaite faire part de son profond respect envers M. Calero Rodrigues, ainsi qu'adresser ses condoléances attristées à ses proches et à ses concitoyens.

6. M. VALENCIA-OSPINA souhaite s'associer à l'hommage rendu à la mémoire de M. Calero Rodrigues car il est le seul membre de la Commission à avoir eu l'honneur de travailler avec lui à la Commission, où tous deux siégeaient en 1982 et 1983, et peut donc témoigner de l'apport de cet éminent juriste aux travaux de la Commission. Outre sa contribution au développement progressif et à la codification du droit international, il souhaite souligner un aspect déjà évoqué par M. Saboia, à savoir le rôle fondamental joué par M. Calero Rodrigues dans l'harmonisation des opinions divergentes exprimées au sein de la Commission : en effet, celui-ci s'efforçait toujours de trouver des formules permettant de rallier les différents points de vue d'une manière constructive pour

faire avancer le processus de codification. Le rôle très actif qu'il a joué tant au sein de la Commission du droit international que de la Sixième Commission a également permis de jeter une passerelle entre ces deux organes, ce qui a été décisif dans l'accueil favorable réservé par l'Assemblée générale à de nombreux projets élaborés par la Commission. M. Calero Rodrigues s'était en quelque sorte inscrit dans une tradition familiale, puisqu'il était le beau-frère de M. José Sette Câmara, qui l'avait précédé à la Commission avant de siéger à la Cour internationale de Justice. Enfin, comme tous l'ont relevé, il avait un grand sens de l'humour, mais aussi, ce que l'on sait peut-être moins, une véritable passion pour la musique classique.

7. Le PRÉSIDENT dit qu'il était lui aussi très attaché à M. Calero Rodrigues, personnalité d'exception avec qui il avait eu le privilège de travailler dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, puis, à la Sixième Commission, dans le domaine de l'immunité des États, et que cette disparition l'affecte et l'attriste.

Expulsion des étrangers (A/CN.4/650 et Add.1, sect. B⁴, A/CN.4/651⁵ et A/CN.4/L.797⁶)

[Point 2 de l'ordre du jour]

HUITIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

8. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son huitième rapport sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/651).

9. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'en présentant son septième rapport sur l'expulsion des étrangers⁷, à la soixante-troisième session, il avait indiqué que ce serait le dernier avant la soumission au Comité de rédaction de l'ensemble des projets d'articles élaborés sur le sujet et, espérait-il, leur adoption par la Commission. Les débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session ont fait apparaître la nécessité de rédiger un huitième rapport pour répondre aux préoccupations exprimées par certains États (voir les paragraphes 5 à 31 du huitième rapport) et par l'Union européenne (ibid., par. 32 à 48).

10. M. Kamto ne fera pas injure à ses collègues en exposant par le détail les préoccupations exprimées et les réponses qu'il a essayé d'y apporter, convaincu que les uns et les autres ont pu prendre connaissance de ce huitième rapport qui est assez court. La plupart de ces observations tiennent selon lui au décalage entre les progrès accomplis par la Commission dans l'examen du sujet de l'expulsion des étrangers et les informations y relatives soumises à l'appréciation de la Sixième Commission dans le cadre de l'examen du rapport annuel de la Commission du droit international sur ses travaux.

11. Dans ce huitième rapport, M. Kamto s'efforce par conséquent de dissiper les malentendus créés par ce décalage en tenant compte, le cas échéant, de certaines

suggestions ou en proposant certains ajustements dans la formulation des projets d'article. Ces projets ayant toutefois déjà été envoyés au Comité de rédaction par la séance plénière, c'est dans ce cadre que les suggestions en question, pour l'essentiel d'ordre rédactionnel, seront examinées. Au fond, le rapport vise principalement à montrer que le Rapporteur spécial et la Commission sont très attentifs aux observations des États, et des groupes d'États comme l'Union européenne, et qu'ils sont soucieux d'y apporter des réponses adéquates. La Commission pourrait donc se contenter d'en prendre acte, mais il est loisible à ses membres de faire des observations et le Rapporteur spécial est ouvert à tout commentaire et à toute suggestion.

12. Pour terminer, M. Kamto voudrait évoquer une question revenue dans les débats aussi bien à la Commission qu'à la Sixième Commission, à savoir la forme finale des travaux de la Commission sur le sujet de l'expulsion des étrangers. Comme il l'a déjà souligné, très peu de sujets se prêtent autant que celui-ci à la codification. Les arguments appuyant cette affirmation ont été longuement exposés à la Commission lors de la soixante-troisième session⁸ et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en novembre 2011⁹, de sorte qu'il se bornera à réaffirmer sa conviction selon laquelle, une fois terminée la rédaction des projets d'article, la cohérence et la solidité du travail effectué apparaîtront plus clairement et les quelques réticences suscitées par l'exercice de codification s'estomperont. M. Kamto espère vivement que, le moment venu, la Commission décidera d'envoyer le résultat de ses travaux sur le sujet de l'expulsion des étrangers à l'Assemblée générale sous la forme de projets d'article, à charge pour celle-ci de décider de la forme définitive qu'elle voudra bien lui donner.

13. M. MURPHY félicite le Rapporteur spécial pour son huitième rapport sur l'expulsion des étrangers, dans lequel il tient compte de la plupart des observations faites sur le sujet par les États et par l'Observateur de l'Union européenne à la Sixième Commission, et y répond. Il ressort de ces observations que l'accueil réservé aux projets d'article a été plutôt mitigé, même s'il y a certainement un accord général sur le fait que le droit de l'État d'expulser des étrangers doit s'exercer dans le respect du droit international, notamment des règles relatives à la protection des droits de l'homme. M. Murphy tient à appeler l'attention de la Commission sur quatre principaux sujets de préoccupation que le Comité de rédaction devra prendre en considération.

14. Premièrement, plusieurs États ont insisté sur le fait qu'il existait déjà de nombreux régimes internationaux, régionaux et nationaux envisageant l'expulsion des étrangers dans différents contextes. Pour eux, ces régimes fonctionnaient de manière satisfaisante et, dans la mesure où ils étaient complexes, il était inutile de les codifier plus avant par une série de règles relativement simples. Ainsi, les pays nordiques se sont-ils dits « sceptiques quant à l'utilité des travaux menés par la CDI pour identifier des règles générales de droit international concernant

⁴ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

⁵ Reproduit dans *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie).

⁶ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/642.

⁸ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 152, par. 258.

⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 25^e séance (A/C.6/66/SR.25)*, par. 46 à 54.

l'expulsion des étrangers¹⁰». Ils ont estimé qu'un « important corpus de règles régionales détaillées [était] déjà en place¹¹ » et que s'employer à les codifier était une perte de temps. Dans le même ordre d'idées, l'Allemagne a affirmé ceci :

De nombreuses dispositions législatives et réglementaires nationales régissent la question de l'expulsion, qui est aussi traitée dans les instruments relatifs aux droits de l'homme et relève des garanties protégeant les individus. Il n'est nul besoin d'une nouvelle codification¹².

De même, le Royaume-Uni a réaffirmé qu'il demeurerait persuadé « que le sujet de l'expulsion des étrangers ne se [prêtait] pas à une codification ou à une consolidation au stade actuel¹³ ». Quant à la Grèce, elle a affirmé que « [n]ombre des questions que [soulevait le sujet de l'expulsion des étrangers] [n'avaient] pas été réglées en droit international et ne se [prêtaient] ni à une codification ni à un développement progressif¹⁴ ». Le Gouvernement japonais a demandé à la Commission de « répondre à la critique selon laquelle le sujet [n'était] pas prêt à être codifié¹⁵ ».

15. La plupart de ces États ont fait observer qu'il existait déjà plusieurs traités internationaux généralement acceptés, détaillés et portant sur différents aspects de la question de l'expulsion – la Convention relative au statut des réfugiés, ratifiée par 145 États ; le Protocole relatif au statut des réfugiés, ratifié par 146 États ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié à ce jour par 167 États ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifiée à ce jour par 150 États, et la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, ratifiée par 194 États. De la même façon, des conventions régionales et des instruments adoptés en Europe et ailleurs traitaient également de l'expulsion, quoique différemment selon les divers systèmes. C'est pourquoi M. Murphy pense que, lorsque des États comme l'Allemagne, les Pays-Bas, la République islamique d'Iran et le Canada ont insisté sur le fait « qu'il faudrait plutôt élaborer des lignes directrices ou des principes énonçant les meilleures pratiques telles que celles déjà retenues dans le projet d'articles actuel¹⁶ », ils avaient à l'esprit que la Commission ne devait pas s'efforcer de codifier un ensemble unique de règles sur le sujet ayant pour effet d'effacer les différences entre les divers régimes conventionnels. Elle devait plutôt s'appuyer sur ses travaux pour donner des orientations aux États souhaitant élaborer des législations nationales et pour les encourager, le cas échéant, à adopter des traités nouveaux ou existants.

16. Deuxièmement, il semblerait également que plusieurs États aient été préoccupés par le fait que l'objet des projets d'article n'était pas de codifier le droit existant mais d'imposer aux États de nouvelles obligations modifiant celles acceptées dans leur pratique, voire allant au-delà. Ainsi, la République tchèque a-t-elle affirmé

que « certaines dispositions [...] [sortaient] du cadre des règles codifiées du droit international, et [que] leur acceptation [risquait] de poser problème¹⁷ ». Selon les Pays-Bas, le sujet « relève du développement progressif du droit et non de la pratique des États » et la Commission « ne devrait pas s'impliquer dans l'élaboration de nouveaux instruments relatifs aux droits de l'homme¹⁸ ». Pour la Hongrie :

L'élaboration d'une convention sur la base des projets d'article demeure néanmoins une question controversée, et des doutes subsistent quant à la nécessité de se contenter de reprendre la pratique des États tout en y introduisant un nouveau régime caractérisé par des normes rigoureuses en matière de droits de l'homme¹⁹.

17. Pour M. Murphy, une partie du problème réside simplement dans le fait que les projets d'article ne reprennent pas les termes utilisés dans les principaux régimes conventionnels. C'est pourquoi, par exemple, la France²⁰ s'est opposée au libellé du projet d'article E.1 (État de destination de l'étranger expulsé)²¹ qui, sauf erreur, deviendrait l'article 17 selon la nouvelle numérotation proposée par le Rapporteur spécial. Il ressort du paragraphe 2 de ce projet d'article qu'un État ne peut expulser un étranger vers son pays de nationalité en cas de « risque de torture ou de traitement inhumain et dégradant ». À cet égard, la France a relevé à juste titre que cela ne correspondait pas à la règle établie par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont l'article 3 prévoit qu'aucune personne ne sera expulsée vers un État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Ce libellé a été établi avec le plus grand soin par les États et ce n'est pas du tout la même chose de parler de « risque » de torture ou de « motifs sérieux de croire [qu'une personne] risque d'être soumise à la torture ».

18. Cela étant, il est peut-être plus problématique encore que certains États aient estimé que le projet d'articles mélangeait de façon inappropriée des concepts distincts utilisés dans des régimes nationaux, régionaux et internationaux, alors que ces concepts n'avaient été retenus que dans un contexte propre à chacun des régimes concernés. Étant donné que le projet d'articles est fondé sur le postulat du droit élémentaire de l'État d'expulser des étrangers de son territoire (projet d'article 3), les restrictions à ce droit doivent être bien établies dans la pratique des États. Or, cette pratique, qui découle d'un régime donné, montre que certaines restrictions sont acceptées dans certains cas, mais s'appuyer sur ces régimes pour établir un droit général applicable en toutes circonstances pose un problème – du moins en l'absence de pratique étatique répandue à l'appui de ce droit plus général. Les États-Unis d'Amérique se sont ainsi inquiétés de ce que plusieurs dispositions du projet d'articles comportaient une obligation de non-refoulement²² qui n'avait d'équivalent dans aucune convention globale relative aux droits de l'homme largement ratifiée.

¹⁰ Ibid., 21^e séance (A/C.6/66/SR.21), par. 59.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 26.

¹³ Ibid., par. 46.

¹⁴ Ibid., 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 16.

¹⁵ Ibid., 25^e séance (A/C.6/66/SR.25), par. 23.

¹⁶ Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 26 (Allemagne).

¹⁷ Ibid., par. 18.

¹⁸ Ibid., par. 47.

¹⁹ Ibid., 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 54.

²⁰ Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 37.

²¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 147, par. 218, note 564.

²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session*, 21^e séance (A/C.6/66/SR.21), par. 66.

19. Revenant sur le paragraphe 2 du projet d'article E.1, M. Murphy note qu'il y est question de « traitement inhumain et dégradant ». Or l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui interdit la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, n'interdit pas le refoulement vers des pays où une personne risque d'être soumise à un tel traitement. De même, l'obligation de non-refoulement énoncée à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée ultérieurement, en 1984, et considérée comme étant une avancée du droit international, n'existe qu'en cas de risque de torture et non de « peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants », lesquels sont visés à l'article 16 de la Convention. Lors de l'élaboration des principaux traités largement ratifiés par les États, la question de savoir s'il convenait ou non d'instaurer une obligation de non-refoulement en présence d'un risque de « traitement inhumain ou dégradant » avait donné lieu à une réponse négative. Il ne s'agissait bien évidemment pas de fermer les yeux sur ce type de traitement, mais de reconnaître qu'il était différent de la torture. Bien que l'on puisse trouver dans la jurisprudence des mécanismes européens des droits de l'homme des décisions qui étendent l'interdiction du refoulement à de tels cas, le système européen ne saurait être appliqué automatiquement au reste du monde, ainsi que l'Observateur de l'Union européenne l'a lui-même souligné à l'automne 2011²³.

20. Troisièmement, certains États ont craint que les projets d'article n'amoindrisent les protections existantes. La France²⁴, de même que la Hongrie²⁵ et le Portugal²⁶, s'est dite préoccupée par le fait que le paragraphe 2 du projet d'article E.1 prévoyait le non-refoulement en cas de risque de torture s'agissant uniquement de l'expulsion d'un étranger vers son pays de nationalité alors que la disposition relative au non-refoulement figurant dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants s'appliquait quel que soit le pays dans lequel l'étranger était renvoyé, et pas uniquement le pays de nationalité. Des divergences de ce type, par rapport à d'autres textes comme celui de la Convention relative au statut des réfugiés, ont amené les Pays-Bas à mettre en garde la Commission contre le fait que de telles divergences risquaient « de créer des incertitudes quant au régime juridique international s'appliquant dans telle ou telle situation²⁷ ».

21. Quatrièmement, certains États ont exprimé des doutes quant au champ du sujet, certains se disant préoccupés par le fait qu'il couvrait la question de l'extradition. L'Espagne a affirmé que « [l']extradition et l'expulsion [relevaient] de deux catégories différentes qui [devaient] demeurer séparées afin que les procédures d'expulsion ne soient pas exploitées aux fins d'extradition²⁸ ». De la même manière, le Chili s'est dit « particulièrement préoccupé par le lien qui [était] fait entre deux institutions connexes mais différentes, à savoir l'expulsion et l'extradition, qui

[avaient] chacune leur propre régime juridique²⁹ ». Quant à l'Inde, elle est convenue que

[b]ien qu'aussi bien l'expulsion que l'extradition fassent passer une personne du territoire d'un État à celui d'un autre, le fondement juridique de l'une et l'autre et les lois régissant le processus et la procédure en cause [étaient] totalement différents, et l'une ne saurait se substituer à l'autre³⁰.

Le Canada a également préconisé la suppression du projet d'article 8 sur l'interdiction de l'extradition déguisée en expulsion, affirmant ce qui suit :

Les projets d'article ne devraient pas non plus traiter de la question de l'extradition, qui est juridiquement et conceptuellement différente de celle de l'expulsion des étrangers. Dans de nombreux pays, tant les étrangers que les nationaux peuvent être extradés, mais seuls les étrangers peuvent être expulsés. Le principal but de l'extradition est de faire en sorte que les délinquants ne puissent échapper aux poursuites en passant d'un État à un autre. De telles considérations ne sont pas pertinentes dans de nombreux cas d'expulsions d'étrangers³¹.

22. En conclusion, M. Murphy exhorte le Comité de rédaction à tenir compte de quatre considérations générales. Premièrement, la Commission doit examiner la question de savoir si elle doit passer à l'adoption d'un ensemble complet de projets d'article en première lecture ou, au contraire, remanier les projets actuels pour en faire un ensemble de directives ou de bonnes pratiques. Deuxièmement, si les projets d'article sont adoptés, l'idée directrice devrait être de les remanier pour qu'ils reflètent réellement les obligations existantes des États, telles qu'elles découlent des traités qu'ils ont ratifiés ou de leur pratique bien établie. Ces projets d'article ne seront pas bien accueillis s'ils visent à créer de nouvelles obligations en gommant les différences entre les accords juridiquement contraignants et ceux qui ne le sont pas, ou s'ils infèrent d'accords juridiquement contraignants des obligations n'y figurant pas. Troisièmement, il faut veiller tout particulièrement à ne pas affaiblir les garanties dont bénéficient actuellement les personnes expulsées. Quatrièmement, les projets d'article ne devraient pas avoir pour objet de régler des questions considérées à juste titre comme ne relevant pas du sujet.

23. Pour que les États considèrent que les travaux de la Commission reflètent les obligations auxquelles ils ont souscrit, la Commission doit tenir compte des préoccupations qu'ils ont exprimées et y répondre. À cet égard, M. Murphy estime que la République tchèque a été particulièrement perspicace lorsqu'elle a relevé à l'automne 2011 qu'« [i]l import[ait] d'assurer non seulement un degré élevé de protection aux personnes affectées, mais aussi la large acceptation par la communauté internationale des règles élaborées en la matière³² ».

24. M. AL-MARRI se dit convaincu que les observations du Rapporteur spécial sur le débat consacré à ses deux précédents rapports à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en 2011, montrent qu'il est ouvert à l'examen de toute proposition constructive s'inscrivant dans le cadre des travaux du Comité de rédaction.

²³ Ibid., par. 45 à 51.

²⁴ Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 37.

²⁵ Ibid., 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 57.

²⁶ Ibid., par. 63.

²⁷ Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 47.

²⁸ Ibid., par. 49.

²⁹ Ibid., 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 7.

³⁰ Ibid., 25^e séance (A/C.6/66/SR.25), par. 14.

³¹ Ibid., 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 76.

³² Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 18.

Il convient de saluer l'engagement résolu du Rapporteur spécial en faveur de la protection des droits des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'expulsion, ainsi que les efforts qu'il déploie depuis que le sujet figure à l'ordre du jour de la Commission pour appeler l'attention de ses membres sur des informations très utiles et sur des préoccupations qu'ils ont ou devraient tous avoir concernant la préservation des droits des étrangers.

25. La période actuelle est difficile; partout dans le monde, des étrangers en situation régulière sont de plus en plus dans la ligne de mire des gouvernements qui souhaitent les renvoyer dans leurs pays d'origine. C'est en particulier le cas en Europe, terre d'accueil traditionnelle pour les étrangers originaires d'Afrique et d'autres régions. La mondialisation et l'aspiration à une vie meilleure accélèrent les migrations qui sont également provoquées par des catastrophes naturelles et anthropiques, et par les crises économiques et politiques qui sévissent dans de nombreuses régions du monde.

26. Dans le même temps, l'évolution récente en matière de lutte contre le terrorisme, le crime organisé et le trafic de stupéfiants, d'une part, et l'insécurité croissante engendrée par la hausse de la criminalité, d'autre part, incitent les pays industrialisés à réduire le nombre d'étrangers présents sur leur territoire. En Europe et aux États-Unis, le ralentissement de l'économie et le fardeau croissant de la dette ont eu des conséquences négatives pour les conditions de vie des étrangers, plaçant encore davantage le contrôle des flux d'immigrants et la réduction du nombre d'étrangers sous le signe de l'urgence. L'expulsion est un des principaux moyens invoqués par les États, qui ont pratiquement toute latitude pour contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire et les contraindre à le quitter.

27. Les rapports et projets d'article soumis par M. Kamto méritent la plus grande attention et doivent être appuyés dans la mesure où ils visent à faire en sorte que toute mesure d'expulsion d'un étranger soit conforme au droit, aux normes internationales et aux garanties d'une procédure régulière, et parce qu'ils ont pour objet de protéger les droits de l'homme des étrangers et de décourager les expulsions déguisées. Alors que la Commission est en mesure d'achever la seconde lecture de deux sujets et la première lecture d'un troisième, le moment est venu d'accorder la priorité aux projets d'article soumis et envoyés au Comité de rédaction. Dans ce cadre, la Commission doit avoir à l'esprit quelques observations et commentaires importants des États tendant à ce que le champ du sujet soit précisément défini et réduit, de façon à mettre l'accent sur les questions qui appellent une attention prioritaire. Les autres questions comme l'extradition ou les droits de l'homme en général doivent être traitées dans la mesure de leur importance et pourront faire l'objet des clauses sans préjudice nécessaires.

28. M. Al-Marri convient que des sujets tels que le refus d'admission, l'extradition, les autres transferts pour les besoins du maintien de l'ordre et les expulsions en situation de conflit armé doivent être exclus de la sphère des projets d'article, de même que les questions relatives à l'expulsion par déportation. L'idée que les nationaux, les

individus ayant acquis une ou plusieurs autres nationalités et les nationaux ayant acquis la nationalité par naturalisation ou par naissance ne devraient pas être expulsés est également importante.

29. En ce qui concerne les droits de l'homme des étrangers, toutes les prérogatives des États devraient être conformes au principe de la primauté du droit, aux garanties d'une procédure régulière et au principe d'égalité devant la loi. Les principes, droits et obligations énoncés dans l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* rendu par la Cour internationale de Justice le 30 novembre 2010, sur lequel l'attention des membres de la Commission a été appelée, devraient servir de base à la définition de ces droits.

30. M. WISNUMURTI dit que, d'une manière générale, il souscrit à la plupart des commentaires faits par le Rapporteur spécial dans son excellent huitième rapport sur les vues exprimées par les États, notamment durant le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il souhaite néanmoins faire une observation sur le paragraphe 10 du rapport qui traite du projet d'article F.1, relatif à la protection des droits de l'homme de l'étranger objet d'expulsion dans l'État de transit. Le Rapporteur spécial indique que ni les accords bilatéraux de coopération que l'État expulsant a conclus avec l'État de transit ni le droit interne ne sauraient contredire les règles de droit international des droits de l'homme dont doit bénéficier également l'étranger objet de l'expulsion. Si M. Wisnumurti souscrit à cette opinion, il lui est par contre difficile d'approuver la proposition du Rapporteur spécial d'élargir le champ des obligations de l'État de transit à l'ensemble des règles de droit international des droits de l'homme auxquelles il est soumis au-delà de celles figurant dans des instruments auxquels il est partie. Une telle proposition s'écarte des principes fondamentaux du droit international. En effet, les États ne doivent pas être liés par des obligations énoncées dans des traités ou accords auxquels ils ne sont pas parties.

31. En ce qui concerne le projet d'article H.1, relatif au droit au retour dans l'État expulsant, le Rapporteur spécial a passé en revue diverses observations des États concernant certains aspects de ce projet d'article. L'orateur indique que, d'une manière générale, il souscrit à la réaction du Rapporteur spécial à ces observations et rappelle que, dans la déclaration qu'il a faite sur le sujet à la session précédente, il avait appuyé le projet d'article H.1, considérant qu'il réalise un équilibre adéquat entre le droit de l'étranger objet d'une expulsion illégale de retourner dans l'État expulsant et le droit souverain de cet État de refuser que l'étranger revienne sur son territoire si son retour menace l'ordre ou la sécurité publics. Cela étant, le Rapporteur spécial propose au paragraphe 18 de son rapport, en réponse aux observations des États, d'utiliser l'expression «réadmission de l'étranger en cas d'expulsions illégales» au lieu de «droit au retour», ce afin d'éviter toute controverse sur le point de savoir s'il s'agit d'un droit de l'étranger objet d'une expulsion illégale ou si l'État expulsant garde son pouvoir d'accepter ou de refuser la réadmission de l'étranger sur son territoire. Cette proposition mérite d'être examinée par la Commission.

32. La réponse faite par le Rapporteur spécial aux observations des États sur le projet d'article 8 tel que révisé³³, relatif à l'expulsion en relation avec l'extradition, qui figure au paragraphe 23 de son huitième rapport, atteste la complexité du sujet. Si, d'une manière générale, le projet d'article 8 proposé par le Rapporteur spécial ne lui pose pas de problème, M. Wisnumurti estime, étant donné la controverse que ce texte suscite, qu'il conviendrait de l'étudier plus avant en vue d'harmoniser l'institution de l'expulsion avec celle de l'extradition.

33. S'agissant de la forme finale des travaux sur l'expulsion des étrangers, l'orateur n'est pas d'accord avec l'opinion rapportée au paragraphe 55 du rapport qu'ont exprimée certains États et que partage M. Murphy, à savoir que le sujet de l'expulsion des étrangers ne se prête pas à la codification. Bien qu'il soit exact que, au stade actuel des travaux, une décision sur la forme que devra prendre leur résultat final serait prématurée, il est indéniable que les excellents rapports du Rapporteur spécial, puisant à des sources juridiques extrêmement diverses, ont permis d'élaborer d'importants projets d'article qui constitueront une base solide en vue de la codification. À cet égard, ainsi que l'ont dit certains membres de la Commission, il est essentiel que le Rapporteur spécial commence à organiser systématiquement les projets d'article afin de permettre à la Commission d'en avoir une vue plus globale. Il faut donc se féliciter du nouveau projet de plan de travail présenté par le Rapporteur spécial.

34. M. KITTICHAISAREE indique qu'il a assisté au débat sur le sujet de l'expulsion des étrangers à la Sixième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale à l'automne 2011 et que l'on peut ranger les États en trois groupes en fonction de leurs commentaires. Le premier groupe est constitué par les pays nordiques, qui souscrivent à des normes très rigoureuses de protection des droits de l'homme, applicables aux étrangers et notamment aux réfugiés. Le deuxième groupe est constitué par les États qui préfèrent exercer leur droit souverain d'expulser les étrangers autant que le droit international le leur permet. Enfin, le troisième groupe est constitué par ceux qui recherchent les meilleures pratiques pour orienter leur politique en la matière. À cet égard, il faut avoir à l'esprit l'observation faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 56 de son huitième rapport, à savoir qu'« aucun autre sujet inscrit à l'ordre du jour de la Commission depuis trois quinquennats n'a eu des bases aussi riches et foisonnantes pour sa codification que l'expulsion des étrangers ».

35. S'agissant des objections à la codification exprimées à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, que M. Murphy a résumées et dont la Commission doit tenir compte, on peut faire les observations suivantes. Premièrement, s'il est exact qu'il existe déjà des règles sur l'expulsion des étrangers qui fonctionnent très bien et n'ont pas à être codifiées, la Commission peut tout à fait les incorporer dans les projets d'article ou de directive qu'elle est en train d'élaborer. Il s'agit en effet des meilleures pratiques que la communauté internationale se doit de suivre. Deuxièmement, certaines délégations ont dit craindre que le résultat des travaux n'impose de

nouvelles obligations ou ne modifie des obligations existantes en s'écartant de la pratique établie. La Commission peut dissiper cette crainte au stade de la rédaction en veillant à ne pas créer de nouvelles obligations. La troisième crainte exprimée est que le résultat des travaux ne porte atteinte aux protections existantes. Là encore, cet écueil peut être évité en suivant les meilleures pratiques et en adhérant aux règles internationales qui fonctionnent déjà de manière satisfaisante. Enfin, plusieurs délégations ont dit craindre qu'il ne soit porté atteinte à l'institution de l'extradition. L'orateur partage cette opinion et estime en conséquence que la Commission devrait supprimer toute référence à l'extradition dans le texte qu'elle élabore.

36. Quant à savoir quelle forme donner au résultat final des travaux de la Commission sur le sujet de l'expulsion des étrangers, c'est à la Sixième Commission qu'il appartiendra d'en décider.

37. M. TLADI, après avoir souligné que le titre du sujet ne lui plaît guère – il n'aime ni le mot « expulsion » ni le mot « étrangers » –, dit qu'à la différence de M. Murphy il estime que le point de départ des travaux sur le sujet doit être non pas le droit souverain des États de décider qui est autorisé à résider sur leur territoire et dans quelles circonstances, mais bien l'équilibre à réaliser entre ce droit et la nécessité de protéger les droits de l'homme et l'individu. De nombreuses délégations ont exprimé le souci de protéger les étrangers tout en faisant en sorte que le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet soit acceptable pour les États. Cela vaut d'ailleurs également pour les sujets de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, de la protection des personnes en cas de catastrophe et, dans une moindre mesure, de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Certes, cet équilibre peut varier selon le contexte et l'état de développement des différents domaines du droit, mais la Commission doit le garder à l'esprit lorsqu'elle examine les projets d'article proposés.

38. Le principe du non-refoulement qui sous-tend plusieurs des projets d'article a suscité, parmi les États, des préoccupations relayées par M. Murphy, mais il s'agit d'un principe bien établi en droit international des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a, dans ses précédents rapports, notamment dans la note de bas de page 8 des projets d'article révisés et restructurés présentés en 2009³⁴, mentionné divers instruments internationaux qui énoncent ce principe, que l'on retrouve également dans la jurisprudence des tribunaux internes des États. Pour M. Tladi, ne pas consacrer ce principe dans le résultat final des travaux sur le sujet, projet d'articles ou autre, romprait l'équilibre susmentionné.

39. S'agissant de l'État de destination de l'étranger expulsé, l'exposé qui figure dans le sixième rapport du Rapporteur spécial³⁵, et notamment dans l'additif 2, est exhaustif et très utile à cet égard. Dans le cadre de l'examen de cette question dans le rapport et lors des débats, on a mis en exergue le droit souverain de l'État expulsant

³⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/617 (note afférente au projet d'article 14).

³⁵ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2.

³³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 148, par. 224, note 572.

et de l'État de destination de poser les conditions de l'entrée sur leurs territoires respectifs et de la sortie de ces territoires. Il s'agit là, bien sûr, d'une considération très importante, mais le choix de l'individu concerné doit aussi être pris en considération, toujours par souci d'équilibre. Certes l'article E.1 prévoit dans une certaine mesure l'expulsion de l'intéressé vers l'État de son choix «le cas échéant» mais, pour M. Tladi, l'État de destination devrait être celui choisi par la personne objet de l'expulsion si cet État consent à recevoir celle-ci. Il conviendrait de remanier cet article pour ne pas donner à penser que le choix de la personne expulsée n'a guère de poids.

40. La question du droit au retour dans l'État expulsant relève également de l'équilibre à réaliser entre le droit souverain de cet État et les droits de l'homme de la personne expulsée. La question fondamentale est celle de savoir si, au cas où la décision d'expulsion est annulée, le maintien de l'éloignement de l'individu concerné demeure fondé. Chacun reconnaît que, si chaque État a le droit d'expulser les étrangers, ce droit est régi par le droit international. Chacun devrait donc admettre que, lorsque la décision d'expulsion est annulée, les conséquences de l'expulsion doivent elles aussi être effacées. Ainsi, lorsque l'expulsion entraîne la révocation d'un permis de séjour ou de résidence, la personne expulsée devrait avoir la possibilité de retrouver le statut que lui conférait le document révoqué. La solution contraire reviendrait à autoriser l'expulsion de facto dans des circonstances où le droit international ne l'autorise pas. Cette approche, qui prend en considération le statut de la personne expulsée avant son expulsion, a en outre l'avantage de tenir compte de la distinction entre les étrangers qui se trouvaient légalement sur le territoire d'un État et ceux qui s'y trouvaient illégalement. Par ailleurs, M. Tladi n'est pas convaincu par la distinction que fait le Rapporteur spécial dans le rapport à l'examen entre les conséquences de l'annulation de la décision d'expulsion fondée sur la violation d'une règle de fond, d'une part, et d'une règle de procédure, d'autre part. Les garanties procédurales visent en effet à assurer l'intégrité des dispositions de fond. Si un tribunal ou une autre autorité compétente annule un arrêté d'expulsion parce que, par exemple, la règle *audi alteram partem* a été violée, il serait dangereux de considérer que les conséquences de cette violation sont moindres que si l'expulsion avait été annulée au motif que l'individu concerné ne constitue pas un danger pour la sécurité publique. De fait, l'objet de la règle *audi alteram partem* est de garantir le bien-fondé de la décision sur le fond.

41. Quant à la forme que devrait prendre le résultat final des travaux, il sera plus facile à la Commission d'en décider une fois qu'elle disposera d'un projet d'articles complet. Néanmoins, la forme influence le contenu et vice versa, et la Commission devrait donc déjà à ce stade avoir une idée claire à ce sujet. Il faut pour cela déterminer s'il existe un corpus de droit positif suffisant pour justifier l'élaboration d'un projet d'articles, et il convient de rappeler à cet égard l'observation du Rapporteur spécial selon laquelle aucun autre sujet examiné par la Commission durant les trois derniers quinquennats, les immunités diplomatiques et la responsabilité de l'État mises à part, n'a de fondements aussi solides aux fins de la codification que le sujet à l'examen. Cependant, il y a plus important : peut-être qu'au lieu de codifier ce que les États font déjà, la Commission pourrait

insister davantage sur le développement progressif du droit en posant des principes qui pourraient ou devraient guider la pratique des États en matière d'expulsion des étrangers. S'il faut choisir, comme l'a dit M. Murphy, entre des projets d'articles qui ne protègent guère les droits des étrangers et des principes ou directives garantissant une protection plus solide, ce sont ces derniers que M. Tladi choisirait sans hésitation aucune.

42. Sir Michael WOOD, après avoir rendu un hommage appuyé à M. Kamto pour le brio avec lequel il a présidé la session précédente de la Commission, dit qu'il souscrit à l'observation de M. Tladi concernant le titre du sujet.

43. Il s'agit d'un sujet très controversé et son caractère délicat au plan interne pour de nombreux États fait de son étude un véritable défi pour la Commission.

44. Le huitième rapport du Rapporteur spécial est consacré au débat qui a eu lieu sur le sujet à l'Assemblée générale, et il est très important de tenir pleinement compte des observations des délégations. Il faut aussi remercier le Secrétariat du résumé thématique des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission du droit international qu'il a établi (A/CN.4/650 et Add.1), et qui contient une longue section sur l'expulsion des étrangers qui doit aussi retenir l'attention de la Commission. La procédure qu'avait adoptée le Rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités constitue un modèle admirable pour la manière de procéder : M. Pellet examinait en détail dans ses rapports toutes les observations faites par chaque État, à la Sixième Commission et par écrit, en expliquant pourquoi certaines d'entre elles lui paraissaient acceptables et d'autres non. Peut-être conviendrait-il de s'inspirer de ce modèle au stade actuel de l'examen du sujet.

45. Le Rapporteur spécial déclare dans son huitième rapport que des membres de la Sixième Commission peuvent avoir mal compris l'état actuel des travaux. Si tel est le cas, et cela est tout à fait possible, trois observations s'imposent. Premièrement, la faute incombe peut-être à la Commission elle-même ; elle doit veiller, lorsqu'elle établit son rapport, à expliquer très clairement quel est l'état actuel des travaux, par exemple si des projets d'article sont en cours d'élaboration au Comité de rédaction qui ne figurent pas dans le rapport, et ce, afin d'éviter que les délégations à la Sixième Commission ne commentent des textes qui ne sont plus d'actualité. Deuxièmement, des membres de la Commission, notamment ceux qui en faisaient déjà partie lors du quinquennat précédent, peuvent eux aussi ne pas savoir avec une certitude absolue où en sont les travaux. Sir Michael attend lui-même avec intérêt que la Commission soit saisie d'un projet d'articles complet, car ce n'est qu'alors qu'elle pourra constater les éventuelles incohérences sur lesquelles l'attention a déjà été appelée. Enfin, troisièmement, la Commission ne doit pas considérer que les observations faites à la Sixième Commission sont le fruit de malentendus, car elle ne doit pas paraître en minimiser l'importance.

46. S'agissant de la forme que prendra le résultat final des travaux sur le sujet, l'orateur donne lecture du paragraphe 27 du résumé thématique établi par le Secrétariat (A/CN.4/650 et Add.1). Il en ressort clairement que la Sixième Commission est elle-même divisée sur cette

question très importante. À cet égard, Sir Michael souscrit à l'observation de M. Tladi, à savoir que le fond détermine la forme et vice versa. Il indique en conclusion qu'il fera des observations sur le fond des projets d'article dans le cadre du Comité de rédaction et, en séance plénière, lorsque ce dernier aura achevé ses travaux.

47. M. PETRIČ remercie le Rapporteur pour son huitième rapport dont il ressort que les États attachent beaucoup d'importance à ce sujet, qu'ils considèrent à juste titre comme très délicat. Il est significatif que les États aient réagi avec le plus de vivacité sur les questions, comme celles de l'État de destination de la personne expulsée, de la protection de ses biens, du droit au retour en cas d'expulsion illégale, de la relation entre l'extradition et l'expulsion ou de l'effet suspensif d'un recours judiciaire contre une décision d'expulsion, qui ont également fait l'objet des débats les plus vifs à la Commission et au Comité de rédaction.

48. Le Rapporteur spécial, lorsqu'il a élaboré les projets d'article, s'est efforcé de réaliser l'équilibre mentionné par M. Tladi entre le droit souverain des États d'expulser les étrangers et la protection des droits de ces derniers. M. Petrič rappelle à cet égard la position qui est la sienne depuis le début, mais qui n'a pas prévalu au sein de la Commission, à savoir qu'il faut distinguer nettement les étrangers légalement présents des étrangers illégalement présents sur le territoire de l'État. Les premiers ne devraient pouvoir être expulsés que dans des circonstances très exceptionnelles, par exemple en cas d'atteinte à la sécurité de l'État ou à l'ordre public. En revanche, les étrangers illégalement présents sur le territoire sont dans une situation totalement différente. C'est probablement parce que la Commission met les uns et les autres «dans le même sac» que de nombreux projets d'article sont problématiques, et si malentendu il y a eu à la Sixième Commission, c'est parce que cette distinction n'a pas été retenue.

49. S'agissant de la forme à donner au résultat final des travaux sur le sujet, M. Petrič pensait que la Commission, ayant jusqu'à présent rédigé des projets d'article et non des principes généraux, se proposait d'élaborer un projet d'articles en vue d'une future convention. Renvoyant au paragraphe 57 du huitième rapport du Rapporteur spécial, dans lequel celui-ci indique qu'«il est sans doute prématuré de décider du sort du résultat final des travaux de la Commission du droit international sur le sujet de l'expulsion des étrangers», M. Petrič déclare qu'il appuie pleinement l'avis exprimé précédemment par M. Tladi. En effet, si la Commission envisage de rédiger des projets d'article dans l'optique d'une convention, elle devra davantage tenir compte de la pratique des États, qui est abondante mais très variée, et par laquelle elle sera en quelque sorte liée. S'il s'agit en revanche d'élaborer des principes généraux, qui viseraient à promouvoir le développement d'une *opinio juris* en faveur des individus et de la protection des droits de l'homme, alors la Commission a davantage de liberté et elle peut aller plus loin.

50. Dans l'éventualité où une telle idée surgirait à la Sixième Commission, et où la Commission devrait par conséquent reconsidérer la forme finale de ses travaux, il serait sage, selon M. Petrič, de ne pas exclure un débat sur cette question. Il vaut mieux en effet en discuter dès à

présent plutôt que lorsque la Commission aura achevé ses travaux. D'un autre côté, et eu égard à l'excellent travail effectué par le Rapporteur spécial, M. Petrič est également disposé à poursuivre les travaux dans l'optique retenue jusqu'à présent par la Commission, et ce, jusqu'à ce que le résultat final soit présenté à l'Assemblée générale, qui se prononcera sur la forme définitive qu'elle souhaite lui donner. En résumé, si la majorité des membres de la Commission opte en faveur d'une ou de l'autre option, M. Petrič s'associera à ce choix. En revanche, s'il n'y a pas de majorité claire, il préférerait que la Commission poursuive ses travaux dans la perspective où elle les a menés jusqu'à présent.

51. M. SABOIA remercie le Rapporteur spécial pour son huitième rapport. Il partage entièrement l'avis de M. Tladi sur la nécessité de trouver un équilibre entre le droit des États et le droit des individus susceptibles d'être expulsés. Il approuve également un grand nombre des remarques formulées précédemment par M. Petrič quant au résultat final des travaux de la Commission sur le sujet, estimant inopportun de modifier le produit final alors que la Commission est sur le point d'achever l'examen des projets d'article en première lecture.

52. Contrairement à l'argument selon lequel le sujet ne se prêterait pas encore à la codification, en raison des différents régimes et conventions qui existent en la matière, M. Saboia estime que c'est précisément parce que les règles applicables à l'expulsion des étrangers sont éparpillées qu'il est nécessaire de les codifier. Il fait observer à cet égard que le régime concernant les réfugiés, évoqué précédemment, est très particulier, et qu'il ne s'applique pas à tous les étrangers mais uniquement aux réfugiés. Il faut donc se servir des dispositions contenues dans ces différentes conventions, lorsqu'elles sont généralement applicables, à charge pour le Comité de rédaction d'en harmoniser le libellé.

53. Dans son septième rapport, le Rapporteur spécial a fait référence à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Dans cet arrêt, la Cour a dégagé un certain nombre d'obligations découlant du droit international dont les juridictions internes des États devraient s'inspirer en ce qui concerne la question de l'expulsion des étrangers.

54. Enfin, s'agissant de l'extradition, M. Saboia considère qu'il s'agit effectivement d'un cas de figure différent, sur lequel il convient de ne pas insister, à une exception près toutefois, lorsque l'expulsion constitue en réalité une extradition déguisée.

55. M. HMOUD est d'avis que les travaux sur le sujet de l'expulsion des étrangers doivent être poursuivis au sein du Comité de rédaction étant donné que la Commission en est déjà à un stade avancé de la première lecture. Il souhaite par ailleurs réagir aux interventions qui ont précédé à propos du rapport en général et de l'évolution des travaux de la Commission sur le sujet.

56. Le huitième rapport du Rapporteur spécial reprend des commentaires formulés par des membres de la Commission au cours des sessions antérieures, à propos notamment de la redondance entre le texte du projet

d'articles et les lois applicables. Il s'agit de la question qui préoccupe le plus M. Hmoud et au sujet de laquelle il a fait un certain nombre de commentaires lors des sessions précédentes. Il souhaite à cet égard reprendre à son compte certains des arguments avancés par M. Murphy. M. Hmoud ne pense pas cependant qu'il faille abandonner un projet qui figure parmi les plus importants jamais entrepris par la Commission et qui peut avoir une influence considérable sur les relations internationales. Il existe en outre un grand nombre de sources juridiques qui peuvent être utilisées pour rédiger ces projets d'article, y compris d'ailleurs la pratique des États et les normes qui leur sont applicables. Compte tenu des variantes qui existent dans la pratique des États, il est nécessaire d'élaborer des critères normatifs. Ces différences, qui sont parfois considérables, découlent également d'orientations politiques ou de politiques internes propres aux États expulsants. Le travail de la Commission sur le projet de texte aura un impact sur ces orientations politiques, tant sur le plan interne que sur le plan international.

57. La Commission est partie du principe que la question de l'expulsion des étrangers relevait de la souveraineté des États, qui avaient le droit et le devoir de protéger leur territoire et leurs frontières. Néanmoins, ce droit n'est pas absolu, il doit être soumis à certaines restrictions. Ainsi, les droits de la personne expulsée ou en cours d'expulsion doivent être respectés, de même que ceux des États autres que l'État expulsant. Le projet d'articles doit donc apporter une « valeur ajoutée » par rapport aux normes juridiques existantes et ne pas affaiblir les régimes en vigueur.

58. M. Hmoud ne croit pas que la forme finale doive être arrêtée à ce stade des travaux de la Commission et rejoint donc le Rapporteur spécial à ce sujet. En outre, la Commission pourra toujours revenir sur cette question en seconde lecture ou laisser à l'Assemblée générale le soin de la trancher.

59. M. ŠTURMA (Rapporteur) dit qu'il est peut-être prématuré d'arrêter la forme finale des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen et qu'un débat plus approfondi sera certainement nécessaire. Sur le plan de la formulation, il est d'accord pour dire que le projet d'articles ne devrait pas s'écarter de la majorité des traités, à moins qu'il n'y ait une raison valable à cela. En tout état de cause, ce sera au Comité de rédaction de se prononcer. S'agissant enfin de la question de l'extradition, M. Šturma renvoie au paragraphe 25 du huitième rapport du Rapporteur spécial, dans lequel est évoquée la solution d'une clause « sans préjudice » à son avis tout à fait acceptable.

60. M. KAMTO (Rapporteur spécial) remercie les membres qui se sont exprimés au sujet de son huitième rapport. Certaines de ces interventions reprennent pour l'essentiel des observations qui avaient déjà suscité des débats, parfois intenses, au sein de la Commission, et auxquelles celle-ci a tenté d'apporter des réponses, tant en séance plénière que dans le cadre du Comité de rédaction. Bien entendu, tous les problèmes n'ont pas été résolus, et l'examen du projet d'articles se poursuivra donc au sein du Comité de rédaction, compte tenu des contributions nouvelles apportées à la séance en cours.

61. Sur un certain nombre de points, des réponses sont, la plupart du temps, formulées ou suggérées dans le huitième rapport. Tel est le cas, par exemple, de la question de l'expulsion en rapport avec l'extradition. À la lumière des débats qui se sont tenus à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a cru bon de tenir compte de la préoccupation des États en proposant une clause sans préjudice au paragraphe 25 du rapport, bien que cette solution n'ait pas sa préférence. Cette solution, si elle était retenue par le Comité de rédaction, pourrait constituer une réponse acceptable et apaiser les craintes des États à cet égard. Le Rapporteur spécial a également pris en considération la question du droit au retour, et suivi les propositions faites par les États sur ce point.

62. En ce qui concerne la multiplicité des régimes, M. Kamto revient sur un point qui ne laisse pas de le surprendre. Il s'agit du sempiternel débat sur la question de savoir si le sujet se prête à la codification. En effet, l'expulsion des étrangers est le sujet qui fournit la pratique la plus abondante (à l'exception peut-être de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et, dans une certaine mesure, de la protection diplomatique) depuis le XIX^e siècle. Aussi, si ce sujet ne se prête pas à la codification, M. Kamto se demande ce que fait la Commission et pour quelles raisons elle codifie certains sujets qui manquent de base en droit international coutumier et qui reposent sur une pratique fort rare. La Commission a admis que le sujet pouvait donner lieu à des projets d'article, lesquels ont été soumis à l'Assemblée générale qui en a pris note.

63. La Commission pourrait certes se limiter à ce qu'il est convenu d'appeler une codification « à droit constant », c'est-à-dire consistant uniquement à compiler des dispositions qui existent déjà dans différentes conventions. M. Kamto considère que ce n'est pas là la tâche assignée à la Commission qui a pour mission, conformément à son statut, le développement progressif du droit international et sa codification. Il constate d'ailleurs que, jusqu'à présent, la Commission a fait très peu de développement progressif pour ce qui concerne le sujet de l'expulsion des étrangers, lequel développement progressif est en général fondé sur la pratique des États et la jurisprudence internationale.

64. Sans vouloir anticiper sur la décision que pourrait prendre la Commission, M. Kamto préconise de nouveau, comme il l'a fait depuis le début, d'inviter la Commission à transmettre à l'Assemblée générale, le moment venu, le résultat de ses travaux sous la forme d'un projet d'articles. La suite que l'Assemblée générale souhaitera lui donner ne relève pas de la compétence de la Commission.

65. M. HMOUD indique que le Comité de rédaction sur le sujet de l'expulsion des étrangers est composé des membres dont le nom suit : M. Comissário Afonso, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Kittichaisaree, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood, M. Šturma (membre d'office) et M. Kamto (Rapporteur spécial).

La séance est levée à 13 heures.

3130^e SÉANCE*Vendredi 11 mai 2012, à 10 h 5**Président*: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'a pas encore terminé ses consultations informelles sur la manière dont les sujets figurant à l'ordre du jour de la Commission, et les nouveaux sujets, devraient être traités. Il espère pouvoir donner plus d'informations lors de la séance plénière qui se tiendra le mercredi 16 mai.

2. M^{me} JACOBSSON remercie le Président de consulter ses collègues sur les travaux de la session en cours. Le groupe de planification étant censé conseiller la Commission sur l'organisation de ses travaux, il serait judicieux de prévoir une réunion de ce groupe au mois de mai, conformément à la pratique antérieure. Une réunion organisée tôt dans la session serait également utile pour les nouveaux membres de la Commission.

3. Le PRÉSIDENT dit que le bureau, qui s'est déjà penché sur ce point, est favorable à ce que le groupe de planification se réunisse dès qu'il aura terminé les consultations informelles.

4. M. CANDIOTTI se prononce en faveur de la tenue d'une réunion dès que possible. Le groupe devra examiner l'organisation des travaux de la Commission sur l'ensemble du quinquennat et être prêt à répondre à toutes les questions que les nouveaux membres pourraient se poser.

5. Sir Michael WOOD, qui partage les points de vue de M^{me} Jacobsson et M. Candiotti, pense qu'il serait opportun de tenir une réunion du groupe de planification dès la semaine suivante. Il est important que tous les membres aient connaissance de la procédure que doivent suivre les rapporteurs spéciaux et il est également essentiel de planifier les travaux du quinquennat, comme indiqué au paragraphe 378 du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-troisième session³⁶ (A/66/10). Les membres voudront peut-être se remettre en mémoire ce qui a été convenu sur ce point en 2011.

6. M. GOMEZ ROBLEDO dit qu'en tant que nouveau membre de la Commission il trouverait très utile que le groupe de planification se réunisse promptement.

* Reprise des débats de la 3128^e séance.³⁶ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 181 et 182.

7. Le PRÉSIDENT propose que le groupe de planification se réunisse le vendredi 18 mai.

*Il en est ainsi décidé.**La séance est levée à 10 h 15.***3131^e SÉANCE***Vendredi 18 mai 2012, à 10 heures**Vice-Président*: M. Bernd NIEHAUS

Présents: M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

Le PRÉSIDENT dit que le bureau a adopté le programme de travail pour la semaine à venir, programme qui vient d'être distribué aux membres.

*La séance est levée à 10 h 5.***3132^e SÉANCE***Mardi 22 mai 2012, à 10 h 5**Président*: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M^{me} Patricia O'Brien, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, et l'invite à informer les membres de la Commission des faits nouveaux dans le domaine juridique à l'Organisation des Nations Unies (ONU).

Il souhaite également la bienvenue à M. Hans Correll, ancien Conseiller juridique, qui assiste aux débats.

2. M^{me} O'BRIEN (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique), après avoir félicité les nouveaux membres de la Commission pour leur élection, dit que plusieurs faits nouveaux importants se sont produits à la Sixième Commission pendant la soixante-sixième session de l'Assemblée générale. Dans sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, intitulée « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session », l'Assemblée a donné des orientations pour la poursuite des travaux de la Commission. La Sixième Commission continue de compter sur la précieuse contribution de la Commission du droit international au développement progressif et à la codification du droit international.

3. À sa soixante-troisième session, la Commission du droit international a achevé ses travaux sur le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales³⁷ et le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités³⁸, et les commentaires y afférents; l'Assemblée générale a donc pris note des deux ensembles d'articles, les a annexés chacun à une résolution³⁹ et les a recommandés à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée qui pourrait être prise. Elle a aussi décidé d'y revenir à sa soixante-neuvième session afin d'examiner, entre autres questions, celle de la forme que pourrait prendre les articles.

4. En ce qui concerne les travaux menés par la Commission sur le sujet « Les réserves aux traités », notamment l'adoption d'un projet de directives assorties de commentaires dans le Guide de la pratique des réserves aux traités⁴⁰, M^{me} O'Brien rappelle que l'Assemblée a décidé de reprendre l'examen de ce sujet à sa soixante-septième session⁴¹, une fois que tous les documents pertinents seraient disponibles, afin que le débat soit le plus complet possible.

5. Dans sa résolution 66/98, l'Assemblée générale a aussi recommandé à la Commission de poursuivre ses travaux sur les autres sujets actuellement inscrits à son programme de travail, en tenant compte des observations des gouvernements. Le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission au sujet du rapport de la Commission (A/CN.4/650 et Add.1) rend compte en détail des vues exprimées.

6. La Sixième Commission a également examiné deux sujets dont la Commission du droit international avait débattu préalablement: « Nationalité des personnes physiques et succession d'États »⁴², et « Le droit des aquifères

transfrontières »⁴³, sur lesquels la Commission a achevé ses travaux respectivement en 1999 et en 2008.

7. Sur le premier de ces deux sujets, M^{me} O'Brien rappelle que la Commission, à sa cinquante et unième session, a adopté un projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États et les commentaires y relatifs, et a recommandé à l'Assemblée générale de l'adopter sous la forme d'une déclaration⁴⁴. Le projet d'articles a été annexé à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, et celle-ci est revenue sur le sujet à deux de ses sessions ultérieures pour examiner la forme finale à donner aux articles. Dans sa résolution 66/92 du 9 décembre 2011, l'Assemblée a souligné l'intérêt que revêtent les articles s'agissant de guider les États lorsqu'ils traitent de questions touchant la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, notamment en ce qui concerne la prévention de l'apatridie, et a décidé que, si un État en faisait la demande, elle reviendrait le moment venu sur la question, à la lumière de l'évolution de la pratique des États dans ce domaine.

8. Sur le second sujet, M^{me} O'Brien rappelle qu'à sa soixantième session la Commission du droit international a adopté un projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et les commentaires y relatifs, et a proposé une démarche en deux étapes⁴⁵, la première consistant pour l'Assemblée générale à annexer le projet d'articles à une résolution – ce que l'Assemblée a fait dans sa résolution 63/124 –, la seconde étant l'élaboration éventuelle d'une convention. La Sixième Commission s'est essentiellement concentrée sur la forme finale à donner au projet d'articles et, dans sa résolution 66/104 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a encouragé les États à prendre les mesures bilatérales ou régionales nécessaires à la bonne gestion de leurs aquifères transfrontières en accordant la considération voulue aux dispositions du projet d'articles, et a invité le Programme hydrologique international de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) à apporter son assistance technique et scientifique aux États concernés. La Sixième Commission devrait examiner de nouveau ce sujet à sa soixante-septième session.

9. Faisant brièvement le point sur les faits nouveaux survenus dans le domaine de l'administration de la justice à l'ONU, M^{me} O'Brien indique que la Sixième Commission a récemment examiné des projets d'amendements aux Statuts du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies et du Tribunal d'appel des Nations Unies. Dans sa résolution 66/107 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a approuvé les amendements au Règlement de procédure du Tribunal d'appel des Nations Unies tels que reproduits dans l'annexe à cette résolution; cependant, elle a décidé de ne pas approuver l'amendement à l'article 19 (Conduite de l'instruction) du Règlement de

³⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

³⁸ *Ibid.*, p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

³⁹ Résolutions 66/100 et 66/99 du 9 décembre 2011, respectivement.

⁴⁰ *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), et *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 24 et suiv., par. 75.

⁴¹ Résolution 66/98, par. 5.

⁴² Résolution 55/153 du 12 décembre 2000, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48.

⁴³ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

⁴⁴ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 44.

⁴⁵ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 49.

procédure du Tribunal du contentieux administratif des Nations Unies figurant à l'annexe I du rapport du Secrétaire général sur ce point⁴⁶.

10. La Sixième Commission s'est également penchée sur le Code de déontologie judiciaire à l'usage des membres du Tribunal du contentieux administratif et du Tribunal d'appel du système des Nations Unies élaboré par le Conseil de justice interne. Sur recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée générale a approuvé, dans sa résolution 66/106 du 9 décembre 2011, le Code de déontologie judiciaire figurant en annexe à cette résolution.

11. L'Assemblée générale a décidé de poursuivre l'examen de la question des recours utiles offerts au personnel n'ayant pas la qualité de fonctionnaire, comme les vacataires et les consultants. Elle a prié le Secrétaire général de lui présenter, à sa soixante-septième session, un rapport sur les procédures d'arbitrage accélérées pour le règlement des différends avec les non-fonctionnaires, ainsi que sur une procédure permettant de sanctionner les éventuelles fautes professionnelles des juges (résolution 66/237 du 24 décembre 2011, par. 38).

12. L'Assemblée a également évalué le fonctionnement du nouveau système d'administration de la justice et a indiqué qu'elle souhaitait continuer à suivre de près l'évolution de la jurisprudence du Tribunal du contentieux administratif et du Tribunal d'appel, et à examiner des questions spéciales comme celle de l'octroi d'indemnités pour préjudice moral. Les tribunaux entrent dans leur troisième année de fonctionnement.

13. À ce jour, le Tribunal du contentieux administratif a rendu plus de 560 jugements et le Tribunal d'appel plus de 180⁴⁷. Les jugements du Tribunal d'appel des Nations Unies ont porté sur des questions fondamentales telles que le rôle du contrôle des décisions et le niveau de preuve exigé pour l'imposition de sanctions disciplinaires. Par exemple, le Tribunal d'appel a décidé que, les affaires disciplinaires n'étant pas de nature pénale, l'ONU ne suivrait pas la jurisprudence du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail selon laquelle les infractions administratives devaient être établies au-delà de tout doute raisonnable. Au lieu de cela, il a décidé que, dans les affaires pouvant déboucher sur un licenciement, la faute devait être établie par des preuves claires et convaincantes. Il poursuit également son travail pour clarifier d'autres principes importants, notamment ceux qui régissent l'octroi d'indemnités.

14. Ces nouveaux éléments influenceront de manière significative sur l'évolution des politiques d'administration et de gestion de l'ONU, et sur les fonctions de conseil qu'exerce le Bureau des affaires juridiques, au sein duquel la Division des questions juridiques générales joue un rôle essentiel à cet égard.

15. Passant aux autres activités qu'a menées le Bureau des affaires juridiques durant l'année écoulée, M^{me} O'Brien

dit que le Bureau du Conseiller juridique a eu beaucoup à faire avec les tribunaux internationaux. Ce Bureau contribue depuis longtemps à la mise en place et au bon fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux, et M^{me} O'Brien constate avec satisfaction que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont si bien progressé dans l'exécution de leur mandat depuis leur création dans les années 1990 qu'ils achèvent actuellement leurs travaux et s'apprentent à cesser leur activité.

16. D'importants progrès ont été faits, en application de la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité, en date du 22 décembre 2010, en vue du démarrage des activités du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux pénaux. L'Assemblée générale a élu les 25 juges du Mécanisme, et le Président, le Procureur et le Greffier ont été désignés. Le Règlement de procédure et de preuve du Mécanisme, une politique relative à l'accès aux données, et à la sécurité des archives et des dossiers, ainsi que les accords de siège avec les Gouvernements des Pays-Bas et de la République-Unie de Tanzanie, pays hôtes du Mécanisme, seront arrêtés sous peu. Le Bureau du Conseiller juridique a joué un rôle central dans ces travaux fondamentaux.

17. En ce qui concerne le Tribunal pénal international pour le Rwanda, l'un des événements marquants en 2011 a été la décision qu'il a prise de transférer une affaire à un tribunal rwandais⁴⁸. Le renvoi d'affaires devant les juridictions nationales est un élément clef de la stratégie d'achèvement des travaux et concorde avec le principe selon lequel il incombe en premier lieu aux États d'engager des poursuites à raison de crimes internationaux graves. Concrètement, cette décision pourrait inciter à renvoyer devant des juridictions nationales rwandaises les affaires concernant les six fugitifs soupçonnés d'avoir joué un rôle subalterne dans les crimes commis au Rwanda.

18. Depuis que Ratko Mladić et Goran Hadžić ont été arrêtés en 2011, il n'y a plus de fugitifs en ce qui concerne le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; les 161 personnes accusées ont toutes été traduites en justice. Les procès de Ratko Mladić⁴⁹ et Radovan Karadžić⁵⁰ seront instruits par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, mais c'est le Mécanisme résiduel qui, le cas échéant, instruira les procédures d'appel, conformément aux dispositions de la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité.

19. En avril 2012, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a reconnu l'ancien Président libérien Charles Taylor coupable de planification de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, et d'aide et d'encouragement à

⁴⁸ *Le Procureur c. Jean Uwinkindi*, affaire n° ICTR-01-75-AR11bis, décisions du 28 juin 2011, confirmée par la Chambre d'appel le 16 décembre 2011 (accessible à l'adresse suivante: www.ictcaselaw.org/Homefr.aspx, consultée le 13 janvier 2016).

⁴⁹ *Le Procureur c. Ratko Mladić*, affaire n° IT-09-92, les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante: www.icty.org/case/mladic/4 (consulté le 13 février 2015).

⁵⁰ *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18, les décisions relatives à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante: www.icty.org/case/karadzic/4 (consulté le 13 février 2015).

⁴⁶ A/66/86.

⁴⁷ Les jugements peuvent être consultés à l'adresse suivante: www.un.org/en/oaj/unjs/jurisprudence.shtml.

la commission de tels crimes⁵¹. Cela a été un moment historique pour la justice pénale internationale puisque c'est la première fois, depuis le procès au Tribunal de Nuremberg, qu'une juridiction pénale internationale condamne un ancien chef d'État. Cependant, Charles Taylor n'est pas le premier chef d'État à avoir commis des crimes internationaux alors qu'il était en exercice, et il ne sera pas le dernier à devoir répondre de ses crimes devant une cour de justice. Par ce jugement, on a clairement affirmé que nul n'est au-dessus des lois. C'est une victoire dans la lutte contre l'impunité et la preuve tangible que l'heure de rendre des comptes est venue. Si une procédure d'appel est engagée, elle devrait être achevée d'ici à la fin de l'année, et le Tribunal spécial laissera alors la place au Tribunal résiduel spécial pour la Sierra Leone qui a été établi par la voie d'un accord entre l'ONU et le Gouvernement sierra-léonais⁵².

20. Contrairement aux autres tribunaux, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ne sont pas en passe d'achever leurs travaux. Dans son premier arrêt, rendu en février 2012, la Chambre de la Cour suprême a confirmé la condamnation de Kaing Guek Eav, alias « Duch », pour crimes contre l'humanité, et a aggravé la peine d'emprisonnement de trente-cinq ans prononcée en première instance, la portant à une peine de réclusion à perpétuité. Une fois l'affaire *Duch* terminée, l'attention s'est reportée sur le deuxième procès, qui s'est ouvert en novembre 2011 et concerne les quatre derniers hauts dirigeants du régime des Khmers rouges encore en vie⁵³. Eu égard au grand âge des accusés, les juges ont adopté une nouvelle approche consistant à diviser le procès en plusieurs phases successives. Selon de nombreux commentateurs, ce procès est le plus important procès pénal international qui ait lieu actuellement dans le monde. Deux autres affaires, dont l'instruction est en cours, continuent de susciter une vive polémique. Deux cojuges d'instruction internationaux ont démissionné rapidement l'un après l'autre et l'on craint que cela ne permette finalement aux suspects d'échapper à leurs responsabilités. L'ONU reste toutefois déterminée à faire en sorte que l'impunité des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique ne soit pas tolérée.

21. En juin 2011, le Tribunal spécial pour le Liban a confirmé l'acte d'accusation concernant quatre personnes soupçonnées d'être impliquées dans l'attaque qui a coûté la vie à l'ancien Premier Ministre libanais Rafiq Hariri et à 22 autres personnes, et a délivré des mandats d'arrêt contre elles⁵⁴. Les efforts déployés pour

⁵¹ *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, affaire SCSL-03-01, jugement du 26 avril 2012.

⁵² Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à l'établissement d'un Tribunal résiduel spécial pour la Sierra Leone (Freetown, 11 août 2010, et New York, 29 juillet 2010), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2871, n° 50125, p. 1. L'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (Freetown, 16 janvier 2002) est reproduit dans Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137.

⁵³ Nuon Chea et Khieu Samphan (ainsi que Ieng Sary et Ieng Thirith) ont été renvoyés devant la Chambre de première instance des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour répondre de faits qualifiés de crimes contre l'humanité, génocide et violations graves des Conventions de Genève de 1949, dans le cadre du dossier n° 002 (www.eccc.gov.kh/fr/case/topic/213).

⁵⁴ *Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash et autres*, affaire STL-11-01/T/TC (www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01).

repérer les quatre suspects et les arrêter étant jusqu'ici restés infructueux, le Tribunal spécial les jugera en leur absence dans le courant de l'année 2012. Le Procureur examine également quatre autres attaques présentant des liens avec l'attaque susmentionnée afin de déterminer s'il existe des preuves suffisantes pour établir un acte d'accusation. Le mandat initial de trois ans du Tribunal spécial a expiré en février 2012. Conformément aux dispositions de l'annexe à la résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité, en date du 30 mai 2007 (art. 21), le Secrétaire général, après avoir consulté le Gouvernement libanais et le Conseil de sécurité, a prolongé de trois ans le mandat du Tribunal spécial.

22. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale est actuellement la pièce maîtresse du système de justice pénale internationale des Nations Unies. Le dixième anniversaire de son entrée en vigueur, étape symbolique, sera célébré tout au long de l'année. Il sera l'occasion de faire le bilan des résultats obtenus par la justice pénale internationale au cours des dix années écoulées et aussi, espère-t-on, de rappeler à tous les États épris de justice combien il importe qu'ils fassent bénéficier la Cour d'un soutien sans faille.

23. La Cour pénale internationale a rendu son premier verdict le 14 mars 2012, déclarant Thomas Lubanga Dyilo coupable de crimes de guerre pour avoir enrôlé et conscrit des enfants de moins de 15 ans, et les avoir fait participer activement au conflit armé qui se déroulait dans l'est de la République démocratique du Congo. L'audience consacrée au prononcé de la sentence doit s'ouvrir à la mi-juin 2012. Certains ont critiqué le fait qu'il ait fallu à la Cour plus de cinq ans pour achever son premier procès, mais il faut garder à l'esprit que toute juridiction nouvelle se heurte à des difficultés lorsqu'elle emprunte des voies juridiques encore inexplorées et qu'il n'existe pas de précédent pour la guider. Avec le temps, la Cour devrait parvenir à accélérer son rythme de travail tout en continuant d'offrir aux personnes qu'elle sera amenée à juger les garanties d'une procédure régulière.

24. La Cour exerce actuellement sa compétence à l'égard de sept situations, en République démocratique du Congo, en République centrafricaine, dans le nord de l'Ouganda, au Darfour, en Libye, au Kenya et en Côte d'Ivoire. Elle est au cœur de l'action que mène la communauté internationale pour obliger les responsables à rendre compte de leurs actes, mettre fin à l'impunité et renforcer l'état de droit, et la communauté internationale, si elle tient réellement à atteindre ces objectifs, doit impérativement soutenir le travail de la Cour.

25. De plus en plus souvent, des États Membres et des organisations internationales régionales demandent à l'ONU d'apporter un soutien financier et logistique à des forces de sécurité ne relevant pas des Nations Unies. Toutefois, en apportant un tel soutien, l'ONU risque de se voir impliquée dans des violations du droit international si les forces de sécurité qu'elle appuie en commettent. Les événements qui se sont produits en République démocratique du Congo en 2009 en ont fait la démonstration. Afin de gérer ce risque, le Secrétaire général a annoncé en juillet 2011 la mise en place d'une politique de diligence voulue en matière de droits de l'homme qui s'appliquerait chaque

fois qu'une entité de l'ONU prévoit d'apporter son soutien, ou l'apporte, à des forces de sécurité ne relevant pas des Nations Unies⁵⁵. Le Bureau du Conseiller juridique a joué un rôle central dans l'élaboration de cette politique, en vertu de laquelle chaque fois qu'un organisme de l'ONU envisage d'apporter un appui à des forces de sécurité ne relevant pas des Nations Unies, il doit en premier lieu évaluer les risques que cela comporte, en particulier le risque que ces forces de sécurité commettent des violations graves du droit international humanitaire, du droit des droits de l'homme ou du droit des réfugiés. Lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'un tel risque existe, et que rien ne peut être fait pour l'éliminer ou le réduire à un niveau acceptable, l'organisme ne doit pas apporter son appui. Lorsqu'un organisme de l'ONU décide d'apporter son appui à des forces de sécurité ne relevant pas des Nations Unies, il est tenu, en vertu de la politique de diligence voulue, de mettre en place des moyens de surveiller de près le comportement de ces forces. S'il reçoit ultérieurement des informations qui lui donnent des raisons suffisantes de croire que les forces en question commettent des violations graves du droit international humanitaire, du droit des droits de l'homme ou du droit des réfugiés, il doit impérativement intervenir sans délai auprès du commandement des forces concernées afin de mettre fin à ces violations. Si ces démarches sont infructueuses et que les violations se poursuivent, l'organisme de l'ONU doit suspendre ou supprimer son appui.

26. Cette politique se fonde sur trois corpus de droit différents. Le premier est le paragraphe 3 de l'Article 1 de la Charte, qui charge l'ONU de promouvoir et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le deuxième est le droit de la responsabilité internationale, qui interdit à une organisation internationale d'aider un État ou une autre organisation internationale à commettre une infraction à ses obligations juridiques internationales ou de lui apporter une assistance à cette fin. Le troisième s'applique lorsque des forces de sécurité ne relevant pas des Nations Unies sont parties à un conflit armé et que l'Organisation devient partie à ce conflit du fait même du soutien qu'elle apporte à ces forces de sécurité. Dans une telle situation, le droit international humanitaire, en particulier l'article 1 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, fait obligation à l'Organisation de faire tout ce qui est en son pouvoir pour s'assurer que les forces de sécurité qui ne relèvent pas des Nations Unies mènent leurs opérations dans le respect des obligations qui leur incombent en vertu du droit international humanitaire.

27. Sur la question de l'amnistie, autre sujet de préoccupation du Bureau du Conseiller juridique, M^{me} O'Brien rappelle que, depuis plus de dix ans, le Secrétaire général recommande à ses envoyés et représentants spéciaux chargés de négocier des accords de paix de veiller à ce que ces accords excluent toute amnistie pour les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes

de guerre ainsi que les violations flagrantes des droits de l'homme, notamment les exécutions sommaires, les exécutions extrajudiciaires, la torture, les disparitions forcées, l'esclavage, le viol ou d'autres violences sexuelles de même gravité. Le Bureau du Conseiller juridique a contribué de manière décisive à l'élaboration et à la mise en place de cette politique; en outre, compte tenu de l'approche de plus en plus intégrée adoptée par le Secréariat en matière de médiation et d'appui à la médiation, le Bureau joue actuellement un rôle similaire pour assurer la bonne application de cette politique.

28. Sur la question de la vérification des antécédents dans le domaine des droits de l'homme dans le contexte des opérations de maintien de la paix, M^{me} O'Brien note que, même si les cas de faute grave de membres du personnel des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, notamment les cas d'exploitation ou de violence sexuelles, sont rares, ils peuvent, lorsqu'ils se produisent, nuire très gravement à la réputation et à l'action des Nations Unies. Lorsqu'elle mène des opérations très complexes, dans des situations très difficiles, l'Organisation s'appuie sur la crédibilité et la légitimité dont elle jouit auprès de la population locale. Par conséquent, quand des membres du personnel des Nations Unies enfreignent les lois locales, ils ternissent l'image de l'Organisation et sapent le travail qu'elle accomplit dans l'exécution de son mandat. Le préjudice est aggravé lorsque, comme c'est souvent le cas, les auteurs ne rendent pas réellement compte de leurs actes ou lorsque les mesures nécessaires sont prises dans un pays qui a fourni un contingent, c'est-à-dire loin de l'endroit où l'infraction a été commise, et loin des victimes.

29. L'Organisation s'efforce donc de mettre en place des mesures de prévention pour éviter que de telles fautes graves ne soient commises, ce qui suppose d'agir dans de multiples domaines. Il faut notamment veiller à ce que toutes les personnes qui participent aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies fassent preuve des plus hautes qualités d'intégrité prescrites par la Charte. À cette fin, le Service des politiques et des meilleures pratiques du Département des opérations de maintien de la paix a pris la tête d'un groupe de travail interdépartemental qui s'emploie à établir une politique à l'intention des pays contributeurs de contingents ou d'effectifs de police, prévoyant que ces pays soumettent à une procédure de sélection le personnel qu'ils fournissent pour mener les opérations des Nations Unies. Une fois que cette politique sera appliquée dans toute l'Organisation, elle permettra aux Nations Unies de se réserver le droit de refuser le déploiement d'un contingent ou de rapatrier des soldats de la paix prématurément, aux frais des autorités du pays contributeur, s'il existe des raisons de croire qu'un soldat de la paix a commis une infraction pénale ou une infraction disciplinaire grave, ou encore un acte constituant une violation du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire.

30. Pour faire respecter l'état de droit, les soldats de la paix des Nations Unies doivent montrer l'exemple. Le Secrétaire général a clairement indiqué qu'il n'hésiterait pas à imposer des sanctions disciplinaires ou, si nécessaire, à déférer des affaires aux autorités nationales à des fins de poursuites pénales, dans le respect du droit à

⁵⁵ Voir le rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation (A/67/1), par. 58 :

Le texte de cette «Politique de diligence voulue en matière de droits de l'homme dans le contexte de la fourniture d'appui par l'ONU à des forces de sécurité non onusiennes» est reproduit en annexe des «Lettres identiques datées du 25 février 2013, adressées par le Secrétaire général au Président de l'Assemblée générale et au Président du Conseil de sécurité» (A/67/775-S/2013/110).

une procédure régulière et sans préjudice des privilèges et immunités applicables énoncés dans la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Sur ces questions, l'Organisation travaille en étroite concertation avec les États Membres concernés, c'est-à-dire, en général, avec l'État hôte de l'opération de maintien de la paix ou l'État de nationalité du soldat de la paix mis en cause.

31. La mise en œuvre des règles et mécanismes applicables a posé des difficultés opérationnelles dans certains cas, lorsque les institutions judiciaires du pays hôte n'étaient pas suffisamment solides et n'étaient pas en mesure d'assurer à l'accusé un procès équitable. La pratique a montré que la coopération entre toutes les parties concernées – à savoir l'État hôte, l'État de nationalité du soldat de la paix et l'ONU – est essentielle au succès des mécanismes existants.

32. L'ONU prend très au sérieux l'obligation qui lui incombe, en vertu de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de coopérer avec les autorités compétentes de l'État hôte pour favoriser une bonne administration de la justice, laquelle constitue un élément clef de l'état de droit. La question de cette coopération se pose, par exemple, lorsque des nationaux d'un État hôte cherchent à échapper aux forces de l'ordre locales, en se réfugiant dans des locaux de l'ONU. En pareille situation, l'Organisation doit coopérer avec les autorités nationales compétentes, mais sa coopération doit être subordonnée à la fourniture par l'État hôte de garanties quant au fait que les intéressés bénéficieront d'une procédure régulière et, plus généralement, qu'ils ne seront pas soumis à la torture ni ne feront l'objet d'autres atteintes graves à leurs droits fondamentaux.

33. La « responsabilité de protéger » est une notion politique et juridique intéressante et relativement nouvelle qui a fait l'objet de nombreux débats au sein de l'Organisation des Nations Unies ces dernières années. À la Réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale en 2005, plus de 150 chefs d'État et de gouvernement ont unanimement souscrit à ce concept, en déclarant qu'il incombe « à chaque État [...] de protéger ses populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité⁵⁶ » et qu'il incombe également « à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, [...] d'aider à protéger les populations⁵⁷ » de ces crimes.

34. Le Secrétaire général a défini une stratégie fondée sur trois piliers pour donner une dimension opérationnelle à la responsabilité de protéger⁵⁸. Le premier pilier est la reconnaissance de la responsabilité permanente qui incombe aux États de protéger leurs populations. Le deuxième pilier est le rôle que doit jouer la communauté internationale pour aider les États à protéger leurs populations avant que des crises ou des conflits ne dégénèrent au point que des atteintes à la responsabilité de protéger

sont commises. Le troisième pilier suppose que les États s'engagent à être prêts à mener en temps voulu une action collective et résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité et dans le respect de la Charte des Nations Unies, lorsque les autorités d'un État manquent manifestement à leur obligation de protéger la population. Cet engagement s'étend aux mesures visées aux Chapitres VI et VIII de la Charte, et aussi à celles visées au Chapitre VII, et englobe la collaboration avec les organisations régionales compétentes, s'il y a lieu. Naturellement, la notion reste dans les limites du cadre juridique prévu par la Charte, à savoir que toute décision du Conseil de sécurité de prendre des mesures doit, pour être adoptée, recueillir les suffrages de tous les membres permanents. Cette exigence montre bien que la responsabilité de protéger ne vient pas s'ajouter aux exceptions à l'interdiction d'utiliser la force qui sont prévues dans la Charte et qui sont bien connues, à savoir la légitime défense et les actions autorisées par le Conseil de sécurité.

35. La plupart des États sont convenus que l'ONU devrait d'abord centrer son action sur la prévention. Concrètement, cela suppose de déterminer quelle est, pour l'Organisation, la meilleure façon d'aider les États à protéger leurs populations avant que les crises éclatent, en particulier dans les situations où le Conseil de sécurité ne pourra probablement pas autoriser la mise en œuvre de mesures coercitives telles que celles qui sont visées au Chapitre VII. Ce défi reste à relever et, chaque situation étant unique, les solutions seront différentes selon les cas.

36. La responsabilité de protéger témoigne de la conviction, partagée dans le monde entier, qu'il est immoral et inacceptable qu'un État laisse se produire des atteintes flagrantes aux droits de l'homme de sa population et que la communauté internationale a le devoir de prévenir de tels crimes. La notion de responsabilité de protéger est née de plusieurs faits nouveaux importants, le premier étant la reconnaissance des changements intervenus dans la nature des conflits depuis l'élaboration de la Charte en 1945 : aujourd'hui, la plupart des conflits sont des conflits internes aux États plutôt qu'entre États. Cela montre que les principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme sont largement acceptés et cela renforce le cadre normatif relatif aux crimes de génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, et réaffirme l'obligation qui incombe aux États, en vertu du droit international, de prévenir, poursuivre et punir ces crimes.

37. La prise de conscience que la souveraineté de l'État – pierre angulaire des relations internationales – entraîne une responsabilité est au cœur de la notion de responsabilité de protéger. Si les États doivent protéger leurs populations des crimes relevant de cette responsabilité, la communauté internationale a, quant à elle, l'obligation positive d'aider les États à s'acquitter de leurs responsabilités et de prendre des mesures s'ils ne le font pas. L'idée que la souveraineté entraîne une responsabilité souligne que de la souveraineté découlent un certain statut et une certaine autorité en vertu du droit international, ainsi que des obligations durables de chaque État envers sa population.

38. Il importe de noter que, loin de déroger au principe de la souveraineté de l'État, la notion de responsabilité

⁵⁶ Document final du Sommet mondial de 2005, résolution 60/1 de l'Assemblée générale, en date du 16 septembre 2005, par. 138.

⁵⁷ Ibid., par. 139.

⁵⁸ Rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de la responsabilité de protéger (A/63/677), par. 11 à 66.

de protéger renforce ce principe et met en relief le rôle de l'État en tant que protecteur de ses nationaux. Comme l'a rappelé le Secrétaire général, «la responsabilité de protéger est l'alliée, et non l'adversaire, de la souveraineté⁵⁹». Étant donné que l'un des attributs qui fonde à la fois la qualité d'État et la souveraineté est la protection des populations, la prévention des atrocités commence au niveau national. Parce qu'elle met l'accent sur la prévention, la responsabilité de protéger renforce le dispositif de sécurité collectif établi par la Charte et réaffirme le principe selon lequel les mesures coercitives ne peuvent être prises que dans le cadre juridique prescrit par la Charte.

39. On peut alors se demander ce que cette notion a de nouveau. La «valeur ajoutée» de la responsabilité de protéger tient au fait qu'elle renferme l'ensemble des obligations morales et juridiques qui s'imposent à la communauté internationale en ce qui concerne les quatre types de crimes relevant de cette responsabilité. La responsabilité de protéger peut être un puissant vecteur entraînant un processus politique important, dans lequel une pression politique pourra s'ajouter à l'assistance technique et matérielle apportée pour aider les États à s'acquitter de leurs responsabilités. Elle fait peser une pression non seulement sur les gouvernements nationaux, mais aussi sur les acteurs de la communauté internationale, et témoigne d'un véritable changement de perspective. Si certains font valoir que la responsabilité de protéger n'a aucun effet normatif, d'autres estiment qu'il s'agit d'une nouvelle norme habilitante et que, même si elle n'est pas obligatoire et ne crée pas de nouveaux devoirs impératifs, elle confère bel et bien une responsabilité supplémentaire, notamment la responsabilité d'agir.

40. Lorsque la responsabilité de protéger a été invoquée au sujet de la Libye, le Conseil de sécurité, dans le préambule de sa résolution 1970 (2011) du 26 février 2011, a rappelé aux autorités libyennes leur «responsabilité de protéger le peuple libyen». La communauté internationale, agissant dans le cadre de l'ONU et d'autres organes multilatéraux et bilatéraux, a pris une série de mesures au titre des deuxième et troisième piliers afin d'aider à protéger la population civile contre ce que le Conseil de sécurité a décrit comme des «attaques systématiques et généralisées [qui ...] pourraient constituer des crimes contre l'humanité» (ibid.), classant ainsi ces attaques parmi les atteintes à la responsabilité de protéger. Les mesures sont allées de démarches diplomatiques, de l'imposition de sanctions et de la saisine de la Cour pénale internationale à l'autorisation donnée par le Conseil de sécurité, dans sa résolution 1973 (2011) du 17 mars 2011, de prendre «toutes mesures nécessaires [...] pour protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque» (par. 4). L'action de la communauté internationale en Libye a été rapide, multiforme et ciblée, et elle constitue à ce jour l'application la plus résolue et directe de la notion de responsabilité de protéger.

41. Il est sans doute trop tôt pour juger des effets des mesures prises par la communauté internationale en Libye dans le cadre de la responsabilité de protéger. L'intervention de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

(OTAN) a soulevé des critiques pour être allée au-delà de ce que prévoyait l'autorisation donnée par le Conseil de sécurité et a fait craindre que la responsabilité de protéger n'ait été utilisée, et ne le soit à nouveau, pour des motifs politiques, c'est-à-dire pour procéder à un «changement de régime» ou pour justifier une ingérence dans les affaires internes d'un État. Certains estiment au contraire que les limites fixées par le Conseil de sécurité n'ont pas été franchies, que la protection des civils libyens justifiait les mesures radicales qui ont été prises et que l'intervention a permis de sauver des milliers de vies.

42. La grave situation en Syrie où l'on compte des milliers de morts et encore plus de blessés est venue occuper le premier rang des priorités internationales et constitue un véritable test pour la notion de responsabilité de protéger. Les États et la communauté internationale, agissant dans le cadre de la Ligue des États arabes et du système des Nations Unies, se sont efforcés d'apporter leur assistance et d'exercer une pression au moyen des mesures prises au titre des deuxième et troisième piliers. Le Secrétaire général a, à maintes reprises, exhorté les autorités syriennes à faire cesser les violences et continue de rappeler à la Syrie ses responsabilités. La Ligue des États arabes ainsi que le Conseil des droits de l'homme et l'Assemblée générale des Nations Unies ont agi avec détermination et se sont exprimés avec force au sujet de la situation en Syrie.

43. Le Conseil de sécurité a adopté deux résolutions sur la Syrie. Dans sa résolution 2042 (2012) du 14 avril 2012, il a demandé que tous les volets de la proposition en six points de l'Envoyé spécial conjoint (jointe en annexe) soient intégralement appliqués, immédiatement et de toute urgence. Dans sa résolution 2043 (2012) du 21 avril 2012, il a décidé de créer, pour une période initiale de quatre-vingt-dix jours, une Mission de supervision des Nations Unies en Syrie (MISNUS) (par. 5). La Mission devant atteindre son effectif maximal autorisé sans délai, le déploiement se poursuit à un rythme constant.

44. S'il est trop tard pour éviter l'effusion de sang en Syrie, l'enjeu pour la communauté internationale est de trouver des moyens d'éviter que le conflit continue de s'envenimer. La responsabilité de protéger a pour objet non seulement de mettre en évidence les responsabilités des États envers leurs populations, mais aussi de pousser la communauté internationale à se mobiliser pour aider les États à s'acquitter de leurs obligations, au besoin en prenant des mesures collectives lorsqu'un État manque à ce devoir. Les autorités syriennes ont jusqu'à présent largement méconnu leurs responsabilités, mais la communauté internationale a assumé les siennes: elle s'est mobilisée et, même s'il reste encore beaucoup à faire, elle s'appuie fortement sur la doctrine de la responsabilité de protéger.

45. Passant aux activités de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer, qui exerce de multiples fonctions en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, M^{me} O'Brien dit que la Division apporte un appui à l'application uniforme et cohérente non seulement de la Convention et des deux Accords relatifs à son application mais aussi d'autres accords et instruments pertinents. La Division continue d'aider l'Assemblée générale à examiner tous les ans les questions relatives aux affaires maritimes et au droit de la mer, lesquelles revêtent

⁵⁹ Ibid., par. 10 a.

une importance spéciale au vu de la tenue prochaine de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, qui aura lieu à Rio de Janeiro en juin 2012.

46. La participation universelle à la Convention, indispensable à la mise en place d'un régime juridique des océans unique et cohérent, demeure une priorité pour l'Assemblée générale. Dans sa résolution 66/231 du 24 décembre 2011 sur les océans et le droit de la mer, l'Assemblée générale a donc demandé une nouvelle fois à tous les États de devenir parties à la Convention et aux Accords relatifs à son application. Le Secrétaire général a lui aussi encouragé les 34 États Membres qui ne sont pas encore parties à la Convention à y adhérer. Le Cambodge a fait part de son intention de ratifier la Convention sous peu. Pour célébrer le trentième anniversaire de l'ouverture de la Convention à la signature, l'Assemblée générale a décidé de consacrer à la Convention deux journées de débats en décembre 2012 et a prié le Secrétaire général d'organiser des activités pour marquer cet anniversaire.

47. En septembre 2011, le premier atelier destiné à aider le Mécanisme de notification et d'évaluation systématiques à l'échelle mondiale de l'État du milieu marin, y compris les aspects socioéconomiques, s'est tenu au Chili, et un deuxième atelier a eu lieu en Chine en février 2012. Les pays hôtes ont présenté les résultats de ces ateliers à la troisième réunion du Groupe de travail spécial plénier sur le Mécanisme en avril 2012.

48. Au sujet des pêcheries, l'Assemblée générale a examiné l'application des dispositions de ses résolutions 61/105 du 8 décembre 2006 et 64/72 du 4 décembre 2009 concernant la pêche de fond, pratique qui risque d'avoir un impact négatif sur les écosystèmes marins vulnérables et sur la durabilité à long terme des stocks de poissons en eaux profondes. Un atelier de deux jours a été organisé à New York en septembre 2011 pour débattre de la mise en œuvre de ces résolutions, et l'Assemblée a tenu compte des conclusions de ces débats lorsqu'elle a décidé de prier les États de prendre d'urgence des mesures supplémentaires pour réglementer la pêche de fond dans les zones situées au-delà de leur juridiction nationale. La liste de ces mesures figure dans la résolution 66/68 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2011, relative à la viabilité des pêches (chap. X).

49. Malgré une diminution de la fréquence des détournements de navires, la piraterie au large des côtes de la Somalie continue de menacer la vie des gens de mer, la sûreté et la sécurité de la navigation internationale, et la stabilité de la région. En outre, l'augmentation du nombre de faits de piraterie dans le golfe de Guinée ces derniers mois est inquiétante. Le Bureau des affaires juridiques travaille dans un certain nombre d'instances pour aider les États à traiter les questions relatives aux aspects juridiques de la répression des actes de piraterie en droit international. En 2011, il a axé ses travaux sur deux domaines principaux, à savoir les mécanismes régionaux, y compris des tribunaux spécialisés, permettant de poursuivre les personnes suspectées de piraterie et les lois nationales réprimant la piraterie.

50. En ce qui concerne les mécanismes régionaux, le Bureau des affaires juridiques, faisant suite à la demande

exprimée par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1976 (2011), du 11 avril 2011, a établi un rapport du Secrétaire général sur les modalités de la création de juridictions somaliennes spécialisées pour juger les personnes soupçonnées de piraterie⁶⁰ aussi bien en Somalie que dans la région, y compris une cour spécialisée somalienne extraterritoriale siégeant dans un autre État de la région. Le Bureau évalue les considérations juridiques et pratiques à prendre en compte pour créer ce type de juridictions, y compris la participation éventuelle de personnel international, ainsi que les coûts à prévoir.

51. Dans sa résolution 2015 (2011) du 24 octobre 2011, le Conseil de sécurité a décidé de continuer d'étudier d'urgence la possibilité de créer des juridictions spécialisées pour juger les personnes soupçonnées de piraterie en Somalie et dans d'autres États de la région. Sur la base de cette résolution, le Bureau du Conseiller juridique a établi un nouveau rapport du Secrétaire général⁶¹ contenant des propositions détaillées pour la mise en place de telles juridictions. Le Bureau évalue : a) la nature de l'aide internationale, y compris le personnel international, qui serait nécessaire pour que les juridictions spécialisées dans la répression de la piraterie soient prêtes à fonctionner ; b) les procédures nécessaires au transfert des pirates capturés et à la transmission des éléments de preuve ; et c) le nombre d'affaires que ces tribunaux devraient être en mesure de connaître ainsi que le calendrier et les coûts à prévoir.

52. Toujours dans la résolution 2015 (2011), le Conseil de sécurité a engagé tous les États à ériger la piraterie en infraction pénale dans leur droit interne. Il a également engagé les partenaires internationaux à aider les États à élaborer des lois nationales réprimant la piraterie. Il a prié le Secrétaire général de rassembler dans un document les informations communiquées par les États Membres sur les mesures qu'ils auront prises pour incriminer la piraterie dans leur droit interne et pour poursuivre les personnes soupçonnées de piraterie au large des côtes somaliennes ou faciliter les poursuites contre elles et incarcérer celles qui seraient reconnues coupables, et de le faire distribuer. À ce jour, 42 États Membres ont communiqué ces renseignements.

53. La question connexe de l'embarquement de personnel de sécurité armé privé à bord des navires comme mesure de protection contre la piraterie soulève un certain nombre de problèmes juridiques complexes, que le Groupe de contact sur la lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes et l'Organisation maritime internationale (OMI) s'emploie à étudier.

54. Passant aux activités menées par la Division du droit commercial international, M^{me} O'Brien dit que l'année 2011 a été aussi productive que les précédentes pour la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a été révisée⁶² pour

⁶⁰ S/2011/360.

⁶¹ S/2012/50.

⁶² CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 1^{er} juillet 2011, disponible sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf).

tenir compte de l'expérience acquise dans son utilisation et de la pratique qui s'est développée depuis l'adoption du texte original en 1994⁶³. Elle a pour principal objet d'améliorer l'efficacité et l'efficience du processus de passation des marchés. La CNUDCI a également publié un texte intitulé *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge*⁶⁴, destiné à favoriser une interprétation uniforme de la loi type en informant et en conseillant les juges sur des questions liées à l'insolvabilité internationale. Par l'intermédiaire de ses groupes de travail, la CNUDCI mène également des travaux sur plusieurs autres sujets, notamment la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le règlement des litiges en ligne, les documents transférables électroniques, certains concepts en rapport avec l'insolvabilité internationale et le registre des sûretés réelles mobilières.

55. À sa quarante-cinquième session, qui se tiendra à New York du 25 juin au 6 juillet 2012, la CNUDCI devrait examiner et achever le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics⁶⁵. Elle examinera aussi les travaux futurs possibles dans les domaines de la passation des marchés publics et du microfinancement, ainsi que son rôle dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.

56. Un fait nouveau notable à cet égard est la création du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique, mesure originale et importante qui permettra à la CNUDCI de fournir une assistance technique aux pays en développement. Le Centre régional a été inauguré officiellement le 10 janvier 2012, et son principal objectif est de favoriser le commerce international et le développement dans la région en promouvant la sécurité des transactions commerciales internationales par la diffusion des normes et règles commerciales internationales, en particulier celles élaborées par la CNUDCI.

57. Passant aux activités de la Section des traités, M^{me} O'Brien rappelle que des cérémonies annuelles des traités et des cérémonies spéciales des traités sont organisées pour encourager une large participation aux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, dont le plus récent, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, a été adopté par l'Assemblée générale le 19 décembre 2011 dans sa résolution 66/138. La cérémonie des traités de 2012, qui mettra l'accent sur l'état de droit, coïncidera avec la réunion plénière d'une journée sur la question de l'état de droit aux

niveaux national et international qui se tiendra durant le débat de haut niveau de la soixante-septième session de l'Assemblée générale.

58. Compte tenu de la pénurie de ressources et du contexte économique difficile, la Commission du droit international doit réfléchir d'urgence à des moyens d'accroître son efficience, son efficacité et sa productivité. L'un des facteurs clés à prendre en considération est la durée de ses sessions, notamment la question de savoir s'il faut les diviser. La gravité de la situation financière de l'Organisation a obligé le Conseiller juridique à signaler à la Sixième Commission que la Commission du droit international devait gérer prudemment la manière dont elle menait ses activités. Toutes les entités des Nations Unies devront chercher des moyens innovants d'atteindre leurs objectifs si elles veulent être en mesure de poursuivre leur action malgré les contraintes budgétaires.

59. Le PRÉSIDENT remercie M^{me} O'Brien, Conseiller juridique, pour son exposé et invite les membres de la Commission à faire des commentaires et à poser des questions.

60. Au sujet de la responsabilité de protéger, M. NOLTE demande si, comme il croit le comprendre, cette notion n'engendre pas de nouvelles obligations juridiques mais bel et bien de nouvelles obligations politiques.

61. M. HASSOUNA, rappelant que, depuis 2008⁶⁶, l'Assemblée générale invite chaque année la Commission à rendre compte de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit – ce qui est le cœur de son activité –, demande si la Commission sera invitée à participer à la réunion plénière d'une journée sur la question de l'état de droit aux niveaux national et international qui se tiendra durant le débat de haut niveau de la soixante-septième session de l'Assemblée. Il souhaiterait également savoir à quoi, d'après le Conseiller juridique, aboutira cette réunion, s'il s'agira simplement d'une nouvelle discussion, semblable à celle qui se tient à la Sixième Commission, ou si la réunion débouchera sur l'adoption de nouveaux mécanismes propres à donner corps à la promotion de l'état de droit dans différentes régions du monde.

62. M. KAMTO demande quel est l'état d'avancement des poursuites menées en Côte d'Ivoire contre les principaux auteurs des crimes commis pendant la période sur laquelle portent les investigations de la Cour pénale internationale. Celle-ci semble être en train de se transformer en une cour africaine *ratione personae*. Le Bureau du Procureur ayant annoncé précédemment que des investigations seraient menées sur des faits qui se sont produits dans d'autres continents, M. Kamto souhaiterait savoir où en sont ces investigations, car une des conditions essentielles de l'universalité de la Cour, qui ne dépend pas uniquement du nombre de ratifications, est que des poursuites soient menées aussi dans d'autres continents que l'Afrique.

⁶³ CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, et Guide pour l'incorporation dans le droit interne*, Nations Unies, New York, 1995, disponible sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

⁶⁴ Disponible sur le site Web de la CNUDCI: www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html. Ce texte est régulièrement actualisé de façon à refléter la jurisprudence la plus récente.

⁶⁵ CNUDCI, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, disponible sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-f.pdf).

⁶⁶ Résolution 63/128 du 11 décembre 2008, intitulée «L'état de droit aux niveaux national et international», par. 7. Voir également les résolutions 64/116 du 16 décembre 2009, par. 9, 65/32 du 6 décembre 2010, par. 10, et 66/102 du 9 décembre 2011, par. 12.

63. M^{me} O'BRIEN (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit qu'en ce qui concerne la responsabilité de protéger la différence entre une obligation juridique et une obligation politique est subtile. La notion de responsabilité de protéger – en particulier le troisième pilier, qui porte sur les mesures visées au Chapitre VII de la Charte – ne crée pas de nouvelle strate de droit international ni n'établit un droit d'intervention humanitaire : les dispositions de la Charte qui conditionnent le recours à la force à l'autorisation du Conseil de sécurité conservent leur suprématie. Toutefois, elle crée effectivement une obligation politique et morale. M^{me} O'Brien est d'avis qu'elle suppose une obligation morale et politique d'agir, mais ne contient pas d'obligation juridique d'agir. Elle admet cependant que les contours de ces trois types d'obligation se chevauchent dans une certaine mesure.

64. M^{me} O'Brien n'est pas certaine de ce à quoi aboutira la réunion plénière spéciale d'une journée de l'Assemblée générale. Cette réunion devrait se tenir à un niveau très élevé. Du point de vue du Bureau des affaires juridiques, les débats devraient être centrés sur le droit international et sur l'état de droit au niveau international. Bien qu'il soit prévu que le Président de la Commission soit le seul représentant de la Commission à cette réunion, la Division de la codification pourrait envisager la possibilité d'une participation plus large.

65. Au sujet de l'état d'avancement des poursuites menées par la Cour pénale internationale en relation avec les événements en Côte d'Ivoire, M^{me} O'Brien rappelle que Laurent Gbagbo a été arrêté et que son procès est en cours. Le Procureur continue d'examiner la situation dans son ensemble ; il poursuit ses investigations et conserve la possibilité d'enquêter sur d'autres crimes que ceux commis par l'ancien chef de l'État. Bien que le Bureau des affaires juridiques travaille en étroite coopération avec la Cour pénale internationale, il ne connaît pas parfaitement le fonctionnement interne du Bureau du Procureur.

66. M^{me} O'Brien croit savoir que la Cour examine également d'autres situations que celles qui se sont produites en Afrique, notamment des situations en Afghanistan et en Colombie. S'agissant de l'attention particulière qui serait portée à l'Afrique, il faut garder à l'esprit que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'existerait pas sans l'engagement des États d'Afrique ; ceux-ci ont été le plus grand groupe régional à soutenir la création de la Cour et une part notable d'entre eux sont parties au Statut de Rome. Il importe également de noter que nombre des affaires sur lesquelles la Cour enquête lui ont été déférées par les États mêmes où les faits se sont produits. La Cour n'a été saisie par le Conseil de sécurité que de deux situations en Afrique, à savoir celle de la Libye et celle du Darfour. L'enquête sur la situation au Kenya a été décidée par le Procureur *proprio motu*.

67. M. KITTICHAISAREE demande si le troisième pilier de la notion de responsabilité de protéger peut s'entendre comme autorisant l'exercice d'une juridiction universelle sur les auteurs de crimes graves de droit international, en particulier les chefs d'État qui manquent à leur obligation de protéger leurs citoyens. Il demande également si le troisième pilier peut être compris comme

autorisant des mesures d'extradition ou des poursuites contre ces dirigeants.

68. Au sujet de la piraterie, il fait observer qu'il semble y avoir un décalage entre la pratique de l'ONU et celle de l'OMI, cette dernière soutenant que les pirates somaliens ne sont pas des terroristes parce qu'ils n'agissent pas pour des raisons politiques mais privées. Cependant, au sens de plusieurs conventions internationales de lutte antiterroriste, comme la Convention internationale contre la prise d'otages, les pirates somaliens sont considérés comme des criminels, et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme devrait donc être appliquée pour réprimer leurs activités.

69. En ce qui concerne l'état de droit, M. Kittichaisaree note que le Tribunal spécial pour le Liban a fait l'objet de nombreuses critiques pour avoir adopté une définition du terrorisme qui n'est pas conforme au principe de la légalité⁶⁷. Un autre tribunal – les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens – a été durement touché par la démission de plusieurs procureurs et juges. Au vu des difficultés auxquelles se heurtent ceux – personnes et institutions – qui s'emploient à le défendre, il semble bien que l'état de droit soit en crise.

70. M. TLADI demande dans quelle mesure le Bureau des affaires juridiques, lorsqu'il contribue à l'élaboration des rapports du Secrétaire général sur des questions juridiques, se sent tenu de parvenir à un équilibre entre, d'un côté, la fourniture d'informations de qualité et, de l'autre, la fourniture d'informations qui soient acceptables pour les États Membres. Par exemple, au sujet de la piraterie, la question des mécanismes régionaux de poursuite – y compris les tribunaux spécialisés dans la répression de la piraterie – est abordée de façon relativement détaillée dans les rapports, alors que la question des ressources naturelles, que certains États jugent importante, est moins présente.

71. M. WAKO demande si, lorsqu'un État a manqué à sa responsabilité première de protéger ses citoyens et que le Conseil de sécurité a, en conséquence, demandé dans une résolution que des mesures collectives soient prises, la résolution en question débouche inévitablement sur un changement de régime. Sur la question de la piraterie, il signale qu'à l'époque il était Procureur général du Kenya, qu'il a mené un nombre record de poursuites contre des pirates et qu'il apprécie donc le travail fait dans ce domaine par le Bureau des affaires juridiques. Compte tenu du temps qu'il faut aux États concernés pour mettre en place des mécanismes comme des tribunaux régionaux ou une législation nationale, il faudrait leur apporter une assistance sous la forme à la fois de ressources financières et humaines. M. Wako appelle le Conseiller juridique à agir dans ce sens, compte tenu de la charge que représentent de telles poursuites pour des États aux ressources très limitées comme le Kenya, Djibouti, les Seychelles et la République-Unie de Tanzanie.

⁶⁷ Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification, 16 février 2011, affaire n° STL-11-01/1, par. 145 à 148, au titre de laquelle « la Chambre d'appel consid[ère] que le Tribunal doit appliquer le crime de terrorisme tel qu'il est défini en droit libanais » (par. 145).

72. M^{me} O'BRIEN (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique), répondant à M. Kittichaisaree, dit que les principes juridiques internationaux applicables à la juridiction universelle et à l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) s'appliquent de la même façon dans le cadre de la responsabilité de protéger. La notion de responsabilité de protéger n'a jamais eu pour intention de modifier, ni n'a jamais modifié, aucun élément de droit international. Dans un sens, il crée pour les États un devoir ou une obligation morale et politique d'appliquer la juridiction universelle et le principe *aut dedere aut judicare*.

73. M^{me} O'Brien convient que l'ONU et l'OMI ont des approches différentes de la piraterie, qui tiennent au fait que les deux organisations ne jouent pas les mêmes rôles. Cependant, l'ONU travaille en étroite coordination avec l'OMI, en particulier par l'intermédiaire de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, pour comprendre les problèmes communs que ces organisations rencontrent et y chercher des solutions. Par exemple, la semaine précédente, l'OMI a organisé une conférence à Londres pour débattre, entre autres, d'un certain nombre de questions juridiques délicates comme celle de l'embarquement de personnel de sécurité armé privé à bord des navires. Le Bureau des affaires juridiques considère qu'il a l'obligation de promouvoir les conventions pertinentes et de veiller à leur application en encourageant les États à s'acquitter de leurs obligations découlant de ces instruments.

74. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, qui, de toutes les juridictions mixtes et tribunaux internationaux, sont celles dont la tâche est la plus difficile, ont connu un certain nombre de crises depuis leur création, notamment des démissions et des menaces de démissions, et, plus récemment, le risque qu'un procès soit annulé en raison de l'état de santé de l'un des défenseurs. Les investigations dans certaines affaires se sont heurtées à des problèmes d'ingérence politique et M^{me} O'Brien a dû, à plusieurs occasions, intercéder auprès du Gouvernement cambodgien afin de faire cesser cette ingérence. Cependant, malgré ces difficultés, cette juridiction a joué un rôle important de catalyseur en ce qui concerne l'état de droit. Plus de 30 000 personnes ont traversé le pays pour venir assister aux audiences et se trouver là où l'on rendait la justice, ce qui montre bien l'importance de ces chambres pour le Cambodge. Compte tenu du rôle essentiel qu'elles jouent de ce point de vue, leurs faiblesses actuelles et la perspective de nouvelles difficultés sont source d'inquiétude pour le Bureau du Conseiller juridique.

75. Répondant à la question de M. Tladi, M^{me} O'Brien dit qu'une des tâches les plus épineuses du Bureau du Conseiller juridique consiste à assurer la qualité de ses prestations tout en répondant aux attentes des États Membres. La réponse qu'a faite le Bureau à une question ayant trait à la piraterie en est un bon exemple. Le Conseil de sécurité avait au départ demandé une étude sur la possibilité d'établir un tribunal international qui serait chargé des affaires de piraterie, car certains États, en particulier la France et la Fédération de Russie, s'y étaient déclarés très favorables. Le Bureau a établi des rapports avec objectivité, professionnalisme et intégrité, et les a soumis

comme il se doit au Conseil de sécurité. Compte tenu des avis fournis non seulement par le Bureau du Conseiller juridique mais aussi par des conseillers juridiques nationaux, le Conseil de sécurité a décidé qu'il n'était pas souhaitable de créer un tel tribunal. Le Bureau du Conseiller juridique a ensuite collaboré étroitement avec le Conseil de sécurité en vue d'étudier divers moyens d'améliorer le système de justice pour traiter des affaires de piraterie, notamment la possibilité de créer des systèmes de tribunaux régionaux et nationaux, et de les aider à développer leurs capacités de réprimer la piraterie. Le Conseil de sécurité doit encore prendre une décision à ce sujet.

76. Une autre illustration de cette question de l'équilibre entre la qualité des prestations et la satisfaction des attentes des États Membres a été donnée la semaine précédente dans le contexte de la réforme du Conseil de sécurité. Un groupe d'États connu sous le nom de Groupe des cinq petits États a déposé à l'Assemblée générale un projet de résolution sur l'amélioration des méthodes de travail du Conseil de sécurité, prévoyant des dispositions relatives à l'utilisation du droit de veto. À la demande du Président de l'Assemblée générale, le Bureau des affaires juridiques a rédigé, dans un temps très court, un avis juridique fondé sur une analyse approfondie de l'ensemble des efforts visant à réformer les méthodes de travail du Conseil de sécurité menés depuis la création de l'ONU. Il a étudié en particulier la résolution 53/30 de l'Assemblée générale, qui a été le catalyseur de la motion déposée par le Groupe des cinq petits États, afin de déterminer si celle-ci avait pour effet de créer l'obligation d'obtenir la majorité des deux tiers de l'Assemblée pour l'adoption d'une décision sur cette question ou si, comme l'affirmaient les auteurs du projet de résolution, une majorité simple suffisait. Le Bureau du Conseiller juridique a rendu l'avis selon lequel, en l'espèce, il serait approprié que l'Assemblée générale adopte le projet de résolution à la majorité des deux tiers. M^{me} O'Brien estime que l'avis donné par le Bureau du Conseiller juridique était objectif, professionnel et équilibré; pourtant, certains, déçus de ce résultat, ont indiqué à l'Assemblée générale que cet avis était totalement faux et de parti pris.

*La séance est suspendue à 11 h 40;
elle est reprise à 12 h 10.*

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G]

[Point 10 de l'ordre du jour]

77. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à la suite des consultations qu'il a tenues au sujet de l'approche à suivre concernant les suites des travaux de la Commission il a été décidé de nommer un président pour le Groupe de travail sur le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» et un nouveau Rapporteur spécial pour le sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État».

78. Le bureau a proposé que M. Kittichaisaree soit nommé Président du Groupe de travail pour le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut*

judicare)». S'il n'y a pas d'objection, le Président considérera que les membres de la Commission acceptent cette proposition.

M. Kittichaisaree est nommé Président du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare).

79. Le PRÉSIDENT dit que le bureau a proposé que M^{me} Escobar Hernández soit nommée Rapporteuse spéciale pour le sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État». S'il n'y a pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission acceptent cette proposition.

M^{me} Escobar Hernández est nommée Rapporteuse spéciale pour le sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État».

80. Le PRÉSIDENT dit qu'à l'issue de consultations un consensus s'est dégagé en faveur de l'inscription au programme de travail de la Commission des deux nouveaux sujets suivants : «L'application provisoire des traités» et «Formation et identification du droit international coutumier».

81. Le bureau a proposé que le sujet «L'application provisoire des traités» soit inscrit au programme de travail actuel et que M. Gómez Robledo soit nommé Rapporteur spécial pour ce sujet. S'il n'y a pas d'objection, le Président considérera que les membres de la Commission acceptent cette proposition.

La Commission décide d'inscrire le sujet «L'application provisoire des traités» à son programme de travail actuel et de nommer M. Gómez Robledo Rapporteur spécial pour ce sujet.

82. Le PRÉSIDENT dit que le bureau a proposé que le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» soit inscrit au programme de travail actuel et que Sir Michael Wood soit nommé Rapporteur spécial pour ce sujet. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission acceptent cette proposition.

La Commission a décidé d'inscrire le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail actuel et de nommer Sir Michael Wood Rapporteur spécial pour ce sujet.

83. M. NIEHAUS (Président du Groupe de planification) annonce que le Groupe de planification sera composé des membres suivants : M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti et Sir Michael Wood, M. Pavel Šturma étant membre de droit en tant que Rapporteur de la Commission.

La séance est levée à 12 h 20.

3133^e SÉANCE

Vendredi 25 mai 2012, à 10 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. McRae, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

Le PRÉSIDENT dit que le bureau a adopté le programme de travail pour la semaine à venir, lequel vient d'être distribué aux membres. S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission l'approuve. Il appelle par ailleurs l'attention des membres sur le programme de travail provisoire pour la seconde partie de la session, en précisant qu'il faut s'y référer à titre uniquement indicatif.

La séance est levée à 10 h 5.

3134^e SÉANCE

Mardi 29 mai 2012, à 10 h 10

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. B, A/CN.4/651 et A/CN.4/L.797]

[Point 2 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) présente les intitulés et les textes des projets d'articles 1 à 32, qui forment l'ensemble du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers provisoirement adopté en première lecture par le Comité de rédaction, tel qu'il figure dans le document A/CN.4/L.797, et qui se lit comme suit :

* Reprise des débats de la 3131^e séance.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet d'article 1. Champ d'application

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'expulsion, par un État, des étrangers se trouvant légalement ou illégalement sur son territoire.

2. Le présent projet d'articles ne s'applique pas aux étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et d'immunités en vertu du droit international.

Projet d'article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

a) «expulsion» s'entend d'un acte juridique, ou d'un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État, par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État ; elle n'inclut pas l'extradition vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié, dans un État ;

b) «étranger» s'entend d'un individu qui n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel cet individu se trouve.

Projet d'article 3. Droit d'expulsion

Un État a le droit d'expulser un étranger de son territoire. L'expulsion doit se faire dans le respect du présent projet d'articles ainsi que des autres règles applicables du droit international, en particulier celles relatives aux droits de l'homme.

Projet d'article 4. Obligation de conformité à la loi

Un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi.

Projet d'article 5. Motifs d'expulsion

1. Toute décision d'expulsion doit être motivée.

2. Un État ne peut expulser un étranger que pour un motif prévu par la loi, y compris, en particulier, la sécurité nationale et l'ordre public.

3. Le motif d'expulsion doit être apprécié de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement de l'étranger concerné et, lorsque cela est pertinent, l'actualité de la menace que les faits génèrent.

4. Un État ne peut expulser un étranger pour un motif contraire au droit international.

DEUXIÈME PARTIE

CAS D'EXPULSIONS INTERDITES

Projet d'article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés

1. Un État ne peut expulser un réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

2. Le paragraphe 1 s'applique également à tout réfugié qui, se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État, a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié, pendant que cette demande est à l'examen.

3. Un État ne peut expulser ou refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié vers un État ou sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, sauf s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il ou elle se trouve, ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Projet d'article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides

Un État ne peut expulser un apatride se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

Projet d'article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides

Les règles applicables à l'expulsion des étrangers prévues dans le présent projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles concernant l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par le droit.

Projet d'article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

Un État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser.

Projet d'article 10. Interdiction de l'expulsion collective

1. Aux fins du présent projet d'articles, l'expulsion collective s'entend de l'expulsion d'étrangers en tant que groupe.

2. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite.

3. Un État peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe.

4. Le présent projet d'article est sans préjudice des règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'État expulsant.

Projet d'article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée

1. Toute forme d'expulsion déguisée d'un étranger est interdite.

2. Au sens du présent projet d'articles, l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant indirectement d'actions ou d'omissions dudit État, y compris les situations où cet État appuie ou tolère des actes commis par ses nationaux ou d'autres personnes, avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire.

Projet d'article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens

L'expulsion d'un étranger à des fins de confiscation de ses biens est interdite.

Projet d'article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

Un État ne doit pas recourir à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition en cours.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION DES DROITS
DES ÉTRANGERS OBJETS DE L'EXPULSION

CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet d'article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

1. Tout étranger objet d'une expulsion est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion.

2. Il a droit au respect de ses droits de l'homme, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles.

Projet d'article 15. Obligation de non-discrimination

1. L'État exerce le droit d'expulser des étrangers sans discrimination aucune, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou sur tout autre motif non admis en droit international.

2. La non-discrimination s'applique également à la jouissance par tout étranger objet d'une expulsion de ses droits de l'homme, y compris ceux qui sont mentionnés dans le présent projet d'articles.

Projet d'article 16. Personnes vulnérables

1. Les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et d'autres personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion doivent être considérés comme tels et doivent être traités et protégés en tenant dûment compte de leur vulnérabilité.

2. En particulier, dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

CHAPITRE II. PROTECTION REQUISE
DANS L'ÉTAT EXPULSANT

Projet d'article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant protège le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion.

Projet d'article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

L'État expulsant ne peut soumettre l'étranger objet de l'expulsion à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Projet d'article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

1. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif.

b) Un étranger objet d'une expulsion doit, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté.

2. a) La durée de la détention ne peut être illimitée. Elle doit être limitée à un laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'expulsion. Toute détention d'une durée excessive est interdite.

b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires.

3. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion doit faire l'objet d'un examen à échéances régulières fondé sur des critères précis définis par la loi.

b) Sous réserve de l'alinéa a du paragraphe 2, il est mis fin à la détention lorsque l'expulsion ne peut pas être mise en exécution, sauf lorsque les raisons de cela sont imputables à l'étranger concerné.

Projet d'article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale

1. L'État expulsant respecte le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion.

2. L'État expulsant ne peut interférer dans l'exercice du droit à la vie familiale que dans les cas prévus par la loi et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause.

CHAPITRE III. PROTECTION PAR RAPPORT
À L'ÉTAT DE DESTINATION

Projet d'article 21. Départ vers l'État de destination

1. L'État expulsant prend des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion.

2. En cas d'exécution forcée de la décision d'expulsion, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurts de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international.

3. L'État expulsant accorde à l'étranger objet de l'expulsion un délai raisonnable pour préparer son départ, compte tenu de toutes les circonstances.

Projet d'article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion est expulsé vers son État de nationalité ou tout autre État qui a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international, ou vers tout État qui accepte de l'accueillir à la demande de l'État expulsant ou, le cas échéant, de l'intéressé.

2. Lorsque l'État de nationalité ou tout autre État ayant l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international n'a pas été identifié et qu'aucun autre État n'accepte d'accueillir ledit étranger, celui-ci peut être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ou, lorsque cela est applicable, vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant.

Projet d'article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée

1. Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de son opinion politique ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international.

2. Un État qui n'applique pas la peine de mort ne peut expulser un étranger vers un État où la vie de cet étranger serait menacée par la peine de mort, sauf s'il a obtenu au préalable l'assurance que cette peine ne sera pas imposée ou, si elle a déjà été imposée, qu'elle ne sera pas exécutée.

Projet d'article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Un État ne peut expulser un étranger vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

CHAPITRE IV. PROTECTION DANS L'ÉTAT DE TRANSIT

Projet d'article 25. Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

L'État de transit protège les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, conformément à ses obligations en vertu du droit international.

QUATRIÈME PARTIE

RÈGLES SPÉCIFIQUES DE PROCÉDURE

Projet d'article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants :

- le droit à la notification de la décision d'expulsion ;
- le droit de contester la décision d'expulsion ;
- le droit d'être entendu par une autorité compétente ;
- le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion ;
- le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente ;
- le droit à se faire assister gratuitement d'un interprète si il ou elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente.

2. Les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit.

3. L'étranger objet de l'expulsion a le droit de demander l'assistance consulaire. L'État expulsant ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit ou de l'assistance consulaire.

4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'État expulsant

concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis moins de six mois.

Projet d'article 27. Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion

Le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision.

Projet d'article 28. Procédures de recours individuel

L'étranger objet de l'expulsion peut utiliser toute procédure disponible de recours individuel devant une instance internationale compétente.

CINQUIÈME PARTIE

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXPULSION

Projet d'article 29. Réadmission dans l'État expulsant

1. Un étranger se trouvant légalement sur le territoire d'un État, expulsé par celui-ci, a droit à la réadmission dans l'État expulsant s'il est établi par une autorité compétente que l'expulsion était illicite, sauf si la réadmission constitue une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou si pour une autre raison l'étranger ne remplit plus les conditions d'admission d'après le droit de l'État expulsant.

2. En aucun cas la décision d'expulsion illicite antérieurement adoptée ne sera invoquée pour empêcher la réadmission de l'étranger.

Projet d'article 30. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion et lui permet, conformément à la loi, d'en disposer librement, même de l'extérieur du territoire.

Projet d'article 31. Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite

L'expulsion d'un étranger en violation d'obligations internationales découlant du présent projet d'articles ou de toute autre règle de droit international engage la responsabilité internationale de l'État expulsant.

Projet d'article 32. Protection diplomatique

L'État de nationalité de l'étranger objet de l'expulsion peut exercer la protection diplomatique à l'égard dudit étranger.

2. Le rapport porte sur l'ensemble des travaux du Comité de rédaction, engagés en 2007, sur le sujet de l'expulsion des étrangers. Lors de sessions successives, la Commission a renvoyé différents projets d'article dans leur version provisoire au Comité de rédaction, qui a décidé de les garder à l'examen jusqu'à ce qu'il ait achevé ses travaux sur l'ensemble des projets d'articles.

3. Après une brève description de l'origine et de l'évolution du projet d'articles, le Président du Comité de rédaction signale qu'à la session en cours le Comité a tenu 12 séances, au cours desquelles il a examiné l'ensemble du projet et décidé de recommander à la Commission d'adopter les projets d'articles en première lecture en session plénière.

4. Le Président du Comité de rédaction remercie le Rapporteur spécial qui, par sa maîtrise du sujet, ses conseils et sa coopération, lui a largement facilité la tâche. Il remercie également les membres du Comité de leur participation active et de la richesse de leurs contributions, ainsi que le secrétariat pour sa précieuse assistance.

5. Les projets d'article sont regroupés en cinq parties et le Président du Comité de rédaction indique qu'il commencera par présenter les première (Dispositions générales) et deuxième (Cas d'expulsions interdites) parties.

6. Le projet d'article 1 a conservé son intitulé initial, à savoir: «Champ d'application». Au paragraphe 1, l'expression «se trouvant légalement ou illégalement sur son territoire» a été introduite, afin d'indiquer que les projets d'article s'appliquent à une grande variété d'étrangers susceptibles de se trouver sur le territoire de l'État expulsant, qu'ils y soient légalement ou non. Cet ajout reflète l'opinion prévalant au sein de la Commission depuis le début de ses travaux, selon laquelle ces deux catégories d'étrangers devaient être couvertes par le projet d'articles. Cela étant dit, toutes les dispositions du projet d'articles ne s'appliquent pas de manière égale aux étrangers selon qu'ils se trouvent légalement ou illégalement sur le territoire de l'État expulsant, et ne les traitent pas sur un pied d'égalité. En outre, l'inclusion des étrangers en situation irrégulière dans le champ d'application du projet doit être interprétée à la lumière des dispositions de l'alinéa *a* de l'article 2 excluant les questions touchant à la non-admission. Le commentaire précisera ce point.

7. L'alinéa *a* du projet d'article 2 définit la notion d'«expulsion» qui délimite le champ d'application *ratione materiae* du projet d'articles. En ce qui concerne son champ d'application *ratione personae*, le Comité de rédaction a longuement débattu de la question de savoir si le terme «étranger» devait faire l'objet d'une définition positive, en énumérant les différentes catégories de personnes visées, comme le Rapporteur spécial l'avait proposé, ou négative, en indiquant les catégories d'étrangers exclues du champ d'application du projet. Si certains membres ont exprimé leur préférence pour la première solution, d'autres ont estimé qu'une énumération des catégories d'étrangers entrant dans le champ d'application *ratione personae* du projet d'articles présenterait notamment le risque d'omettre certaines catégories qui devraient en relever. Le Comité de rédaction a finalement opté pour une clause d'exclusion.

8. Le paragraphe 2 du projet d'article 1 exclut donc du champ d'application du projet d'articles les étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et d'immunités en vertu du droit international. Le commentaire précisera que les étrangers concernés sont ceux dont le départ du territoire d'un État est régi par des règles particulières du droit international, parmi lesquels comptent les diplomates, les autorités consulaires ou les autres représentants d'un État étranger, les agents d'une organisation internationale, ainsi que le personnel militaire en poste à l'étranger en vertu d'un accord sur le statut des forces. Même si le champ d'application *ratione personae* du projet d'articles fait l'objet d'une définition négative, de par la clause d'exclusion figurant au paragraphe 2, le commentaire, après avoir fait mention des étrangers en général, proposera une énumération de catégories spécifiques d'étrangers auxquelles s'applique le projet, et ce, à titre d'exemples. Ces catégories comprennent les réfugiés, les apatrides, les travailleurs migrants ainsi que les membres de leur famille.

9. Le projet d'article 2 définit les termes «expulsion» et «étranger» récurrents dans le texte. Conformément à la pratique de la Commission, le Comité de rédaction a choisi pour ce projet d'article le titre anglais *Use of terms* de préférence à *Definitions*, initialement choisi par le Rapporteur spécial⁶⁸.

⁶⁸ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 69, par. 258, note 327.

10. Pour ce qui est de l'alinéa *a*, qui définit le terme «expulsion», le Président du Comité de rédaction note qu'à l'issue d'un débat approfondi le Comité a fait sienne la proposition du Rapporteur spécial visant à adopter un libellé reflétant la distinction entre, d'un côté, l'acte juridique par lequel un État contraint un étranger à quitter son territoire et, d'un autre côté, un comportement attribuable à l'État susceptible d'avoir le même effet. Les membres du Comité ont estimé que les deux hypothèses devaient figurer dans la définition de l'«expulsion» retenue aux fins du projet d'articles. Le Comité de rédaction a décidé d'utiliser l'expression *formal act* dans la version anglaise comme équivalent du français «acte juridique» plutôt que *legal act* qui pourrait prêter à confusion si elle était interprétée comme renvoyant au caractère légal de l'expulsion. Il aurait été malencontreux de laisser subsister cette ambiguïté, car le projet d'article 2 porte exclusivement sur la définition du terme «expulsion» et ne préjuge pas de la question de la légalité de telle ou telle expulsion particulière.

11. En stipulant expressément que l'acte juridique, ou le comportement dont peut résulter l'expulsion, doit être attribuable à un État et que ce comportement peut consister «en une action ou une omission», l'alinéa *a* du projet d'article 2 est conforme à la formulation employée dans le cadre des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite⁶⁹ et sur la responsabilité des organisations internationales⁷⁰ adoptés par la Commission du droit international en 2001 et 2011, respectivement. La question de la contrainte, qui représente une caractéristique essentielle du comportement de l'État dans le contexte de l'expulsion et auquel le Rapporteur spécial consacrait un paragraphe distinct, sera traitée dans le commentaire. Celui-ci fournira également des explications sur les cas dans lesquels l'expulsion peut résulter d'«un comportement» de l'État, en mentionnant à ce sujet l'«intention» de l'État de provoquer le départ de l'étranger de son territoire. Il traitera également des hypothèses d'omissions attribuables à l'État et pouvant consister en ce que celui-ci tolère des comportements dirigés contre un étranger de la part de particuliers ou d'entités privées. Le commentaire renverra sur ce point à l'interdiction de l'expulsion déguisée prévue par le projet d'article 11. Il convient de noter que le Comité de rédaction a préféré une formulation passive pour la première phrase de l'alinéa *a* du projet d'article 2 («par lequel un étranger est forcé de quitter le territoire»), à la formulation active qui figurait dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, car la première solution permet d'étendre la portée de l'article à l'hypothèse d'une expulsion résultant d'une omission attribuable aux autorités d'un État telle que l'absence de protection accordée à l'étranger contre des actes hostiles de la part d'acteurs non étatiques.

12. Dans le second membre de phrase de l'alinéa *a*, l'exclusion expresse du champ du projet d'articles de

⁶⁹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

⁷⁰ Résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

trois situations – l'extradition d'un étranger vers un autre État, son transfert à une juridiction pénale internationale et la non-admission d'un étranger autre qu'un réfugié dans un État – semble avoir recueilli l'assentiment, tant des membres de la Commission que des États. En ce qui concerne la question de la non-admission, le commentaire consacré à l'alinéa *a* donnera des explications au sujet des situations auxquelles s'applique la clause d'exclusion. Il précisera notamment que la non-admission, qui intervient en principe au moment où un étranger se présente à la frontière, doit être distinguée du renvoi d'un étranger déjà présent sur le territoire de l'État, fût-il en situation irrégulière, cette dernière hypothèse entrant seule dans le champ d'application du projet d'article.

13. La définition du terme «étranger» figurant à l'alinéa *b* reprend la proposition du Rapporteur spécial, à ceci près que le mot «personne» a été remplacé par «individu» de manière à ce qu'il soit clair que le projet d'articles vise exclusivement les personnes physiques. Le Comité de rédaction a décidé de supprimer la mention qui, dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, complétait la définition du mot «étranger» par le membre de phrase «sauf lorsque la législation dudit État en dispose autrement⁷¹» car plusieurs membres l'ont jugée obscure. S'il ne fait aucun doute qu'un État peut accorder une protection spéciale contre l'expulsion de certaines catégories d'étrangers, qui peuvent donc être considérés comme des nationaux aux fins du projet d'articles, il a été décidé que cette question devait être régie par le droit interne (ou des régimes conventionnels spéciaux) et qu'il pourrait suffire d'évoquer cette hypothèse dans le commentaire. En outre, il a été considéré qu'exclure ces catégories de personnes de la définition des «étrangers» pourrait avoir l'effet indésirable de les priver de la protection prévue par le projet d'articles.

14. À l'issue d'un long débat, le Comité de rédaction a décidé de supprimer la définition du terme «territoire» figurant à l'alinéa *d* du texte proposé par le Rapporteur spécial. Il a été considéré que la définition proposée du «territoire» comme «l'espace où l'État exerce l'ensemble des compétences déduites de sa souveraineté» était susceptible d'engendrer plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait, notamment dans les situations dans lesquelles un État exerce ses pouvoirs souverains sur le territoire d'un autre État, par exemple dans le cas de territoires placés sous administration étrangère, de territoires occupés et de bases militaires.

15. Le Comité de rédaction a en outre décidé de supprimer la définition du terme «frontière» telle qu'elle figurait à l'alinéa *e* du texte proposé en 2007. Il ne voyait pas en effet l'utilité de définir un terme qui n'apparaît qu'au paragraphe 3 du projet d'article 6, lequel à son tour ne fait que reproduire le contenu du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Le Comité est en outre d'avis que définir la «frontière» comme une «zone» engendrerait des difficultés. Par exemple, la formulation de la définition initiale précisant que l'étranger ne bénéficie plus «du statut de résident» dans cette «zone» est inadéquate, car même les étrangers se trouvant illégalement sur le territoire d'un État peuvent ne pas bénéficier

⁷¹ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 69, par. 258, note 327.

d'un tel statut. En outre, définir la frontière comme une «zone» pourrait avoir l'effet non désiré d'encourager les États à garder les étrangers sous leur juridiction tout en leur refusant la jouissance de leurs droits.

16. Le projet d'article 3 est intitulé «Droit d'expulsion». Le texte adopté provisoirement par le Comité de rédaction reprend largement une version remaniée de cet article qui a été soumise au Comité et dans laquelle les paragraphes 1 et 2 du texte initialement présenté par le Rapporteur spécial ont été fusionnés. À la différence de la version du projet d'article renvoyée au Comité de rédaction, le libellé actuel évite toute référence aux «principes fondamentaux du droit international⁷²», référence jugée trop restrictive par divers membres de la Commission, et renvoie plutôt au respect du «présent projet d'articles ainsi que des autres règles applicables du droit international». Le projet d'article mentionne spécifiquement les droits de l'homme, du fait de leur pertinence particulière dans le contexte de l'expulsion; en revanche, le Comité de rédaction n'a pas estimé utile de faire référence à la bonne foi.

17. Le projet d'article 4 (Obligation de conformité à la loi) reprend, moyennant quelques modifications mineures, le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport⁷³, lequel avait reçu un large soutien de la part des membres de la Commission à sa soixante-deuxième session⁷⁴.

18. La règle selon laquelle l'expulsion ne peut être ordonnée qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi est énoncée à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui porte sur l'expulsion des étrangers qui se trouvent légalement sur le territoire de l'État expulsant. Le Comité de rédaction a néanmoins décidé de supprimer du texte proposé par le Rapporteur spécial le terme «légalement» car ses membres ont estimé que l'obligation de conformité à la loi correspondait à une règle bien établie du droit international s'appliquant à toute mesure d'expulsion, indépendamment du fait que l'étranger présent sur le territoire de l'État expulsant soit dans une situation régulière ou non. Le commentaire soulignera ce point, tout en reconnaissant que le droit interne des États peut prévoir des règles et des procédures différentes en vue de régir l'expulsion des étrangers se trouvant illégalement sur leur territoire. Le commentaire précisera également que l'obligation de conformité à la loi, énoncée dans le projet d'article 4, vise les conditions tant de forme que de fond de l'expulsion et possède donc une portée plus large que l'obligation similaire énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 5 relatif aux motifs de l'expulsion.

19. Le projet d'article 5 est intitulé «Motifs d'expulsion» ainsi qu'il avait été initialement proposé⁷⁵. Son paragraphe 1 énonce la condition essentielle à laquelle est subordonnée l'expulsion, soulignée par différents

membres de la Commission, à savoir que toute décision d'expulsion doit être motivée. La version anglaise du texte a été remaniée de manière à ce qu'elle soit conforme à la version française, qui est demeurée inchangée.

20. Bien qu'il ait été reconnu, lors de la discussion qui a eu lieu au sein du Comité de rédaction sur le libellé du paragraphe 2, que la sécurité nationale et l'ordre public sont des motifs courants d'expulsion, de l'avis général, d'autres motifs peuvent également la justifier. Parallèlement, il a été reconnu de manière générale qu'un État ne pouvait expulser un étranger que pour un motif prévu par son droit. Il a donc été décidé de remanier le paragraphe en conséquence. Une référence expresse à la sécurité nationale et à l'ordre public a néanmoins été conservée dans le texte, eu égard à l'importance particulière de ces deux notions en matière d'expulsion des étrangers. Le commentaire précisera que le mot «loi» au paragraphe 2 doit s'entendre comme renvoyant au droit interne de l'État expulsant. Il explicitera en outre les notions de «sécurité nationale» et d'«ordre public» comme motifs d'expulsion d'un étranger, tout en mentionnant d'autres motifs prévus par le droit interne – y compris la violation de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers.

21. Le paragraphe 3 correspond, à quelques modifications mineures près, au texte initialement proposé par le Rapporteur spécial et énonce des critères généraux permettant à l'État expulsant d'apprécier les motifs de l'expulsion. Afin de tenir compte du fait que le renvoi à «l'actualité de la menace que les faits génèrent» ne s'applique qu'à des motifs d'expulsion tels que la sécurité nationale et l'ordre public, le Comité de rédaction a décidé de déplacer ce membre de phrase à la fin du paragraphe et de lui adjoindre les mots «lorsque cela est pertinent». En outre, quelques modifications mineures d'ordre linguistique ont été apportées à la version anglaise du texte afin de l'aligner sur le texte original en français.

22. Le texte du paragraphe 4 est identique à la version initialement proposée par le Rapporteur spécial et stipule simplement qu'un État ne peut expulser un étranger pour un motif contraire au droit international.

23. Passant à la deuxième partie du projet d'articles (Cas d'expulsions interdites), comprenant les projets d'articles 6 à 13, le Président du Comité de rédaction indique que le Comité a jugé plus pertinent de traiter de la définition des termes «réfugié» et «apatride» dans le commentaire que dans le texte du projet d'articles lui-même. En ce qui concerne les réfugiés, le commentaire soulignera la nécessité de prendre en compte non seulement la Convention relative au statut des réfugiés mais également les évolutions plus récentes, notamment l'adoption d'instruments régionaux tels que la Convention de l'[Organisation de l'Unité africaine] régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique de 1969. À cet égard, le commentaire indiquera que les projets d'article sont sans préjudice de certaines dispositions de la *lex specialis* telles que la définition plus large du terme «réfugié» figurant dans l'article 1 de la Convention régionale susmentionnée.

24. Le projet d'article 6 porte désormais le titre : «Interdiction de l'expulsion des réfugiés». Le Comité de

⁷² Ibid., p. 63, par. 196, note 321.

⁷³ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2 (projet d'article B.1).

⁷⁴ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 167, par. 144, note 1293, et p. 169 et 170, par. 164 à 167.

⁷⁵ Ibid., p. 166, par. 140, note 1288 (projet d'article 9).

rédaction a fondé ses travaux sur un texte remanié à sa demande par le Rapporteur spécial lors de la soixantième session de la Commission afin qu'il corresponde plus étroitement au contenu et à la structure des dispositions pertinentes de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Il convient de rappeler que plusieurs membres de la Commission ont reproché au texte proposé initialement par le Rapporteur spécial de chercher à combiner les articles 32 et 33 de la Convention de 1951 sans mentionner le principe de non-refoulement⁷⁶.

25. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 reproduit fidèlement le texte du paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, à ceci près que les mots «les États contractants» y sont remplacés par «un État». Ce paragraphe s'applique exclusivement aux réfugiés se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant et limite les motifs d'expulsion desdits réfugiés à des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Afin d'aligner le texte de ce paragraphe sur celui de la Convention de 1951, dans la version anglaise du texte du Rapporteur spécial les mots *may not* ont été remplacés par *shall not*. En outre, pour donner satisfaction à plusieurs membres de la Commission, la mention du «terrorisme» comme motif distinct d'expulsion d'un réfugié a été supprimée. Un autre motif supplémentaire d'expulsion («si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de cet État» a également été supprimé, en raison de ce qu'un tel motif ne figure pas dans le texte du paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention de 1951. Il a été proposé que le commentaire indique que le membre de phrase «réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire» s'entend d'un réfugié auquel l'État concerné a accordé le statut de réfugié.

26. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 a donné lieu à une discussion prolongée au sein du Comité de rédaction, car il ne possède pas d'équivalent dans la Convention de 1951 mais a été proposé par le Rapporteur spécial sur la base de décisions de jurisprudence et d'opinions doctrinales. Il vise à étendre l'application du paragraphe 1 à tout réfugié qui, même s'il se trouve irrégulièrement sur le territoire d'un État d'accueil, a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié pendant que cette demande est à l'examen. Le Comité a discuté du point de savoir s'il était nécessaire de prévoir une exception à cette forme de protection, ainsi que le Rapporteur spécial l'avait initialement proposé, dans les cas où la demande a manifestement pour objet de faire échec à une mesure d'expulsion susceptible d'être prise à l'encontre du demandeur. À l'issue d'un débat animé, il a été conclu qu'une disposition à cet effet n'était pas nécessaire, car l'application du projet d'article 6 se limitait aux personnes satisfaisant aux conditions posées pour la définition du «réfugié» par la Convention de 1951 ou d'autres instruments pertinents en la matière. La plupart des membres du Comité ont estimé que, si la personne était un véritable réfugié, les motifs de sa demande d'asile ne devaient pas importer, pas plus que le fait que sa demande ait eu pour but de se soustraire à une mesure d'expulsion. Le commentaire donnera des

éclaircissements sur ce point, tout en soulignant qu'une personne qui satisfait aux conditions posées par les instruments juridiques pertinents doit être considérée comme réfugiée, indépendamment du fait que le statut de réfugié lui ait été accordé ou non. Le commentaire précisera qu'en revanche une personne qui ne remplit pas les conditions attachées à la définition d'un «réfugié» peut être expulsée pour des motifs autres que ceux qui sont mentionnés au paragraphe 1 et que le projet d'article 6 est sans préjudice du droit appartenant à un État d'expulser un individu dont la demande d'octroi du statut de réfugié est manifestement abusive. Il a été suggéré, en outre, que le commentaire indique que le paragraphe 2 peut être considéré comme énonçant une exception au principe selon lequel l'irrégularité de la situation d'un étranger présent sur le territoire d'un État peut, en elle-même, justifier l'expulsion de cet étranger.

27. Le paragraphe 3, qui traite de la question du non-refoulement, est le fruit d'une combinaison des paragraphes 1 et 2 de l'article 33 de la Convention de 1951. Son libellé reproduit celui de cet instrument, exception faite de l'ajout des mots «vers un État» à la deuxième ligne afin de couvrir tous les cas d'expulsion, sans se limiter à la seule situation de refoulement au sens strict. Le commentaire indiquera que le paragraphe 3 s'applique tant aux réfugiés se trouvant légalement sur le territoire d'un État qu'à ceux s'y trouvant illégalement.

28. Le Comité de rédaction a discuté de la question de savoir si le projet d'article 6 devait également couvrir d'autres aspects juridiques de l'expulsion des réfugiés, notamment en reproduisant *in extenso* le contenu de l'article 32 de la Convention de 1951. Après avoir minutieusement examiné la question, le Comité est parvenu à la conclusion qu'il était préférable de traiter ces autres aspects par le biais de la clause «sans préjudice» figurant dans le projet d'article 8 (Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides).

29. Le projet d'article 7 (Interdiction de l'expulsion des apatrides) consiste en un paragraphe unique. Le Comité de rédaction y a apporté un certain nombre de modifications afin de rendre le texte original conforme au libellé du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides. Ainsi, dans la version anglaise, le verbe *may* situé au début du paragraphe a été remplacé par le verbe *shall* et, sur la suggestion de plusieurs membres de la Commission, l'adverbe «régulièrement» qui se trouvait entre crochets dans le texte du Rapporteur spécial⁷⁷ a été conservé tel qu'il apparaît dans la Convention de 1954. En outre, comme dans le projet d'article 6, la mention du «terrorisme» comme motif éventuel d'expulsion d'un apatride a été supprimée. De plus, le Comité de rédaction, ainsi qu'il l'a fait à propos des réfugiés dans le projet d'article 6, a décidé de supprimer le motif d'expulsion supplémentaire figurant dans le texte initial du Rapporteur spécial, mais absent du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de 1954, et visant l'hypothèse selon laquelle «l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de cet État».

⁷⁶ *Annuaire...* 2007, vol. II (2^e partie), p. 63, par. 198, note 323 (projet d'article 5), et p. 67, par. 235.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 63 et 64, par. 198, note 324 (projet d'article 6).

30. Le Comité de rédaction a discuté du point de savoir si une disposition sur le non-refoulement analogue à celle figurant au paragraphe 3 du projet d'article 6 devait être prévue dans le projet d'article 7. Il a finalement décidé de ne pas l'inclure, estimant que les apatrides bénéficient de la protection reconnue par les projets d'articles 23 et 24, qui s'appliquent aux étrangers de manière générale. Il a, en outre, décidé, comme pour le projet d'article 6, que d'autres aspects touchant à l'expulsion des apatrides seraient couverts par la clause «sans préjudice» figurant dans le projet d'article 8.

31. Le projet d'article 8 (Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides), qui est nouveau, comporte une clause «sans préjudice» destinée à garantir l'application d'autres règles concernant l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par le droit mais ne figurant pas dans les projets d'articles 6 et 7. Le terme «droit» renvoie ici tant aux règles énoncées par les instruments internationaux pertinents relatifs aux réfugiés et aux apatrides qu'à toute règle interne de l'État expulsant, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les obligations incombant à cet État en vertu du droit international.

32. La clause «sans préjudice» vise en particulier les règles relatives aux exigences procédurales encadrant l'expulsion des réfugiés ou des apatrides, prévues respectivement par le paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et par le paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides. Elle vise également les dispositions du paragraphe 3 de l'article 32 de la Convention de 1951 et le paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de 1954, règles aux termes desquelles l'État expulsant est tenu d'accorder au réfugié ou à l'apatride objet de l'expulsion un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays et qui réservent à l'État expulsant le droit d'appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'il jugera nécessaire.

33. En ce qui concerne la question de l'expulsion des nationaux, le Président du Comité de rédaction rappelle que le Rapporteur spécial a proposé dans son troisième rapport⁷⁸ un projet d'article 4 intitulé «Non-expulsion par un État de son propre ressortissant» qui a été renvoyé par la Commission au Comité de rédaction⁷⁹. Ce projet d'article a donné lieu à un débat animé au sein du Comité car, si certains des membres étaient favorables à ce qu'une disposition prévoyant l'interdiction de l'expulsion de ses propres ressortissants par un État figure dans le projet d'articles, d'autres doutaient de la nécessité, voire de l'opportunité, d'une telle disposition, qui viserait une catégorie de personnes en principe exclue du sujet à l'étude. De plus, des points de vue divergents ont été exprimés à propos du contenu du projet d'article. Certains membres du Comité étaient d'avis que l'on ne devait admettre aucune exception au principe interdisant l'expulsion des nationaux et ont donc refusé le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial qui envisageait la possibilité d'exceptions. D'autres membres,

en revanche, faisaient valoir qu'il n'y avait pas dans le droit international contemporain d'interdiction absolue de l'expulsion des nationaux. À l'issue d'un examen minutieux de la question, le Comité de rédaction est parvenu à la conclusion que, puisque les nationaux se trouvaient en dehors du champ d'application du sujet tel qu'il était défini dans le projet d'article 1, il ne serait pas approprié de faire figurer une disposition sur l'expulsion des nationaux dans le texte du projet d'articles.

34. Abordant l'article 9 (Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion), le Président du Comité de rédaction indique que ce dernier a néanmoins discuté de l'opportunité de faire figurer dans le projet d'articles une disposition traitant des cas de déchéance de nationalité en lien avec une expulsion. Le Comité a tenu compte de l'approbation par la Commission des conclusions sur ce sujet du Groupe de travail créé à la soixantième session afin d'examiner les questions soulevées par l'expulsion des binationaux ou plurinationaux et par la dénationalisation au regard de l'expulsion⁸⁰. L'une de ces conclusions, que le Comité de rédaction a été invité à prendre en considération dans le cadre de ses travaux, était qu'il serait bon que le commentaire du projet d'articles précise que les États ne devraient pas recourir à la dénationalisation pour se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu du principe de non-expulsion des nationaux⁸¹. Cependant, le Comité de rédaction a considéré que, dès lors que le projet d'articles ne comportait aucune disposition interdisant l'expulsion des nationaux, il ne serait pas opportun d'y traiter de la question du contournement de cette interdiction. Un point de vue plus catégorique a également été exprimé au sein du Comité, consistant à refuser d'inclure dans le projet une disposition touchant au domaine sensible de la nationalité dans lequel les États jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire.

35. Finalement, la majorité des membres du Comité de rédaction a jugé utile de traiter de la situation particulière dans laquelle un État prive un de ses ressortissants de sa nationalité, en faisant ainsi un étranger, dans le seul but de l'expulser. À cet égard, il a été reconnu qu'une telle privation de nationalité, dans la mesure où elle n'a pas d'autre justification que la volonté de l'État d'expulser l'individu concerné, était abusive et serait également arbitraire au sens du paragraphe 2 de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁸². Il conviendra que le commentaire souligne que l'objectif du projet d'article 9 n'est pas d'interférer dans la mise en œuvre normale de la législation relative à la nationalité ou de porter atteinte au droit d'un État de retirer sa nationalité à un individu pour un motif prévu par sa législation.

36. Le projet d'article 10 conserve le titre initialement proposé, à savoir «Interdiction de l'expulsion collective». La question de savoir si, dans le cadre du texte du projet d'articles, il était nécessaire ou opportun de définir l'expulsion collective a été discutée au sein du Comité de rédaction et il a finalement été décidé d'inclure cette définition dans le paragraphe 1 du projet d'article 10.

⁷⁸ Ibid., vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581.

⁷⁹ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 62, par. 188, voir aussi p. 63, par. 197, note 322.

⁸⁰ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 134, par. 170.

⁸¹ Ibid., par. 171.

⁸² Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

Cependant, contrairement à la proposition initiale du Rapporteur spécial, la définition retenue par le Comité de rédaction ne vise que l'élément caractérisant l'expulsion comme collective, sans reproduire les aspects plus généraux de la définition de l'expulsion tels qu'ils figurent à l'alinéa *a* du projet d'article 2. L'expulsion collective est ainsi définie au paragraphe 1 du projet d'article 10 comme «l'expulsion d'étrangers en tant que groupe».

37. Le paragraphe 2 du même article, qui énonce l'interdiction de l'expulsion collective, correspond à la première phrase du paragraphe 1 du texte proposé initialement par le Rapporteur spécial⁸³. Cette interdiction doit se lire en combinaison avec le paragraphe 3.

38. Le paragraphe 3 du projet d'article 10 est fondé sur le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 du texte proposé initialement par le Rapporteur spécial. Il prévoit qu'un État peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe. Le commentaire précisera que le critère de l'«examen raisonnable et objectif» est tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

39. Le paragraphe 4 contient une clause «sans préjudice» renvoyant aux situations de conflits armés. Le Président du Comité de rédaction rappelle qu'initialement le projet d'article sur l'expulsion collective proposé par le Rapporteur spécial et renvoyé au Comité de rédaction comportait un paragraphe autorisant l'expulsion collective d'étrangers en période de conflit armé sous certaines conditions. En conséquence, et afin de répondre aux préoccupations exprimées par plusieurs membres de la Commission, le Rapporteur spécial a soumis au Comité de rédaction une version remaniée de ce paragraphe, imposant d'autres limitations au droit des États d'expulser collectivement des étrangers en cas de conflit armé. Durant le débat au Comité de rédaction, certains membres ont estimé qu'une éventuelle exception à l'interdiction de l'expulsion collective en période de conflit armé s'appliquerait exclusivement aux étrangers ressortissants de l'État engagé dans un conflit armé avec l'État d'accueil et non à tous les étrangers présents sur le territoire d'un État engagé dans un conflit armé. Certains membres étaient également d'avis que les étrangers concernés ne sauraient faire l'objet de mesures d'expulsion collective que s'ils participaient en tant que groupe à des activités menaçant la sécurité de l'État. Selon un autre point de vue, en revanche, le droit international contemporain n'imposerait pas de telles limitations au droit d'un État d'expulser les ressortissants d'un autre État avec lequel il est en situation de conflit armé. En outre, il a été dit que la question de l'expulsion en période de conflit armé était complexe et que la Commission ne devrait pas prendre le risque d'élaborer un projet d'articles qui ne serait pas entièrement compatible avec le droit international humanitaire. Compte tenu de ces difficultés, le Comité a finalement opté pour une clause «sans préjudice» large, propre à couvrir toute règle de droit international applicable à

l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'État expulsant.

40. Le projet d'article 11 a conservé son titre tel qu'initialement proposé, à savoir «Interdiction de l'expulsion déguisée». Au cours du débat en séance plénière à la soixante-deuxième session de la Commission, certains de ses membres ont suggéré d'autres formulations telles que, en anglais, *constructive expulsion* ou «expulsion de facto» pour qualifier les situations visées par le projet d'article 11⁸⁴. Le Comité de rédaction a néanmoins décidé de conserver l'expression «expulsion déguisée» proposée par le Rapporteur spécial. Ce choix terminologique a été jugé pertinent par le Comité car cette expression est propre à traduire l'objectif principal du projet d'article qui est d'énoncer qu'un État ne doit pas recourir à des moyens ou des techniques déguisés afin d'obtenir le même effet que celui résultant d'une décision d'expulsion, à savoir le départ forcé d'un étranger de son territoire. En outre, il a été dit au sein du Comité de rédaction que l'expression *constructive expulsion* pouvait avoir une connotation positive non souhaitée et qu'il était difficile de lui trouver un équivalent satisfaisant en français.

41. Le libellé du paragraphe 1 du projet d'article 11, qui prévoit l'interdiction de toute forme d'expulsion déguisée, correspond au texte initialement proposé par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport⁸⁵. Le paragraphe 2 de ce même article est également fondé sur le texte proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction lui a cependant apporté quelques modifications afin de clarifier la définition de l'«expulsion déguisée». Il a été considéré en particulier que cette notion devait être délimitée de manière plus précise pour éviter d'éventuels chevauchements avec la définition générale de l'«expulsion» figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2. Après un examen minutieux, le Comité de rédaction s'est accordé sur l'insertion du mot «indirectement» dans la deuxième ligne du paragraphe 2, afin de traduire la caractéristique spécifique de l'«expulsion déguisée». Cette spécificité tient au fait que l'État expulsant, sans avoir adopté de décision d'expulsion, obtient par ses actions ou ses omissions le même résultat, à savoir le départ forcé d'un étranger de son territoire. Afin de clarifier le fait que cette disposition renvoie exclusivement à des situations dans lesquelles le départ forcé est le résultat visé par les actions ou omissions de l'État concerné, le Comité de rédaction a décidé de remplacer, à la fin du paragraphe 2, les mots «en vue de provoquer le départ» par la formule plus explicite «avec l'intention de provoquer le départ».

42. Certaines préoccupations ont été exprimées au sein du Comité à propos des situations mentionnées au paragraphe 2 dans lesquelles l'État appuie ou tolère des actes commis par des personnes privées. Certains membres du Comité ont en effet estimé qu'il serait difficile d'analyser le soutien apporté par l'État ou la tolérance dont il fait montre comme constituant une expulsion déguisée prohibée par le droit international. La majorité des membres du Comité s'est accordée sur le fait que la référence à ces

⁸³ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 64, par. 199, note 325 (projet d'article 7).

⁸⁴ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 168 et 169, par. 150 à 154, voir également p. 166, par. 137, note 1285 (projet d'article A).

⁸⁵ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2.

situations pouvait être conservée, à condition de préciser, en insérant les mots « y compris » dans le paragraphe concerné, que seules l'aide ou la tolérance susceptibles d'être considérées comme des « actions ou omissions de l'État [...] avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire » étaient visées. En d'autres termes, l'élément concernant l'intention spécifique de l'État expulsant, placé à la fin du paragraphe, s'appliquait aussi aux hypothèses où l'État apportait son soutien ou tolérait des actes commis par des personnes privées. Il a été proposé de préciser dans le commentaire que l'appréciation des situations dans lesquelles la tolérance de l'État est qualifiable d'expulsion déguisée doit être restrictive. Cela étant dit, le Comité de rédaction a considéré que l'hypothèse dans laquelle l'État « appuie » ou « tolère » de tels actes pourrait aussi couvrir les situations où les actes que l'État expulsant tolère ou auxquels il apporte son soutien sont commis par des étrangers agissant sur son territoire. En conséquence, contrairement au texte initialement proposé par le Rapporteur spécial, qui mentionnait uniquement les actes des « citoyens » de l'État expulsant, le projet d'article adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction renvoie en termes plus généraux aux « actes commis par ses nationaux ou d'autres personnes ». Le commentaire indiquera que l'emploi du terme « personne » vise à couvrir à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

43. Le projet d'article 12 (Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens) correspond au paragraphe 1 du projet d'article initialement soumis par le Rapporteur spécial sur la protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion. Le Comité de rédaction n'a pas modifié le libellé de cette disposition. Cependant, conformément à la suggestion faite par certains membres de la Commission au cours de la précédente session, le Comité de rédaction a décidé de traiter la question des expulsions confiscatoires dans un projet d'article distinct et de placer celui-ci dans la deuxième partie du projet, car il s'agit d'un cas particulier d'expulsion interdite.

44. Le titre du projet d'article 13 a été modifié pour se lire comme suit : « Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition ». Les membres de la Commission se rappelleront que, dans son sixième rapport soumis à la Commission à sa soixante-deuxième session en 2010, le Rapporteur spécial avait proposé un projet d'article intitulé « Interdiction de l'extradition déguisée en expulsion »⁸⁶. Pour s'efforcer de répondre aux préoccupations exprimées par certains membres de la Commission, qui considéraient ce projet d'article comme ayant une portée trop large, le Rapporteur spécial a soumis à la Commission, au cours de la même session, un projet remanié intitulé « Expulsion en rapport avec l'extradition » qui a été renvoyé par la Commission au Comité de rédaction à sa soixante-troisième session. Il se lisait comme suit :

L'expulsion d'une personne vers un État qui demande son extradition, ou vers un État qui a un intérêt particulier à l'extradition de ladite personne vers l'État demandeur de l'extradition, ne peut se faire que si les conditions de l'expulsion sont réunies conformément au droit international [ou aux dispositions du présent projet d'articles]⁸⁷.

L'utilité d'une telle proposition a été discutée au sein du Comité de rédaction. Plusieurs membres considéraient en effet que le projet d'article ne traitait pas de la question principale en jeu, à savoir le recours à l'expulsion comme moyen de contourner les conditions de l'extradition. Il a donc été proposé que le projet d'article soit reformulé afin de mettre l'accent sur la question du contournement. Le Comité a accueilli favorablement cette proposition.

45. La formulation exacte et le contenu du projet d'article 13 ont donné lieu à un débat animé au sein du Comité de rédaction. Certains membres étaient d'avis que l'énonciation de l'interdiction des expulsions visant à contourner l'extradition devait être assortie d'un paragraphe supplémentaire précisant que l'expulsion d'une personne dont l'extradition a été demandée, vers l'État demandeur lui-même ou vers un État qui a un intérêt à son extradition vers l'État demandeur, ne devait pas intervenir tant que la procédure d'extradition n'avait pas été menée à son terme, sauf si cela se justifiait par des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public. Selon d'autres membres, cette formulation avait un caractère trop absolu. Il a notamment été relevé que la sécurité nationale et l'ordre public n'étaient pas les seuls motifs permettant à un État d'expulser une personne objet d'une demande d'extradition ; d'autres motifs, tels que la violation de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, ont été évoqués dans ce contexte. Il a été observé qu'il serait difficile d'élaborer une disposition dont le contenu aille au-delà de l'idée générale selon laquelle les situations dans lesquelles une procédure d'extradition est en cours sont les plus susceptibles de présenter un risque de contournement. En conséquence, suivant une proposition présentée par la Sixième Commission au cours du débat sur le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (A/CN.4/650 et Add.1, par. 19), la possibilité de traiter de la question par le biais d'une clause « sans préjudice » a été évoquée au sein du Comité de rédaction.

46. Ayant à l'esprit ces difficultés, le Comité de rédaction a finalement décidé de conserver une formulation générale indiquant qu'un État ne devrait pas recourir à l'expulsion en vue de contourner une procédure d'extradition en cours. Le commentaire donnera des exemples pour illustrer cette interdiction et soulignera qu'elle ne s'applique que lorsqu'une procédure d'extradition est en cours, en renvoyant, le cas échéant, à la jurisprudence pertinente.

47. La troisième partie, comprenant les projets d'articles 14 à 25, s'intitule : « Protection des droits des étrangers objets de l'expulsion ». Ces projets d'article ont été adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction au cours de la soixante-deuxième session de la Commission puis renvoyés au Comité de rédaction⁸⁸ dans leur version révisée par le Rapporteur spécial à la lumière des débats ayant eu lieu en séance plénière⁸⁹.

48. Avant de présenter chacun des projets d'articles, le Président du Comité de rédaction appelle l'attention sur une question terminologique. Des discussions ont en

⁸⁶ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 166, par. 138, note 1286 (projet d'article 8).

⁸⁷ Ibid., p. 171, par. 176, note 1299.

⁸⁸ Ibid., p. 162, par. 114.

⁸⁹ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/617.

effet eu lieu au sein du Comité à propos du membre de phrase « expulsé(e) ou en cours d'expulsion » qui vise une personne ou un étranger, et apparaît dans plusieurs projets d'article proposés par le Rapporteur spécial. Certains membres du Comité ont jugé cette formulation ambiguë. D'aucuns ont fait remarquer que le moment auquel un étranger devait être considéré comme expulsé n'était pas clairement déterminé : s'agissait-il du moment où la décision d'expulsion lui était notifiée ou de celui où elle était exécutée, avec le départ forcé de l'étranger du territoire de l'État expulsant ? À l'issue d'un examen minutieux, le Comité de rédaction a opté pour l'expression « étranger objet de l'expulsion » en considérant qu'elle englobait à la fois l'expulsion en tant qu'acte juridique, à savoir l'adoption de la décision d'expulsion en tant que telle, et l'expulsion comme processus consistant dans l'ensemble des mesures susceptibles d'être prises en vue de l'adoption et de l'exécution d'une décision d'expulsion.

49. Le chapitre I de la troisième partie (Dispositions générales) comprend les projets d'articles 14 à 16. Le projet d'article 14 (Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion) est le fruit de la fusion des projets d'articles 8 et 9 révisés, proposés par le Rapporteur spécial⁹⁰.

50. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 énonce que tout étranger objet d'une expulsion est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion. Certains membres du Comité de rédaction ont estimé qu'il ne convenait pas de mentionner la dignité humaine dans l'un des projets d'articles, car celle-ci ne faisait pas partie des droits de l'homme entraînant des obligations spécifiques pour les États, mais constituait plutôt une source d'inspiration pour les droits de l'homme en général. D'autres membres, parmi lesquels le Rapporteur spécial, ont considéré qu'il était important d'énoncer dans l'un des projets d'articles l'obligation de respecter la dignité humaine des personnes objets de l'expulsion. Certains ont fait observer qu'au cours de la procédure d'expulsion les étrangers étaient souvent soumis à des traitements humiliants qui, sans être nécessairement constitutifs de traitements cruels, inhumains ou dégradants, représentaient une atteinte à leur dignité en tant qu'êtres humains.

51. Le Comité de rédaction a finalement décidé de traiter de la question du respect de la dignité humaine dans le cadre du projet d'article 14. La référence générale à la « dignité d'une personne » dans le texte proposé par le Rapporteur spécial a néanmoins été remplacée par une référence plus précise à « la dignité inhérente à la personne humaine », expression empruntée à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui traite de la situation des personnes privées de leur liberté. La formulation retenue par le Comité de rédaction vise à clarifier le fait que la dignité mentionnée dans le projet d'article 14 doit s'entendre comme un attribut inhérent à toute personne humaine, par opposition à une conception subjective de cette notion.

52. Le texte du paragraphe 2 du projet d'article 14, qui rappelle que les étrangers objets d'une expulsion ont droit au respect de leurs droits de l'homme, correspond pour l'essentiel à la version révisée du texte du projet d'article 8 proposé par le Rapporteur spécial. Dans le texte anglais, l'expression *in particular*, précédant la référence aux droits énoncés dans le projet d'articles, a été remplacée par le mot *including*, jugé plus neutre parce qu'il permet d'éviter de donner l'impression fautive que les droits mentionnés dans ledit projet devraient être considérés comme plus importants que les autres droits de l'homme dont jouissent les étrangers objets d'une expulsion.

53. Le libellé du projet d'article 15 (Obligation de non-discrimination) est largement inspiré de la version révisée du projet d'article 10 proposé par le Rapporteur spécial⁹¹. Son paragraphe 1 énonce le principe de non-discrimination en matière d'expulsion. Le Comité de rédaction a apporté une légère modification au début de ce paragraphe afin qu'il se lise comme suit : « [l']État exerce le droit d'expulser des étrangers sans discrimination ». Ce paragraphe se rapproche ainsi du libellé du projet d'article 3. Les éléments de la liste non exhaustive de motifs de discrimination prohibés ont fait l'objet d'une discussion au sein du Comité de rédaction. Dans le texte renvoyé au Comité, le Rapporteur spécial proposait une énumération reprenant celle du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Au cours des discussions, certains membres du Comité ont suggéré d'y ajouter certains motifs tels que l'orientation sexuelle ou l'appartenance à une minorité. D'autres membres ont soutenu que le paragraphe 1 du projet d'article 15 devait se contenter de reproduire la liste non exhaustive figurant dans le Pacte, sans y ajouter aucun autre motif spécifique, d'autant que certains de ces motifs demeuraient controversés. D'aucuns ont également fait observer que l'ajout de tout motif supplémentaire à la liste figurant dans le Pacte pourrait être interprété comme en excluant implicitement d'autres n'y figurant pas. Le compromis auquel le Comité de rédaction est finalement parvenu a consisté à conserver la liste figurant dans le Pacte, conformément à la proposition du Rapporteur spécial, en lui ajoutant uniquement « l'origine ethnique » qui semble présenter une pertinence particulière dans le contexte de l'expulsion, ainsi qu'une référence à « tout autre motif non admis en droit international général ». Cette solution présente l'avantage de couvrir les développements du droit dépassant la portée du Pacte, tout en ménageant la possibilité de renvoyer à des régimes juridiques spéciaux prévoyant des distinctions entre différentes catégories d'étrangers, tels que le régime aménagé par le droit de l'Union européenne.

54. Si certains membres du Comité ont proposé que le commentaire énonce expressément l'interdiction de la discrimination pour des motifs liés à « l'orientation sexuelle » et fasse référence à la jurisprudence pertinente en la matière, d'autres ont fait valoir que cette question était controversée et qu'une telle interdiction n'était pas universellement reconnue. L'existence d'exceptions à l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité, notamment dans le contexte d'associations d'États

⁹⁰ Ibid. et, pour l'examen de ces projets d'article par la Commission, voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 163, par. 117 et 118, notes 1272 et 1273.

⁹¹ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/617, et pour l'examen de ce projet d'article par la Commission, voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 163, par. 119, note 1274.

telles que l'Union européenne dont les citoyens jouissent de la liberté de circulation, sera mentionnée dans le commentaire.

55. La formulation du paragraphe 2 du projet d'article 15 a fait l'objet d'un débat nourri. Certains membres ont considéré que la référence au « droit international des droits de l'homme », figurant initialement dans la proposition du Rapporteur spécial, était trop imprécise et avait un caractère doctrinal trop marqué. Le Comité a donc décidé de renvoyer plus simplement à « la jouissance par tout étranger objet d'une expulsion de ses droits de l'homme, y compris ceux mentionnés dans le présent projet d'articles ».

56. Le titre du projet d'article 16 a été raccourci pour se lire comme suit : « Personnes vulnérables ». Le texte de cet article est largement inspiré de la version révisée du projet d'article soumise par le Rapporteur spécial et visant à élargir la protection spéciale accordée à l'enfant par le projet d'article initial à d'autres catégories de personnes vulnérables. Le Comité s'est interrogé sur la manière de formuler l'obligation d'accorder une protection spéciale aux personnes vulnérables, certains de ses membres ayant fait observer que le libellé original – « doivent être considérés, traités et protégés comme tels⁹² » – manquait de clarté. Les membres du Comité se sont finalement accordés sur la formulation « considérés comme tels et traités et protégés en tenant dûment compte de leur vulnérabilité » qui met l'accent sur le fait que la vulnérabilité de ces personnes doit être dûment reconnue par l'État expulsant comme fondement sur lequel leur accorder le traitement et la protection requis. Le Comité a en outre discuté de l'opportunité de conserver le membre de phrase « quelle que soit la qualité de leur séjour ». Même s'il a été reconnu que la situation de l'étranger au regard de la législation sur l'immigration pouvait dans certains cas présenter une certaine importance, une telle expression risquait de donner l'impression fautive que le projet d'article 16 était le seul article à traiter de la protection des droits s'appliquant aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire de l'État expulsant. En conséquence, le Comité de rédaction a décidé, non sans hésitation, de supprimer ce membre de phrase.

57. Le Comité de rédaction a également examiné la portée du projet d'article 16. Certains de ses membres ont fait observer que d'autres catégories de personnes vulnérables, comme les personnes atteintes de maladies incurables, pourraient avoir besoin d'une protection spéciale au regard de l'expulsion. Le Comité a donc décidé de compléter l'énumération des personnes vulnérables proposée par le Rapporteur spécial par l'expression « et d'autres personnes vulnérables ». Le commentaire précisera ce point en donnant des exemples d'autres catégories de personnes vulnérables susceptibles de bénéficier de la protection spéciale prévue par le projet d'article 16.

58. Le paragraphe 2 du même projet d'article, qui porte plus particulièrement sur les enfants, renvoie à la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant » empruntée au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention relative

aux droits de l'enfant. Certains membres du Comité de rédaction craignaient que la formulation proposée par le Rapporteur spécial ne soit trop restrictive, l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvant être l'unique critère à appliquer en matière d'expulsion. Le Comité a finalement opté pour une formulation inspirée plus étroitement de l'article susmentionné de la Convention relative aux droits de l'enfant, à savoir « dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

59. Abordant le chapitre II de la troisième partie (Protection requise dans l'État expulsant), qui comprend les projets d'articles 17 à 20, le Président du Comité de rédaction explique que le projet d'article 17 (Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion) correspond, à quelques modifications rédactionnelles mineures près, à la version révisée du paragraphe 1 du projet d'article 11 telle que proposée par le Rapporteur spécial⁹³. Le projet d'article 18 (Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) est, quant à lui, largement inspiré du paragraphe 2 du projet d'article susmentionné. Le Comité de rédaction en a cependant légèrement modifié le texte. Par exemple, la référence à « la torture et [aux] traitements inhumains ou dégradants » a été remplacée par une expression plus complexe mentionnant la « torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Le Comité a, en outre, discuté de la pertinence de l'expression « sur son territoire ou sur un territoire sous sa juridiction » figurant dans le texte proposé par le Rapporteur spécial. La suggestion de certains membres selon lesquels il conviendrait de mentionner les personnes se trouvant sous la juridiction ou le contrôle de l'État expulsant a rencontré l'opposition d'autres membres estimant que la notion de juridiction avait une portée suffisamment large pour couvrir les situations visées par ce projet d'article. En l'absence d'accord sur ce point, le Comité a décidé d'écarter du projet d'article toute référence aux notions de « territoire » de « juridiction » ou de « contrôle » eu égard au fait que l'aspect territorial de la question était déjà couvert par la définition de « l'expulsion » figurant dans l'alinéa a du projet d'article 2. Il vaudrait donc mieux évoquer la question des actes commis en dehors du territoire de l'État expulsant en relation avec l'expulsion d'un étranger dans le commentaire accompagnant le projet d'article 18.

60. Le projet d'article 19 a pour nouvel intitulé « Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion ». Le projet d'article initial figurait dans le sixième rapport du Rapporteur spécial⁹⁴, mais le texte qui a été renvoyé au Comité de rédaction était une version révisée de cet article, soumise par le Rapporteur spécial à la Commission au cours du débat tenu lors de sa soixante-deuxième session⁹⁵.

⁹³ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/617, et pour l'examen de ce projet d'article par la Commission, voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 163 et 164, par. 120, note 1275.

⁹⁴ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2 (projet d'article B), ou *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 166, par. 141, note 1289.

⁹⁵ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 167, note 1290.

⁹² *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/617, et pour l'examen de ce projet d'article par la Commission, voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 164, par. 122, note 1277.

61. Le Comité de rédaction est parvenu à la conclusion que l'on pouvait supprimer la référence faite dans le texte proposé par le Rapporteur spécial à l'obligation de respecter les droits de l'homme de l'étranger pendant la détention en vue de l'expulsion, à la fois dans le corps du texte et dans le titre du projet, pour éviter un doublon avec le texte du projet d'article 14.

62. Le Comité a inversé l'ordre des alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, par rapport au texte proposé par le Rapporteur spécial, car il a été jugé préférable que l'article commence par énoncer le principe général selon lequel la détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif. Il convient de lire le nouvel alinéa *b* du paragraphe 1 comme une conséquence de ce principe général. Au cours du débat en séance plénière, certains membres de la Commission ont fait valoir que le projet d'article B soumis par le Rapporteur spécial était trop rigide, en particulier en ce qu'il exigeait que la détention d'un étranger en vue de son expulsion se fasse dans un lieu approprié distinct de celui où sont détenues les personnes condamnées à des peines privatives de liberté. Pour s'efforcer de répondre à ces inquiétudes, le Comité a décidé de reformuler l'alinéa *b* du paragraphe 1, de manière à éviter de donner l'impression qu'une obligation de prévoir des lieux de détention spécifiques pour les étrangers objets d'une expulsion pèserait sur l'État expulsant; l'important étant en réalité que ces étrangers soient détenus séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté, indépendamment du fait que leur détention ait lieu dans un établissement séparé ou dans des parties différentes d'un même établissement. En outre, le Comité a décidé de préciser l'obligation énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 en y insérant le membre de phrase «sauf dans des circonstances exceptionnelles» qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et qui consacre le droit pour les prévenus d'être séparés des personnes condamnées pour une infraction pénale et d'être soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées. Dans un souci de clarté, le commentaire soulignera que l'alinéa *b* du paragraphe 1 ne vise que la détention en vue de permettre l'exécution d'une décision d'expulsion et qu'il est sans préjudice des cas où les étrangers ont été condamnés ou sont poursuivis pour une infraction, y compris les situations dans lesquelles une mesure d'expulsion peut être ordonnée comme peine complémentaire ou de substitution à une peine d'emprisonnement.

63. Le paragraphe 2 du projet d'article 19, portant sur la durée de la détention, comporte également deux alinéas. Le Comité de rédaction a conservé le texte de l'alinéa *a* proposé par le Rapporteur spécial, se contentant de remplacer dans les deux premières phrases de la version anglaise les verbes *may* et *must* par *shall*. Le Comité de rédaction a débattu de la question de savoir s'il convenait de conserver l'expression «raisonnablement nécessaire» dans la deuxième phrase; certains membres ayant fait valoir que l'interdiction de toute détention d'une durée excessive figurant dans la troisième phrase était suffisante et qu'il n'était donc pas nécessaire d'introduire un élément subjectif renvoyant au caractère raisonnable de la détention. Cependant, la majorité des membres du Comité a été favorable au maintien de l'expression «raisonnablement nécessaire», car elle fournit aux autorités judiciaires

un critère propre à leur permettre d'apprécier la durée admissible pour une longue détention.

64. L'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoit que la prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires. Nonobstant les doutes exprimés par certains membres du Comité de rédaction quant à l'applicabilité d'une pareille exigence dans le contexte du droit de l'immigration, le Comité a décidé de ne pas modifier l'alinéa proposé par le Rapporteur spécial, estimant que la condition posée avait pour but de prévenir de possibles abus de la part des autorités administratives en matière de détermination de la durée de détention d'un étranger objet d'une expulsion.

65. Le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 3, imposant l'examen de la décision de détention d'un étranger objet d'une expulsion et en précisant les conditions, a été légèrement modifié par le Comité de rédaction afin de clarifier le fait que cet examen porte sur la prolongation de la détention de l'étranger concerné et non sur la décision initiale de détention. De l'avis du Comité, l'expression figurant dans le texte initial «périodique à des échéances déterminées» était une tautologie et elle a donc été remplacée par les mots «à échéances régulières». Si certains ont dit qu'il convenait de considérer l'alinéa *a* du paragraphe 3 comme une recommandation *de lege ferenda*, pour d'autres il paraissait justifié de l'inclure dans le projet d'article, à la lumière des principes du droit international contemporain des droits de l'homme et du caractère non punitif de la détention d'un étranger en vue de son expulsion.

66. Concernant l'alinéa *b* du paragraphe 3, certains membres ont souscrit à l'idée selon laquelle il ne saurait être mis fin à la détention d'un étranger objet d'une expulsion lorsque la décision d'expulsion ne peut être exécutée pour une raison imputable à l'étranger concerné. D'autres ont soutenu qu'il convenait de mettre fin à la détention de l'étranger dès qu'il apparaissait que son expulsion était devenue impossible, quelle qu'en soit la raison. La formulation finalement retenue explicite le lien entre la règle et l'exception, et s'inspire de la proposition du Rapporteur spécial, tout en lui adjoignant l'expression «sous réserve de l'alinéa *a* du paragraphe 2» afin de rappeler l'interdiction de toute détention d'une durée excessive.

67. Le projet d'article 20 (Obligation de respecter le droit à la vie familiale) est largement inspiré du projet d'article révisé soumis par le Rapporteur spécial. L'expression «vie privée», qui apparaissait dans le projet initial figurant dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial⁹⁶, a été omise dans la version renvoyée ensuite au Comité de rédaction⁹⁷. Le texte du paragraphe 1 du projet d'article 20, énonçant l'obligation incombant à l'État expulsant de respecter le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion, reprend le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial, moyennant quelques modifications rédactionnelles.

⁹⁶ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/611 (projet d'article 13).

⁹⁷ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 164, par. 121, note 1276 (projet d'article 12).

68. Le paragraphe 2 précise les conditions dans lesquelles le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion peut être limité. Le Comité de rédaction a conclu que le verbe « déroger », figurant dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, était inapproprié dans le cas d'une clause limitative, car il avait une signification juridique précise et renvoyait aux dérogations permises, sous certaines conditions, aux obligations en matière de droits de l'homme en cas de danger public exceptionnel (comme dans l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). En conséquence, l'expression « déroger au » a été remplacée par « interférer dans l'exercice de », afin d'adopter une formulation conforme à celle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).

69. Le paragraphe 2 pose deux conditions cumulatives devant être satisfaites pour justifier une interférence dans la jouissance du droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion. D'abord, pareilles interférences ne peuvent intervenir que dans des cas « prévus par la loi ». Selon la suggestion faite par certains membres de la Commission à sa soixante et unième session, la version révisée du projet d'article proposé par le Rapporteur spécial faisait référence au « droit international » et non simplement à la « loi ». Le Comité de rédaction a conclu néanmoins que cette disposition renvoyait en réalité au fait que les interférences de l'État expulsant dans l'exercice du droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion devaient trouver une base appropriée dans la législation interne de l'État expulsant. La référence à la « loi » telle qu'elle apparaissait dans le texte original présenté par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport a donc été rétablie. La seconde condition était que l'interférence dans l'exercice du droit à la vie familiale ne peut être autorisée que si un juste équilibre est observé entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause. Dans la version anglaise du texte, le Comité a donc préféré l'expression *on the basis of a fair balance* au libellé initial qui renvoyait à la nécessité de *strike a fair balance* entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause. Le commentaire fera référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, recourant au critère du « juste équilibre » pour apprécier la légalité d'une interférence dans la vie familiale, à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

70. Le chapitre III de la troisième partie (Protection par rapport à l'État de destination) est constitué des projets d'articles 21 à 24.

71. Le titre du projet d'article 21 est devenu « Départ vers l'État de destination », le mot « retour » ayant été remplacé par celui de « départ », car l'étranger peut ne jamais s'être rendu auparavant dans l'État de destination.

72. L'essentiel du contenu du paragraphe 1, tel que le Comité de rédaction l'a adopté à titre provisoire, reprend le libellé proposé initialement par le Rapporteur spécial. Au cours du débat à la soixante-troisième session de la Commission, certains des membres ont suggéré que ce paragraphe soit remanié afin d'éviter qu'il ne puisse être interprété comme encourageant l'exercice d'une

pression induite sur l'étranger⁹⁸. On a fait valoir en particulier que le verbe « encourage » manquait de précision juridique et pouvait ouvrir la voie à des abus. Afin de répondre à ces préoccupations, le Comité de rédaction a remanié le paragraphe qui, dans sa version actuelle, énonce que l'État expulsant prend des « mesures appropriées » pour « faciliter le départ volontaire » de l'étranger objet de l'expulsion.

73. Le Comité de rédaction a conservé quasiment tel quel le texte du paragraphe 2 proposé initialement par le Rapporteur spécial. Il a cependant supprimé la référence aux règles du droit international relatives au transport aérien, comme l'avaient proposé certains membres de la Commission, ainsi qu'un certain nombre d'États, au cours du débat tenu au sein de la Sixième Commission, et a remplacé, dans la version anglaise, l'expression *orderly transportation* par *safe transportation*. Tout en reconnaissant le rôle majeur joué par le transport aérien dans l'exécution d'une décision d'expulsion, ainsi que l'existence de tout un ensemble de règles de droit international en matière de transport aérien, le Comité de rédaction a considéré qu'il était suffisant de renvoyer à ce corpus dans le commentaire, notamment parce que l'on a également recours pour les expulsions à d'autres moyens de transport. Le commentaire du projet d'article précisera en outre la portée et le sens de l'expression « acheminement sans heurts [...] dans le respect des règles du droit international » en expliquant que ce projet vise non seulement la nécessité d'assurer la sécurité des autres passagers d'un avion mais également celle de protéger les droits de l'homme de l'étranger expulsé ou encore d'éviter qu'il ne soit fait un usage excessif de la force au cours de l'expulsion.

74. Des modifications mineures ont été apportées au texte du paragraphe 3 tel qu'il a été soumis par le Rapporteur spécial. Pour reprendre une suggestion faite par divers États, l'expression « délai approprié » a été remplacée par celle de « délai raisonnable ». En outre, le Comité a estimé que la portée de l'exception initialement prévue par le projet, à savoir une situation où il y a lieu de penser que l'étranger pourrait s'enfuir, était trop étroite et ne tenait pas compte d'autres facteurs pouvant être pris en considération par l'État pour déterminer le délai accordé à un étranger pour préparer son départ. Le Comité a ainsi opté pour une formulation simplifiée, indiquant que la décision fixant le délai devait être prise « compte tenu de toutes les circonstances ». Le commentaire précisera que le risque de fuite de l'étranger figure au nombre des facteurs que l'État expulsant peut tout à fait prendre en considération dans ce contexte. Finalement, le Comité a considéré que le membre de phrase « [d]ans tous les cas » figurant au début de la version initiale du paragraphe 3 n'était pas nécessaire et pouvait prêter à confusion. Il l'a donc supprimé, étant entendu que le commentaire expliquera que le paragraphe 3 couvre tant le départ volontaire de l'étranger que l'exécution forcée d'une décision d'expulsion, à savoir les deux situations envisagées respectivement par les paragraphes 1 et 2 du projet d'article considéré.

75. Le Comité de rédaction a apporté un certain nombre de modifications au texte initial du projet

⁹⁸ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 149, par. 235, le projet d'article D1 est reproduit *ibid.*, p. 147, par. 216, note 563.

d'article 22 (État de destination de l'étranger objet de l'expulsion), dont certaines concernaient le fond de la question et visaient à répondre à des préoccupations exprimées par des membres de la Commission au cours du débat à la soixante-troisième session en 2011⁹⁹. Si certains membres ont souscrit à la priorité donnée par le texte original à l'État de nationalité en tant qu'État « naturel » de destination de l'étranger objet de l'expulsion, d'autres membres ont estimé en revanche qu'il n'y avait aucune raison de limiter les hypothèses dans lesquelles un étranger est expulsé vers un État autre que son État de nationalité aux seules situations où ce dernier n'a pu être identifié. En outre, certains membres de la Commission étaient d'avis que la préférence exprimée par l'étranger devait jouer un rôle plus important dans le choix de l'État de destination, nonobstant le fait que seul l'État de nationalité avait l'obligation d'accueillir une personne expulsée par un autre État. Le Comité s'est finalement mis d'accord sur un texte de compromis constitué de deux paragraphes.

76. La version actuelle du paragraphe 1 mentionne, outre l'État de nationalité, tout autre État de destination éventuel, même si l'État de nationalité demeure premier sur la liste, car il a indiscutablement l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international. Le Comité de rédaction a néanmoins pensé que d'autres possibilités pouvaient être prévues, y compris, si cela est possible, le respect du choix de l'étranger. En conséquence, le paragraphe 1 mentionne également, parmi les États de destination envisageables, tout État (autre que son État de nationalité) qui a l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international et tout État qui accepte de l'accueillir à la demande de l'État expulsant ou, le cas échéant, de l'intéressé. Cette nouvelle formulation est conforme à l'esprit de la version initiale du paragraphe 3, car elle demeure fondée sur le principe selon lequel l'expulsion d'un étranger vers un État est subordonnée au consentement de celui-ci, sauf dans les cas où une obligation d'admettre l'étranger pèse sur cet État en vertu du droit international. Le commentaire expliquera ce qu'il faut entendre par « tout autre État qui a l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international ». Référence sera faite dans ce contexte à la position adoptée par le Comité des droits de l'homme en ce qui concerne le paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Dans son observation générale n° 27 sur la liberté de circulation, le Comité des droits de l'homme a déclaré que la signification des termes « son propre pays » est plus vaste que celle du « pays de sa nationalité » et « s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays, ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger¹⁰⁰ ». Selon le Comité des droits de l'homme, tel serait le cas de personnes auxquelles la nationalité aurait été retirée en violation du droit international, de personnes dont le pays de

nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale dont elles se verraient refuser la nationalité et éventuellement « d'autres catégories de résidents à long terme¹⁰¹ ».

77. Le paragraphe 2 du projet d'article 22 traite de la situation où ni l'État de nationalité ni tout autre État ayant l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international n'a été identifié et aucun autre État n'accepte d'accueillir ledit étranger. Dans ce cas, l'étranger peut être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ou, lorsque cela est applicable, « vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant ». Même si ce dernier membre de phrase doit s'entendre comme renvoyant en premier lieu à l'État d'embarquement, il est libellé de manière assez large pour s'appliquer aux situations dans lesquelles l'étranger est entré dans l'État expulsant par des moyens autres que le transport aérien. Le libellé et le contenu du paragraphe 2 ont fait l'objet d'un débat animé au sein du Comité de rédaction. Selon un point de vue, si aucun État de destination ne peut être identifié conformément aux dispositions du paragraphe 1, l'État expulsant doit autoriser l'étranger à demeurer sur son territoire, car aucun autre État ne saurait être contraint de l'accueillir. Il s'est avéré impossible de surmonter les divergences de vues entre les membres du Comité de rédaction sur le point de savoir s'il pèse sur certains États, tels que l'État ayant délivré un document de voyage ou une autorisation d'entrée et de séjour ou l'État d'embarquement, une obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international. On a fait valoir qu'un État pouvait invoquer des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public comme motifs légitimes de refus du retour d'un étranger auquel une autorisation d'entrée ou de séjour a été délivrée et qui, entre-temps, a été expulsé d'un autre État. Les membres du Comité de rédaction ont exprimé différents points de vue à propos de la position de l'État d'embarquement : certains faisant valoir que l'expulsion d'un étranger vers l'État d'embarquement était pratique courante et devait figurer parmi les possibilités énumérées, d'autres soutenant que l'État d'embarquement n'était pas soumis à l'obligation juridique d'accueillir l'étranger.

78. La mention au paragraphe 2, dans sa version initialement proposée par le Rapporteur spécial, d'une situation dans laquelle existe un risque de torture ou de traitement inhumain et dégradant de l'étranger en cas d'expulsion de celui-ci vers son État de nationalité ne figure plus dans le texte adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, car l'obligation de ne pas expulser un étranger vers un État dans lequel il serait exposé à un tel risque s'applique à tout État de destination quel qu'il soit et se trouve déjà énoncée dans le projet d'article 24.

79. Le projet d'article 23 a pour nouvel intitulé « Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée ». Le Comité de rédaction a choisi ce nouveau titre afin de clarifier le fait que la disposition concernée énonce une obligation de ne pas expulser vers certains États. Au paragraphe 1, le membre de phrase « où sa vie ou sa liberté serait menacée » est emprunté à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui consacre l'interdiction du refoulement.

⁹⁹ Ibid., p. 150, par. 239 à 242 ; le projet d'article E1 est reproduit ibid., p. 147, par. 218, note 564.

¹⁰⁰ Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 40 (A/55/40)*, vol. I, annexe VI, observation générale relative à l'article 12, p. 144, par. 20.

¹⁰¹ Ibid.

Il se substitue au libellé initialement choisi par le Rapporteur spécial qui parlait d'État «où son droit à la vie ou sa liberté individuelle risque de faire l'objet de violation¹⁰²».

80. Le paragraphe 1 du projet d'article 23 énonce l'interdiction de l'expulsion d'une personne vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée pour l'une quelconque des raisons énumérées au projet d'article 15. Ces motifs comprennent ceux figurant dans le paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auxquels ont été ajoutés l'«origine ethnique» et «tout autre motif non admis en droit international». Le Comité de rédaction a considéré que rien ne justifiait le fait que l'énumération des motifs de discrimination dans le projet d'article 23 soit différente de celle du projet d'article 15. Le texte envoyé au Comité de rédaction qui se contentait de mentionner les motifs de discrimination figurant dans l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés a été jugé trop restrictif eu égard au fait que le projet d'article 23 a une portée plus large puisqu'il s'applique aux étrangers en général ainsi qu'à un large éventail de situations.

81. Comme pour le projet d'article 15, le Comité de rédaction a longuement discuté ici aussi du point de savoir si l'orientation sexuelle devait ou non figurer dans l'énumération des motifs de discrimination prohibés. Des avis contradictoires s'étant exprimés sur ce point, le Comité a adopté une solution de compromis consistant à ne pas mentionner l'orientation sexuelle dans le texte du projet d'article pour la réserver au commentaire l'accompagnant, en s'efforçant de refléter de manière équilibrée les différents points de vue des membres du Comité. Le commentaire du projet d'article 23 soulignera donc que la liste des motifs de discrimination figurant audit article est identique à celle du projet d'article 15.

82. Le paragraphe 2 du projet d'article 23 traite de la situation où la vie de l'étranger objet de l'expulsion serait menacée par la peine de mort dans l'État de destination. Au cours du débat en séance plénière, certains membres de la Commission ont suggéré que la protection accordée dans le projet d'article initial soit renforcée. L'on a fait remarquer en particulier que le libellé proposé par le Rapporteur spécial était trop restrictif lorsqu'il prévoyait une obligation de ne pas expulser pesant exclusivement sur les États ayant aboli la peine de mort. Il a été relevé que, dans un certain nombre d'États dans lesquels la peine de mort n'avait pas encore été abolie, elle n'était pas appliquée. En outre, il a été proposé que la protection conférée par ce paragraphe soit élargie aux situations dans lesquelles, bien que la peine de mort n'ait pas été prononcée à l'encontre de l'étranger objet de l'expulsion dans l'État de destination, il existait un risque qu'elle le fût. Certains membres du Comité de rédaction ont repris ces préoccupations à leur compte et il a été suggéré également que l'obligation énoncée au paragraphe 2 soit étendue aux États en général, au titre du développement progressif du droit international.

83. S'efforçant de répondre à certaines de ces préoccupations, le Comité de rédaction a modifié le libellé

du paragraphe 2 de manière à rendre l'obligation qu'il énonce applicable à «un État qui n'applique pas la peine de mort». La deuxième partie de la phrase a également été reformulée afin de couvrir tant les cas dans lesquels la peine de mort a déjà été imposée dans l'État de destination que ceux dans lesquels il y a un risque qu'elle le soit.

84. Conformément à une proposition faite au sein du Comité de rédaction, la Commission devrait également envisager la possibilité de faire figurer dans le projet d'articles l'obligation de ne pas expulser une personne vers un État dans lequel elle serait exposée au risque d'être emprisonnée sans pouvoir bénéficier de mesures de libération conditionnelle.

85. Le texte du projet d'article 23 soumis au Comité de rédaction comportait un troisième paragraphe prévoyant d'étendre l'application de la protection accordée par les paragraphes 1 et 2 à l'expulsion d'apatrides. Au cours du débat en séance plénière tenu lors de la soixante-deuxième session, des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'ajouter un tel paragraphe. À l'issue d'une discussion sur ce point, le Comité de rédaction est parvenu à la conclusion que ce troisième paragraphe n'était pas nécessaire et qu'il suffisait de préciser dans le commentaire que le projet d'article 23 était également applicable aux apatrides, qui sont de toute façon couverts par la définition du terme «étranger» figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2. L'on a également considéré qu'une référence spécifique aux apatrides dans le projet d'article 23 pourrait donner l'impression erronée que les autres projets d'articles ne s'appliquent pas aux apatrides.

86. Le projet d'article 24 (Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), tel qu'il a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, comporte un paragraphe unique. Si le libellé retenu est largement inspiré du paragraphe 1 de la version révisée du texte proposé par le Rapporteur spécial¹⁰³, le Comité de rédaction lui a apporté un certain nombre de modifications. Certaines de ces modifications visaient à rendre sa formulation conforme à celle de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le Comité de rédaction a ainsi remplacé la référence à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants figurant dans le texte soumis par le Rapporteur spécial par une référence plus complète à «la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». En outre, les mots «où il existe un risque réel qu'elle soit soumise à» ont été remplacés par «où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à». En outre, les mots «vers un autre pays» ont été remplacés par «vers un État» et, dans un souci de cohérence avec les autres projets d'articles énonçant une interdiction, dans la version anglaise du texte, les mots *may not* qui figuraient au début de l'article ont été remplacés par *shall not*.

87. Le texte du projet d'article initialement proposé par le Rapporteur spécial en 2009¹⁰⁴, comme sa version

¹⁰² *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 164, par. 124, note 1278 (projet d'article 14 révisé).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 164, par. 126, note 1279 (projet d'article 15 révisé).

¹⁰⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 135, par. 97, note 845 (projet d'article 11).

révisée, comportait un paragraphe 2 portant sur les situations dans lesquelles le risque de torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants émane de personnes ou de groupes agissant à titre privé. Cependant, au cours des débats en séance plénière tenus lors des sessions antérieures, certains membres de la Commission avaient exprimé leur préoccupation au sujet du libellé initial de ce paragraphe¹⁰⁵. Certaines de ces préoccupations se sont à nouveau exprimées au cours du débat sur la version révisée du texte en 2010. L'on a en particulier fait observer que la formulation du paragraphe 2 demeurerait trop large¹⁰⁶, malgré l'ajout par le Rapporteur spécial d'une mise en garde à propos de l'incapacité de l'État de destination d'obvier au risque de mauvais traitements par une protection appropriée.

88. Divers membres du Comité de rédaction étaient d'avis qu'il n'était pas nécessaire que le projet d'article 24 traite de questions touchant à la portée de l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements, car il valait souvent mieux laisser ces questions dépendre de l'interprétation des cours et tribunaux. Après un examen minutieux, le Comité de rédaction a alors décidé de supprimer le paragraphe 2, étant entendu que le commentaire traiterait de l'interdiction par le droit international de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, y compris des facteurs devant être pris en considération pour évaluer le risque de torture ou d'autres formes de mauvais traitements dans l'État de destination (facteurs prévus spécifiquement au paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) et des situations dans lesquelles ce risque pourrait émaner de personnes ou de groupes agissant à titre privé. Sur ce dernier point, référence serait faite à la jurisprudence pertinente, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

89. Le chapitre IV de la troisième partie (Protection dans l'État de transit) comporte une seule disposition, le projet d'article 25 (Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion). Ce texte, tel qu'il a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, est une version remaniée du texte proposé initialement par le Rapporteur spécial qui visait à étendre à l'État de transit la protection des droits de l'homme de l'étranger objet d'une expulsion¹⁰⁷. Si divers membres de la Commission ont appuyé l'inclusion d'un projet d'article sur les obligations en matière de droits de l'homme de l'État de transit, d'autres ont estimé que ce projet devait être remanié pour éviter de donner l'impression fautive que l'État de transit serait tenu de se conformer à des règles en matière de droits de l'homme s'imposant seulement à l'État expulsant. La même question a été soulevée au sein du Comité de rédaction et, pour y répondre, ce dernier a reformulé le projet d'article de manière à ce qu'il mentionne spécifiquement les obligations de l'État de transit en vertu du droit international. Le commentaire précisera que ce membre de phrase vise à englober aussi bien les obligations de l'État de transit au titre d'un traité auquel il est partie que celles découlant d'une règle du droit international général.

90. La quatrième partie (Règles spécifiques de procédure) comprend les projets d'articles 26 à 28. Le projet d'article 26 est intitulé «Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion». Dans son sixième rapport¹⁰⁸, le Rapporteur spécial proposait initialement qu'une liste des droits procéduraux applicables à l'expulsion d'un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant figure dans les projets d'articles A1 et C1 mais que la question de savoir si l'État expulsant accordait le bénéfice de l'ensemble ou de certains seulement de ces droits procéduraux à un étranger se trouvant illégalement sur son territoire soit laissée à l'appréciation dudit État. À la soixante-deuxième session de la Commission, divers membres ont déclaré que certains droits procéduraux devaient également être reconnus à l'étranger se trouvant illégalement sur le territoire de l'État expulsant¹⁰⁹. Le Rapporteur spécial a entrepris de faire écho à ces préoccupations en soumettant au cours de la même session une version révisée du projet d'article A1¹¹⁰ prévoyant la possibilité d'appliquer certains droits procéduraux à un étranger qui, bien qu'il se trouve en situation irrégulière dans l'État expulsant, y jouit d'un statut particulier ou y séjourne depuis un certain temps, six mois par exemple. La Commission a ensuite renvoyé le projet d'article C1, ainsi que le projet d'article A1, au Comité de rédaction.

91. Le Comité de rédaction s'est livré à un examen approfondi de la question des droits procéduraux de l'étranger objet d'une expulsion. Une discussion préliminaire a eu lieu sur une question d'ordre terminologique, celle de savoir si le projet d'article devait parler de droits procéduraux ou de garanties procédurales. Certains membres du Comité de rédaction ont noté que certains systèmes juridiques établissaient une distinction entre les droits procéduraux *stricto sensu* et les autres garanties d'ordre procédural. Le Comité a finalement décidé de conserver dans le projet d'article 26 l'expression «droits procéduraux» en lui donnant un sens générique. En outre, à l'issue d'une discussion approfondie sur l'approche générale devant être adoptée pour énoncer les droits procéduraux, les membres du Comité se sont exprimés dans leur majorité en faveur d'une énumération dans le paragraphe 1 du projet d'article des droits procéduraux s'appliquant aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, comme aux étrangers s'y trouvant illégalement, en prévoyant la possibilité d'une exception au paragraphe 4 – pour les étrangers qui se trouvent illégalement sur le territoire de l'État expulsant depuis moins de six mois.

92. S'agissant des différents droits énumérés au paragraphe 1, le Comité de rédaction a considéré que le «droit d'être entendu par une autorité compétente», tel qu'énoncé à l'alinéa c du paragraphe 1, était primordial pour permettre l'exercice par l'étranger de son droit de contester la décision d'expulsion, prévu par l'alinéa b du paragraphe 1, et que ce point devait être souligné par le commentaire. Le contenu et la formulation exacte du droit d'être entendu ont fait l'objet de discussions. La

¹⁰⁵ Ibid., p. 137 et 138, par. 120 à 125.

¹⁰⁶ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 165, par. 134.

¹⁰⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 147, par. 219, note 565.

¹⁰⁸ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2.

¹⁰⁹ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 169, par. 163 et 164; les projets d'articles A1 et C1 sont reproduits *ibid.*, p. 167, notes 1292 et 1294.

¹¹⁰ Ibid., p. 171, par. 179, note 1300.

version anglaise de cet alinéa, tel qu'initialement renvoyé au Comité de rédaction, employait l'expression *right to a hearing*; le Comité de rédaction a cependant noté que ce libellé pouvait être interprété comme impliquant le droit à bénéficier d'une procédure orale, lequel n'était pas nécessairement reconnu par le droit international dans le contexte de la procédure d'expulsion. Il a donc opté pour une formulation plus neutre, *right to be heard*, mettant ainsi le texte anglais en conformité avec le texte original français, qui emploie l'expression «droit d'être entendu». Le commentaire indiquera qu'en vertu du droit international le «droit d'être entendu» n'implique pas nécessairement le droit à bénéficier d'une procédure orale, eu égard à l'absence de pratique uniforme des États en la matière.

93. Concernant l'alinéa *d* du paragraphe 1, sur le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion, le Comité de rédaction a considéré que la référence au principe de non-discrimination figurant dans le texte proposé initialement par le Rapporteur spécial pouvait être retirée du texte du projet d'article pour être, le cas échéant, reprise dans le commentaire.

94. L'alinéa *e* du paragraphe 1 renvoie au droit de se faire représenter devant l'autorité compétente. Le Comité de rédaction a opté pour cette formulation générale plutôt que pour l'expression «le droit à un conseil» proposée initialement par le Rapporteur spécial, faisant valoir que, dans le contexte de la procédure d'expulsion, le droit d'être représenté n'entraînait pas, d'après le droit international, le droit à être représenté par un avocat. En outre, la formulation adoptée par le Comité est conforme à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

95. Plusieurs membres du Comité de rédaction ont estimé que le droit de l'étranger de se faire assister gratuitement d'un interprète (par. 1 *f*), s'il ou elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente, constituait un élément essentiel du droit d'être entendu (par. 1 *c*) et était également pertinent au regard des droits procéduraux énoncés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1. Le libellé de l'alinéa *f* du paragraphe 1 correspondait à celui employé en relation avec la procédure pénale dans l'alinéa *f* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Comité a estimé que, dans l'hypothèse évoquée à l'alinéa *f* du paragraphe 1, l'assistance d'un interprète devait être gratuite afin de garantir l'exercice effectif par l'étranger concerné des autres droits procéduraux dont il bénéficiait. Dans ce cadre, l'étranger devait indiquer à l'autorité compétente la ou les langues qu'il ou elle comprenait. Selon le Comité de rédaction, le droit de l'étranger de se faire assister gratuitement d'un interprète n'emporte pas le droit de recevoir la traduction écrite des documents, lesquels peuvent représenter des volumes importants. Toutes ces questions seront évoquées dans le commentaire accompagnant ce projet d'article.

96. Le Comité de rédaction a examiné minutieusement la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter le droit à l'aide juridictionnelle à la liste des droits procéduraux. Certains membres ont fait observer que seuls certains systèmes juridiques internes prévoyaient ce droit et qu'il était

subordonné aux conditions posées par la législation pertinente. Le Comité de rédaction a donc décidé de supprimer l'alinéa consacré à l'aide juridictionnelle, étant entendu qu'il serait fait référence à la présence éventuelle d'un tel droit dans la législation nationale de l'État expulsant dans le commentaire du paragraphe 2 du projet d'article.

97. Le paragraphe 2 du projet d'article 26 dispose que les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit. Le commentaire indiquera que, si la clause «sans préjudice» renvoie en premier lieu aux droits procéduraux reconnus par le droit interne de l'État expulsant, elle s'applique également à tous autres droits procéduraux éventuellement reconnus par les règles en vigueur du droit international.

98. Le paragraphe 3 du projet d'article 26 porte sur l'assistance consulaire. Le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial mentionnait le «droit à la protection consulaire» parmi les droits procéduraux dont bénéficie l'étranger objet d'une expulsion. Le Comité de rédaction a néanmoins considéré qu'il était préférable de traiter de cette question dans un paragraphe distinct, afin de préciser les effets juridiques de ce droit, tout en reconnaissant le rôle joué par l'assistance consulaire pour garantir le respect d'autres droits.

99. Le détail de la formulation du paragraphe 3 a fait l'objet de discussions au sein du Comité de rédaction. Certains membres étaient d'avis que la référence initiale à un «droit à la protection consulaire» était inappropriée car ce droit n'était pas reconnu en droit international. Il a été noté que, si le droit à la protection ou à l'assistance consulaire était reconnu par certains systèmes juridiques internes, l'État de nationalité d'un étranger objet d'une expulsion demeurerait libre, en vertu du droit international, de décider d'octroyer à cet étranger une telle protection ou assistance. Certains membres ont néanmoins fait observer que, conformément à l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, l'étranger objet d'une expulsion bénéficiait de certains droits en matière de communication avec les fonctionnaires consulaires de son État de nationalité ainsi que de la possibilité de se rendre auprès d'eux. Ayant à l'esprit ces considérations, le Comité de rédaction a décidé de reformuler le paragraphe 3 pour y faire figurer à la fois le droit de l'étranger «de demander l'assistance consulaire» et l'obligation de l'État expulsant de ne pas empêcher l'exercice de ce droit, et, le cas échéant, l'octroi de cette assistance. Le terme «assistance consulaire» au paragraphe 3 doit s'entendre comme renvoyant à toute assistance que l'État de nationalité de l'étranger objet de l'expulsion souhaite octroyer à cet étranger conformément aux règles du droit international régissant les relations consulaires. Le commentaire fera référence aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, notamment à son article 5 portant définition des fonctions consulaires, et à son article 36 relatif à la communication et au contact avec les ressortissants de l'État d'envoi. Le cas des étrangers incarcérés, prévu par le paragraphe 1, alinéas *b* et *c*, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, fera également l'objet d'une mention particulière. Le commentaire précisera en outre que le projet d'article ne vise pas le droit à l'assistance

consulaire pouvant être invoqué par l'étranger objet d'une expulsion vis-à-vis de son État de nationalité en vertu du droit interne de cet État.

100. Le paragraphe 4 du projet d'article 26 traite du cas particulier des étrangers se trouvant illégalement sur le territoire de l'État expulsant depuis moins de six mois. Il est libellé sous la forme d'une clause « sans préjudice », réservant l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion de ces étrangers. Certains membres du Comité de rédaction ont douté de l'intérêt de fixer un délai dans ce cadre et l'on a fait remarquer de plus qu'un noyau minimal de droits procéduraux devait s'appliquer à tous les étrangers sans exception. En outre, il a été suggéré que le degré d'intégration de l'étranger sur différents plans (sociaux, économiques, professionnels ou familiaux) soit également pris en compte pour apprécier la mesure dans laquelle l'État expulsant doit accorder certains droits procéduraux à un étranger illégalement présent sur son territoire. Cependant, le Comité de rédaction a finalement estimé qu'un critère fondé sur le niveau d'intégration serait difficile à mettre en œuvre et a donc choisi de lui substituer une durée objective de présence de l'étranger sur le territoire de l'État expulsant. Une période de six mois a été jugée raisonnable, notamment parce que la législation de certains États comporte des règles de procédure relatives à l'expulsion prévoyant une telle durée.

101. En ce qui concerne le projet d'article 27 (Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion), le Rapporteur spécial n'avait pas proposé de projet d'article sur ce sujet, considérant que la pratique des États ne présentait pas une convergence suffisante pour permettre de formuler une telle disposition, fût-ce au titre du développement progressif du droit international. Au cours du débat en séance plénière tenu à la soixante-troisième session¹¹¹, certains membres de la Commission ont souscrit aux vues du Rapporteur spécial quant à l'absence de règle de droit international imposant à l'État expulsant d'accorder un effet suspensif à un recours contre la décision d'expulsion. D'autres membres ont néanmoins estimé que la Commission devait élaborer, fût-ce à titre du développement progressif, un projet d'article prévoyant l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent. Certains membres ont souligné qu'à défaut d'effet suspensif un recours contre une décision d'expulsion ne serait pas effectif, car il était probable qu'un étranger ayant dû quitter le territoire de l'État expulsant se heurte à des difficultés économiques l'empêchant d'y retourner. Selon un autre avis, la Commission devait reconnaître, à titre de *lex lata*, l'effet suspensif d'un recours par lequel l'intéressé pouvait raisonnablement invoquer un risque de torture ou de mauvais traitements dans l'État de destination.

102. En réponse à certaines de ces préoccupations, le Rapporteur spécial a soumis au Comité de rédaction, au titre du développement progressif, un nouveau projet d'article traitant de l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion. Ce texte distinguait le cas dans lequel l'étranger se trouve légalement sur le territoire de l'État expulsant de celui dans lequel il s'y trouve illégalement. Selon cette proposition, l'effet suspensif du recours

serait reconnu dans le cas où il a été formé par un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant et éventuellement par un étranger s'y trouvant illégalement mais satisfaisant à certaines conditions supplémentaires, telles qu'une durée minimale de séjour ou un degré minimal d'insertion sociale dans le pays.

103. À l'issue d'une longue discussion, le Comité a opté pour un projet d'article reconnaissant un effet suspensif au seul recours formé par un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant. Le commentaire indiquera que, même dans ces cas de figure, l'effet suspensif est reconnu dans le projet d'article au titre du développement progressif, du fait que la pratique des États en la matière n'est ni constante ni uniforme. Le commentaire signalera également que certains membres de la Commission souhaitaient que le projet d'article étende cette protection à certaines catégories d'étrangers qui, s'ils se trouvaient illégalement présents sur le territoire de l'État expulsant, y séjournaient depuis un certain temps ou satisfaisaient à d'autres conditions restant à définir.

104. Le projet d'article 28 (Procédures de recours individuel) est nouveau. Au cours du débat tenu à la soixante-troisième session de la Commission sur le projet d'article relatif à la protection diplomatique proposé par le Rapporteur spécial, divers membres ont suggéré de mentionner les mécanismes de plainte individuels dont bénéficie un étranger expulsé en vertu des traités relatifs à la protection des droits de l'homme, dans un projet d'article séparé ou moyennant l'introduction d'une clause « sans préjudice » dans le projet d'article proposé¹¹². En réponse à ces préoccupations, le Rapporteur spécial a soumis au Comité de rédaction le texte d'une clause « sans préjudice » en proposant l'ajout d'un paragraphe au projet d'article sur la protection diplomatique. Au cours des discussions sur ce point au sein du Comité de rédaction, deux solutions ont été envisagées : soit un projet d'article unique couvrant, dans deux paragraphes distincts, la protection diplomatique et le recours individuel devant une instance internationale compétente ; soit deux projets d'articles, traitant chacun de l'une de ces questions. Après un examen minutieux de cette alternative, le Comité de rédaction a opté pour la seconde solution, décidant qu'un projet d'article distinct devait porter sur la question du recours individuel devant une instance internationale compétente et qu'il devait être inséré à la fin de la quatrième partie, consacrée aux règles de procédure. En outre, le Comité de rédaction a jugé préférable de ne pas donner à ce projet d'article la forme d'une clause « sans préjudice » mais d'un rappel du fait qu'un étranger objet d'une expulsion devait avoir accès à toute procédure existant lui permettant d'exercer un recours individuel devant une instance internationale compétente.

105. Le PRÉSIDENT indique que la Commission achèvera l'examen du rapport du Comité de rédaction au cours de la séance plénière suivante.

La séance est levée à 13 heures.

¹¹¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 152, par. 255 à 257.

¹¹² *Ibid.*, p. 151, par. 251 et 252 ; le projet d'article J1 est reproduit *ibid.*, p. 148, par. 223, note 570.

3135^e SÉANCE

Mardi 29 mai 2012, à 15 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

**Expulsion des étrangers (fin) [A/CN.4/650
et Add.1, sect. B, A/CN.4/651 et A/CN.4/L.797]**

[Point 2 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION (fin)

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à poursuivre la présentation du rapport du Comité de rédaction sur le sujet «Expulsion des étrangers» (A/CN.4/L.797).

2. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) aborde la cinquième partie du projet d'articles, intitulée «Conséquences juridiques de l'expulsion» qui comprend les projets d'articles 29 à 32.

3. Le projet d'article 29 s'intitule à présent «Réadmission dans l'État expulsant». Il convient de rappeler que le projet d'article initialement proposé par le Rapporteur spécial, intitulé «Droit au retour dans l'État expulsant», a soulevé quelques inquiétudes au cours du débat à la Commission en 2011¹¹³. En particulier, plusieurs membres ont estimé que le projet d'article était trop large, dans la mesure où il reconnaissait un droit de retour en cas d'expulsion illicite, que la présence de l'étranger sur le territoire de l'État expulsant soit elle-même licite ou non, et quelle que soit la raison pour laquelle l'expulsion devait être considérée comme illicite.

4. La question de savoir s'il convenait d'énoncer dans le projet d'articles un droit de réadmission en cas d'expulsion illicite a suscité un débat au Comité de rédaction. Certains estimaient que la reconnaissance d'un tel droit irait trop loin et serait en outre discutable *de lege ferenda*. Pour d'autres, les règles de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹¹⁴, auxquelles renvoyait la clause «sans préjudice» du projet d'article 31, et en particulier les règles applicables à la réparation, notamment, le cas échéant, la *restitutio in integrum*, apportaient déjà une solution adaptée et il était donc inutile d'examiner la question de la réadmission en cas d'expulsion illicite dans

la perspective d'un droit individuel de l'étranger expulsé. Le Comité de rédaction a finalement décidé de consacrer un projet d'article distinct à cette question.

5. Le Comité de rédaction a travaillé à partir d'un texte révisé, présenté par le Rapporteur spécial pour apaiser les préoccupations soulevées par le projet d'article initial au cours du débat en séance plénière. Le Rapporteur spécial a proposé que le champ d'application du projet d'article soit restreint de manière à limiter le droit de retour aux expulsions illicites d'étrangers qui étaient légalement présents sur le territoire de l'État expulsant. Par ailleurs, compte tenu du fait qu'un certain nombre d'États avaient émis des doutes quant à l'existence d'un droit de retour automatique dans l'État expulsant, le Rapporteur spécial a proposé au Comité de rédaction de remplacer le terme «retour» par «réadmission». Ces propositions ont été bien reçues par le Comité qui a estimé en revanche qu'il aurait été difficile de limiter la reconnaissance d'un droit de réadmission aux cas où la décision d'expulsion avait violé une règle juridique de fond par opposition à une règle de procédure, étant donné que les unes et les autres sont très souvent interdépendantes et difficiles à distinguer.

6. À l'issue d'un débat approfondi, le Comité de rédaction a retenu une formulation qui lui a semblé suffisamment prudente, dans la mesure où elle ne couvre que les étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant et ne reconnaît un droit de réadmission dans l'État expulsant que s'il est établi par une autorité compétente que l'expulsion était illicite, sauf si la réadmission constitue une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou si l'étranger ne remplit plus les conditions d'admission d'après le droit de l'État expulsant. Cela étant, le Comité a formulé ce projet d'article dans la perspective du développement progressif du droit international en la matière plutôt que d'une codification des règles existantes.

7. L'expression «expulsion illicite» employée dans le projet d'article vise toute expulsion contraire à une règle de droit international. Elle doit toutefois être comprise à la lumière du principe énoncé à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et réaffirmé dans le projet d'article 4, selon lequel un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi, c'est-à-dire, en tout premier lieu, au droit interne de l'État expulsant. Ce point sera précisé dans le commentaire.

8. La reconnaissance d'un droit de réadmission en vertu du projet d'article 29 est limitée aux cas dans lesquels le caractère illicite de l'expulsion a donné lieu à une décision contraignante, de la part soit des autorités de l'État expulsant, soit d'un organe international compétent, par exemple une cour ou un tribunal. À cet égard, le membre de phrase «sur la base de l'acte d'annulation de la décision d'expulsion» qui figurait dans le texte du projet d'article adressé au Comité de rédaction, a été jugé trop restrictif. Le Comité a estimé qu'il n'aurait pas été approprié de subordonner le droit de réadmission de l'étranger à une annulation de la décision d'expulsion qui ne peut normalement être prononcée que par une autorité de l'État expulsant. En outre, la formulation retenue par le Comité

¹¹³ *Annuaire...* 2011, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 247 à 249; le projet d'article H1 est reproduit *ibid.*, p. 148, par. 222, note 568.

¹¹⁴ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

de rédaction couvre également les cas dans lesquels l'expulsion illicite ne résulte pas de l'adoption d'une décision officielle (cas envisagés dans le projet d'article 11 sur l'interdiction de l'expulsion déguisée). Ces différents aspects seront précisés dans le commentaire.

9. Le projet d'article 29 ne devrait pas être interprété comme conférant aux décisions prises par des organes internationaux des effets autres que ceux prévus dans les instruments constitutifs desdits organes. Il reconnaît uniquement, au titre du développement progressif, un droit autonome de l'étranger d'être réadmis à la suite d'une décision constatant le caractère illicite de son expulsion, prononcée par une autorité nationale ou internationale compétente.

10. Comme cela est clairement indiqué dans le projet d'article, l'État expulsant conserve le droit de refuser la réadmission lorsqu'elle constitue une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou lorsque l'étranger ne remplit plus les conditions d'admission d'après le droit de l'État expulsant. Le Comité de rédaction a estimé qu'il était nécessaire de reconnaître ces exceptions afin de maintenir un équilibre entre les droits de l'étranger illégalement expulsé et le pouvoir de l'État expulsant de contrôler l'entrée de tout étranger sur son territoire conformément à sa législation en matière d'immigration. Le dernier membre de phrase du projet d'article tient également compte du fait que, dans certains cas, les circonstances ayant justifié l'octroi d'un permis d'entrée ou de séjour à l'étranger peuvent ne plus exister. Toutefois, lorsqu'il se prononce sur la réadmission, l'État expulsant doit être de bonne foi; par exemple, il ne devrait pas être autorisé à invoquer une disposition législative interne qui ferait de la simple existence d'une décision d'expulsion un motif de s'opposer à la réadmission. Une telle limitation est clairement évoquée au paragraphe 2 du projet d'article, aux termes duquel «[e]n aucun cas la décision d'expulsion illicite antérieurement adoptée ne sera invoquée pour empêcher la réadmission de l'étranger». Le commentaire mettra l'accent sur ce point et fera référence au paragraphe 5 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, sur lequel se fonde le texte du paragraphe 2 du projet d'article 29.

11. Enfin, il conviendra d'indiquer dans le commentaire que le projet d'article 29 est sans préjudice du régime juridique de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, évoqué dans le projet d'article 31, notamment des règles régissant les différentes formes de réparation.

12. Le projet d'article 30 s'intitule à présent «Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion». Comme indiqué précédemment, le texte du paragraphe 1 du projet d'article initialement proposé par le Rapporteur spécial, qui interdisait l'expulsion à des fins de confiscation de biens, a été déplacé dans la deuxième partie du projet d'articles où il est devenu le projet d'article 12.

13. Par conséquent, le projet d'article 30 tel que provisoirement adopté par le Comité de rédaction ne comprend que le paragraphe 2 du projet d'article initial. Le Comité de rédaction a examiné une proposition faite en séance plénière en 2011, qui tendait à remplacer le terme «biens»

par «droits de propriété»¹¹⁵. Après un examen attentif, il a toutefois jugé préférable de conserver la référence générale aux «biens» et d'éviter de se référer aux «droits de propriété», notion qui demeurerait controversée dans le droit des droits de l'homme. Le texte provisoirement adopté par le Comité de rédaction est largement fondé sur celui initialement proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction a toutefois jugé opportun de renforcer la formulation de l'obligation générale en question en remplaçant le verbe «protège» par «prend les mesures nécessaires pour protéger». Il a décidé en outre de remplacer l'expression «dans toute la mesure du possible», qui apparaissait entre crochets dans le texte initial, par «conformément à la loi». Le Comité de rédaction a estimé en effet que la première expression, qui avait été critiquée par plusieurs membres de la Commission ainsi que par plusieurs États, risquait d'avoir pour effet d'affaiblir indûment la protection, tandis que l'expression «conformément à la loi» permettait de traiter de manière satisfaisante les cas dans lesquels l'État expulsant pouvait avoir un intérêt légitime à limiter la possibilité pour l'étranger de disposer de ses biens; entrent dans ce cas de figure, par exemple, les restrictions susceptibles de s'appliquer à la disposition de biens acquis illégalement, notamment des biens qui seraient le produit d'activités criminelles ou d'autres activités illicites. Le commentaire abordera ce point et apportera des précisions sur la référence au fait qu'il devrait être possible de disposer librement des biens, même de l'extérieur du territoire. Par ailleurs, sur recommandation du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a décidé de supprimer le dernier membre de phrase du texte initial, qui évoquait l'obligation de restituer ses biens à l'étranger expulsé, à sa demande ou à celle de ses héritiers ou de ses ayants droit. Il souhaitait ainsi tenir compte des préoccupations exprimées lors du débat en séance plénière en 2011 et réaffirmées au sein du Comité lui-même. Certains avaient relevé, en particulier, que l'obligation de restituer ses biens à l'étranger était incompatible avec le droit de l'État expulsant de déposséder un étranger de ses biens tant que les garanties internationales (en particulier le versement d'une indemnisation adéquate) étaient respectées. De surcroît, des formes de réparation autres que la restitution pouvaient également être mises en œuvre en cas de perte ou de destruction des biens d'un étranger. Pour le moment, le projet d'article 30 figure dans la cinquième partie du projet d'articles, intitulée «Conséquences juridiques de l'expulsion». Toutefois, la Commission voudra peut-être envisager de le déplacer dans le chapitre II de la troisième partie, après le projet d'article 20.

14. Le projet d'article 31 s'intitule à présent «Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite». L'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition renvoyant au régime juridique de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, proposée par le Rapporteur spécial dans l'additif 2 à son sixième rapport¹¹⁶, a été largement approuvée par la Commission. La formulation initiale évoquait, dans ce contexte, les «conséquences juridiques» d'une expulsion illicite, mais le Rapporteur spécial a présenté au Comité de rédaction une version révisée du

¹¹⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 150 et 151, par. 244; Le projet d'article G1 est reproduit, *ibid.*, p. 148, par. 221, note 567.

¹¹⁶ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2; le projet d'article I1 est reproduit dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 148, par. 223, note 569.

projet d'article, qui faisait directement référence au fait que l'État expulsant engageait sa responsabilité internationale en cas d'expulsion illicite. Le texte du projet d'article tel que provisoirement adopté par le Comité de rédaction prévoit que la responsabilité internationale de l'État expulsant est engagée en cas d'expulsion en violation d'obligations internationales. Comme indiqué dans le projet d'article 31, de telles obligations peuvent découler du projet d'articles ou de toute autre règle de droit international. Le commentaire du projet d'article 31 abordera la question de l'obligation de réparation comme conséquence de la responsabilité internationale de l'État expulsant en cas d'expulsion illicite.

15. Enfin, le projet d'article 32, intitulé «Protection diplomatique» tel qu'initialement proposé, énonce le droit de l'État de nationalité de l'étranger objet de l'expulsion d'exercer la protection diplomatique à l'égard dudit étranger. Hormis quelques modifications rédactionnelles mineures, le texte retenu par le Comité de rédaction correspond à celui initialement proposé par le Rapporteur spécial. Ce projet d'article doit être interprété comme une référence générale à l'institution juridique de la protection diplomatique, institution bien établie en droit international. Les conditions et modalités générales de l'exercice de la protection diplomatique conformément au droit international s'appliquent à la protection exercée par l'État de nationalité à l'égard d'un étranger visé par une décision d'expulsion. Le commentaire précisera ce point et fera également référence aux articles sur la protection diplomatique adoptés par la Commission en 2006¹¹⁷, dont le texte est joint en annexe à la résolution 62/67 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, ainsi qu'à la jurisprudence pertinente.

16. M. SABOIA rappelle que, dans son troisième rapport¹¹⁸, le Rapporteur spécial avait proposé un projet d'article 4 intitulé «Non-expulsion par un État de son propre ressortissant». Le projet avait été globalement bien accueilli en séance plénière et renvoyé au Comité de rédaction¹¹⁹, mais, malheureusement, celui-ci n'était pas parvenu à se mettre d'accord à son sujet et avait décidé de ne pas le retenir dans son rapport à la Commission. L'argument invoqué était que le sujet à l'examen était l'expulsion des étrangers alors que le projet d'article proposé impliquait d'aborder des questions touchant au droit des États d'établir des règles en matière de nationalité.

17. Selon M. Saboia, une telle disposition ne compromettrait en rien les droits des États. En revanche, en l'excluant, la Commission se prive de la possibilité de suivre la voie ouverte par d'importants instruments, tant universels que régionaux, relatifs aux droits de l'homme. Elle s'interdit en outre de contribuer à la codification et au développement progressif du droit international dans un domaine où les droits individuels sont fréquemment violés. Or, dans ce domaine comme dans d'autres, la Commission doit s'attacher à préserver l'équilibre entre le droit des États et celui des individus. À la lumière des recherches approfondies menées par le Rapporteur spécial,

consignées pour l'essentiel aux paragraphes 34 à 39 de son troisième rapport, on ne peut que conclure que l'interdiction d'expulser ses propres ressortissants doit être considérée comme un corollaire des dispositions figurant à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article VIII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Bogotá, mars 1948)¹²⁰ et à l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, entre autres.

18. En outre, comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 39 de son troisième rapport,

[a]u regard de l'abondante pratique tant nationale qu'internationale [...] et d'une opinion doctrinale aussi ancienne que largement majoritaire à ce sujet, il y a lieu d'être pour le moins réservé face à l'affirmation selon laquelle : «il n'existe pas de règle générale de droit international coutumier qui interdise l'expulsion de nationaux»¹²¹.

Cette observation laisse entendre que, pour le Rapporteur spécial, il existe au moins quelque motif de penser que l'interdiction d'expulser ses propres nationaux est suffisamment ancrée dans la pratique pour être considérée comme une règle coutumière de droit international.

19. M. Saboia tient d'ailleurs à attirer l'attention de la Commission sur le fait que le Comité de rédaction a pris une décision sur une importante question de fond, qui aurait dû être renvoyée en principe à la séance plénière. Sans vouloir rouvrir le débat sur ce sujet, il tient néanmoins à ce que sa conviction que le droit international interdit à un État d'expulser ses propres ressortissants soit consignée au procès-verbal. Il tient à cet égard à remercier le Rapporteur spécial d'avoir proposé au Comité de rédaction un projet de texte, l'actuel projet d'article 9 (Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion) qui permet à tout le moins de conserver certains éléments d'une règle générale interdisant l'expulsion de ses propres nationaux.

20. En conclusion, M. Saboia dit qu'il approuve globalement les projets d'article adoptés par le Comité de rédaction.

21. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à adopter les projets d'articles 1 à 32 provisoirement adoptés en première lecture par le Comité de rédaction, qui sont reproduits dans le document publié sous la cote A/CN.4/L.797.

PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet d'article 1. Champ d'application

22. M. GEVORGIAN dit qu'il souhaite réserver sa position quant au paragraphe 1 car il ne peut se prononcer sur l'opportunité de traiter la question de la présence légale ou illégale d'un étranger sur le territoire d'un État qu'en fonction de la solution que la Commission apportera à un ensemble d'autres questions qui se posent dans un certain nombre d'autres projets d'article.

Le projet d'article 1 est adopté, sous réserve de l'observation de M. Gevorgian.

¹¹⁷ Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), chap. IV, p. 22 et suiv., par. 49 et 50.

¹¹⁸ *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581.

¹¹⁹ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 62, par. 188, et p. 66 et 67, par. 226 à 232; le projet d'article 4 est reproduit *ibid.*, p. 63, par. 197, note 322.

¹²⁰ www.cidh.oas.org/Basicos/French/b.declaration.htm.

¹²¹ *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581, p. 124.

Projet d'article 2. Définitions

Le projet d'article 2 est adopté.

Projet d'article 3. Droit d'expulsion

23. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'elle transmettra au Secrétariat quelques modifications d'ordre rédactionnel concernant la version espagnole de ce projet d'article.

24. M. GEVORGIAN dit que le texte russe du projet d'article ne correspond pas parfaitement à l'anglais et qu'il apportera lui aussi quelques modifications rédactionnelles. Cela étant, le fond même du projet d'article lui inspire quelques doutes. À propos du membre de phrase «L'expulsion doit se faire dans le respect du présent projet d'articles ainsi que des autres règles applicables de droit international», il se demande si une telle formulation est appropriée, et si la décision d'expulsion ne doit pas plutôt être prise conformément au droit interne, qui doit lui-même être conforme au droit international.

25. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction a décidé par principe de se référer au droit international. En effet, si l'on peut présumer qu'en règle générale toute décision d'expulsion doit être prise conformément au droit interne, il peut cependant arriver que celui-ci ne soit pas conforme au droit international. Il a donc été décidé de préciser, à titre de précaution, que la procédure d'expulsion doit être conforme au droit international pour tenir compte de l'hypothèse où le droit interne ne respecterait pas les dispositions du droit international.

Le projet d'article 3 est adopté, sous réserve des observations ci-dessus.

Projet d'article 4. Obligation de conformité à la loi

Le projet d'article 4 est adopté.

Projet d'article 5. Motifs d'expulsion

Le projet d'article 5 est adopté.

DEUXIÈME PARTIE. CAS D'EXPULSIONS INTERDITES

Projet d'article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés

26. M. MURPHY souhaite aborder certains points que lui-même et d'autres membres de la Commission avaient évoqués en séance plénière et qui n'ont pas pu être examinés par le Comité de rédaction. Il s'intéressera en particulier au paragraphe 2 du projet d'article 6.

27. Tout d'abord, le projet d'articles ne définit nulle part le terme «réfugié» et l'on ne saurait donc dire s'il couvre les «réfugiés» au sens de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 ou au sens du Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967 qui a profondément modifié la définition donnée dans la Convention. La définition de ce terme a également été modifiée par des instruments régionaux en Afrique et en Amérique latine, essentiellement pour inclure des personnes qui avaient fui la guerre ou d'autres violences dans leur pays d'origine. Il s'agit notamment de la Convention de l'Organisation de l'Unité

africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, de 1969, et de la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés¹²², adoptée en 1984. M. Murphy croit comprendre qu'il sera précisé dans le commentaire que le sens du terme «réfugié» est celui retenu dans la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, telle que modifiée par le Protocole de 1967, et non dans les instruments régionaux.

28. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 n'est pas conforme à la Convention de 1951, dont l'article 32 prévoit que les États contractants «n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public». Les réfugiés se trouvant *irrégulièrement* sur le territoire d'un État contractant n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 32, bien qu'ils soient protégés par d'autres articles de la Convention, en particulier les articles 31 (Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil) et 33 (Défense d'expulsion et de refoulement). Les travaux préparatoires confirment que les auteurs de ce qui allait devenir l'article 32 souhaitaient que la limitation de l'expulsion s'applique uniquement aux réfugiés qui avaient été légalement admis. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne tient aucun compte de la formulation expresse de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés ni de l'intention de ses rédacteurs.

29. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne reflète pas la *lex lata* et rien dans le rapport du Rapporteur spécial n'indique qu'il existe suffisamment de pratique étatique à l'appui de cette disposition. Tout au mieux peut-elle être considérée comme une tentative de développement progressif du droit. Toutefois, le paragraphe en question ne constitue pas une progression mais plutôt une régression, dans la mesure où il affaiblit la portée du membre de phrase «un réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire». Celui-ci a été délibérément choisi par les rédacteurs de la Convention de 1951 pour éviter de donner à penser qu'il y avait une exigence de résidence ou de domicile. Les rédacteurs ont ainsi écarté l'expression communément utilisée dans la tradition juridique française («résidant régulièrement») qui leur paraissait trop restrictive. L'expression «se trouvant régulièrement sur son territoire» se veut beaucoup plus large, puisqu'elle peut s'appliquer à une personne dont la présence sur le territoire n'a duré que quelques heures.

30. La Commission semble présumer, au paragraphe 2 du projet d'article 6, que le membre de phrase «se trouvant régulièrement sur leur territoire» est trop restrictif et que ledit paragraphe permet d'y remédier. Or, ce libellé n'est pas restrictif et on ne contribue guère à l'améliorer en envisageant également la situation inverse. En particulier, si la Commission indique dans le commentaire que ce membre de phrase ne vise que les personnes auxquelles l'État en question a accordé le statut de réfugié, elle s'écartera radicalement du sens qui lui est donné

¹²² Adoptée au Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et à Panama : problèmes juridiques et humanitaires, tenu à Carthagène (Colombie) du 19 au 22 novembre 1984; les conclusions de la déclaration figurent dans OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10, rev.1, Assemblée générale de l'OEA, quinzième session ordinaire (1985), résolution adoptée par la Commission générale à sa cinquième session, le 7 décembre 1985.

dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Même si d'autres membres en disconviennent et insistent sur le fait que le paragraphe 2 relève du développement progressif, nul ne peut contester que, par ce paragraphe, la Commission affirme que la Convention est défectueuse, ou du moins inappropriée, et que l'article 32 de la Convention est mal rédigé et doit être corrigé, et ce, alors que ni la pratique des États ni la doctrine ne révèlent le moindre problème dans l'application de cet article. Qui plus est, la Commission affirme que l'article 32 doit être corrigé dans un sens qui n'est pas compatible avec l'approche adoptée par les États lorsqu'ils promulguent une loi nationale conformément au paragraphe 2 du projet d'article 6. Aux paragraphes 73 et 74 de son troisième rapport¹²³, le Rapporteur spécial a noté que certains États se sont dotés de lois consacrant des droits tels que celui qui est envisagé au paragraphe 2, mais aussi que ce droit est assorti de restrictions – en France, par exemple, il ne s'applique pas dans le cas où la demande de statut de réfugié faite par un étranger a pour seul objet de faire échec à une mesure d'éloignement. Enfin, il serait plutôt étonnant de voir la Commission affirmer que la Convention relative au statut des réfugiés doit être corrigée ou est inappropriée. Cette convention établit un régime conventionnel multilatéral efficace auquel 145 États sont parties. Il ne s'agit nullement d'un instrument tombé en désuétude et coupé des tendances contemporaines; son application est étroitement surveillée par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) et de nouveaux États y deviennent partie année après année – 12 y ont adhéré depuis le tournant du siècle, le dernier étant Nauru en 2011. À la connaissance de M. Murphy, aucun de ces États n'a indiqué que le libellé de l'article 32 posait question, et les dispositions dudit article n'ont pas été modifiées par les instruments régionaux qui visent à compléter et à mettre en œuvre la Convention de 1951. Les observations faites par des représentants des États à New York à l'automne 2011 montrent que ces États s'inquiètent de ce que la Commission modifie les dispositions d'instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, notamment de la Convention relative au statut des réfugiés. Ainsi, les Pays-Bas ont fait valoir qu'en s'écarter des régimes institués par des instruments tels que cette convention cela «risque de créer des incertitudes quant au régime juridique international s'appliquant dans telle ou telle situation¹²⁴». C'est en vain que M. Murphy a recherché, dans les instruments que la Commission a élaborés par le passé, un cas dans lequel elle aurait cherché à modifier une disposition fondamentale d'un des principaux traités multilatéraux auxquels la plupart des États sont parties. C'est pourquoi il estime que le paragraphe 2 du projet d'article 6 devrait être supprimé, et il espère que cela sera possible en seconde lecture.

31. Les projets d'articles posent un problème qui est connexe mais d'ordre plus général. En effet, la Commission s'y écarte à plusieurs titres des dispositions convenues par les États dans les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme, pas seulement dans la Convention relative au statut des réfugiés, mais aussi dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la

¹²³ *Annuaire...* 2007, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581, p. 130.

¹²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 23^e séance (A/C.6/66/SR.23)*, par. 47.

Convention de 1954 relative au statut des apatrides et dans des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme. Il est peu probable, au vu de ces divergences, que les États accueillent avec satisfaction ou mettent en œuvre le résultat des travaux de la Commission. L'exemple le plus frappant est peut-être le fait que la Commission ne reconnaisse pas aux États la possibilité de déroger à leurs obligations en matière de droits de l'homme en cas de danger public exceptionnel. Nombre des obligations énoncées dans les projets d'article – notamment l'obligation de ne pas expulser les étrangers sauf dans certaines circonstances, les obligations concernant la détention ou celles relatives à la vie familiale – sont tirées de traités qui prévoient la possibilité de déroger à ces obligations en cas de danger public exceptionnel. Nul n'ignore que l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose ce qui suit :

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte [...].

Les États peuvent donc à ce titre déroger notamment aux dispositions de l'article 13 relatif à l'expulsion des étrangers. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) contiennent des dispositions analogues.

32. Ce n'est là qu'un aspect du problème d'ordre plus général. Il est regrettable que la Commission n'indique nulle part dans le projet d'articles que ces dispositions sont sans préjudice de celles contenues dans les principaux instruments multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, qui établissent un équilibre délicat entre les droits des individus et les droits des États. Peut-être considère-t-on que les dispositions du projet d'article 3 laissent intacts les droits et obligations énoncés par les traités existants; si tel est le cas, il faudrait peut-être l'indiquer dans le commentaire. En outre, il est possible que le libellé du projet d'article 8 laisse intacts les droits et obligations énoncés dans les traités existants relatifs aux réfugiés et aux apatrides. Là aussi, si telle est bien l'intention de la Commission, peut-être pourrait-on le préciser dans le commentaire. En revanche, si la Commission a une autre intention dans les projets d'articles 3 et 8, elle sera à juste titre critiquée pour avoir cherché à modifier des instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme auxquels la plupart des États sont parties. M. Murphy espère donc qu'il sera fait état de ces préoccupations dans le commentaire et qu'il sera remédié en seconde lecture aux problèmes exposés.

33. Le PRÉSIDENT, rappelant que les observations des membres ne doivent porter que sur le projet d'article 6, fait valoir qu'il s'agit d'une question d'interprétation et que les dispositions du projet d'article 8 lui semblent propres à apaiser les inquiétudes de M. Murphy. Il souhaite savoir si cette question a fait l'objet d'un débat au sein du Comité de rédaction et si le Président du Comité de rédaction et le Rapporteur spécial ont des observations à faire.

34. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit qu'à sa cinquante-neuvième session la Commission avait

décidé en séance plénière de renvoyer le projet d'article 6 au Comité de rédaction et de conserver, au titre du développement progressif, le paragraphe 2¹²⁵ relatif aux réfugiés se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État et à la protection qui doit leur être accordée. M. Murphy a soulevé des questions de fond, auxquelles il a partiellement répondu en mentionnant le projet d'article 3 et le projet d'article 8, celui-ci ayant précisément pour objet d'indiquer que les règles énoncées dans le projet d'articles sont sans préjudice des dispositions des conventions relatives aux réfugiés et ne portent en rien atteinte aux protections et garanties prévues par les instruments relatifs aux droits de l'homme, notamment celles dont bénéficient les États. Il importe de soumettre le paragraphe 2 à la communauté internationale précisément parce qu'il relève du développement progressif; en effet, si la Commission se bornait à codifier le droit international existant, la moitié de ses travaux aurait un caractère redondant, outre qu'il faudrait modifier son mandat.

35. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il est toujours bien disposé à accueillir les observations des autres membres qui permettent d'améliorer le travail qui a été fait, mais qu'il s'inscrit en faux contre les propos de M. Murphy, dont les assertions sont inexactes. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne contredit en rien l'article 32 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, qui traite des réfugiés en situation régulière, ni son article 31, qui traite de l'expulsion des réfugiés en situation irrégulière. Il essaie de prendre en considération la situation de la pratique internationale telle qu'elle s'est développée depuis 1951 au moins, en y intégrant les instruments juridiques régionaux pertinents, tels que ceux de l'Afrique et de l'Amérique latine, qui ont été adoptés en 1969 et 1985. La plupart de ces conventions ont été adoptées il y a une quarantaine ou une cinquantaine d'années, tout au long desquelles une pratique s'est développée. M. Kamto a fait parvenir ses travaux au HCR et en a discuté avec des membres du personnel de cette organisation, qui sont soucieux de ce que la codification tienne compte de la réalité sur le terrain. En définitive, le paragraphe 2 du projet d'article 6 dit simplement qu'un réfugié qui se trouve irrégulièrement sur le territoire d'un État et a demandé le statut de réfugié ne peut pas être expulsé tant que l'examen de cette demande est en cours – ce qui correspond à la pratique sur le terrain. Bien entendu, on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'une règle coutumière, mais, à tout le moins, on devrait pouvoir convenir qu'il s'agit d'un développement progressif. Il ne s'agit en aucun cas de défaire la Convention de 1951, et il n'est pas vrai que les États qui voudraient y adhérer pourraient trouver un obstacle dans les projets d'articles. M. Murphy n'a peut-être pas le recul nécessaire sur les travaux qui ont été menés jusqu'à présent. Il n'a extrait des rapports de M. Kamto que les passages qui vont dans son sens, alors qu'il faut tenir compte des rapports dans leur totalité et des éléments de la pratique. La Commission plénière a débattu très longuement de ces questions et M. Murphy trouvera dans les comptes rendus relatifs aux travaux des cinq sessions précédentes tous les éléments justifiant l'existence du paragraphe 2 du projet d'article 6, qui correspond aujourd'hui à la pratique sur le terrain de ceux qui s'occupent des réfugiés.

36. M. KITTICHAISAREE nourrit certaines réserves au sujet de l'expression «réfugié se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État» qui figure au paragraphe 2 du projet d'article 6, et propose de remplacer «réfugié» par «étranger». En effet, une fois qu'un étranger a obtenu le statut de réfugié, il se trouve régulièrement sur le territoire de l'État. S'il n'obtient pas ce statut, il n'est pas un «réfugié» au sens strict.

37. Sir Michael WOOD dit que M. Murphy a soulevé un point important au sujet du paragraphe 2 du projet d'article 6. Il convient que le libellé de ce paragraphe pose des problèmes et souscrit aux observations de M. Kittichaisaree, car il trouve lui aussi curieux qu'un étranger soit qualifié de réfugié avant d'avoir obtenu ce statut. Pour autant, il lui semble que ces problèmes pourraient être réglés en seconde lecture ainsi qu'à la lumière des observations qui seront faites à la Sixième Commission plus tard en 2012 ou ultérieurement.

38. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il ne peut pas laisser la Commission dire qu'un réfugié ne saurait se trouver en situation irrégulière sur le territoire d'un État. En effet, contrairement à ce qu'ont indiqué M. Kittichaisaree et Sir Michael, l'article 31 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui s'intitule «Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil» traite précisément de ce cas de figure. Cette notion n'a donc rien de nouveau.

39. Le PRÉSIDENT propose que la Commission adopte le projet d'article 6 en précisant que celui-ci a suscité des divergences d'opinion dont le détail figure dans le compte rendu de la séance.

Il en est ainsi décidé.

Le projet d'article 6 est adopté.

Projet d'article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides

Le projet d'article 7 est adopté.

Projet d'article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides

40. M. PARK, relevant que l'expression anglaise *by law* est traduite en français par «par le droit» ou «par la loi», dit qu'il sait, pour avoir assisté aux séances du Comité de rédaction, que ces termes ont été soigneusement pesés et croit avoir compris que l'un désigne le droit international et le droit national, l'autre uniquement la législation interne. Il souhaite cependant savoir s'il serait possible, en seconde lecture, de dissiper les incertitudes que risquent de faire naître ces termes.

41. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que le commentaire précisera le sens de ces expressions, mais que les termes «par la loi» ne désignent pas uniquement la législation interne.

Le projet d'article 8 est adopté.

Projet d'article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

Le projet d'article 9 est adopté.

¹²⁵ *Annuaire...* 2007, vol. II (2^e partie), p. 67 et 68, par. 235 à 237.

Projet d'article 10. Interdiction de l'expulsion collective

Le projet d'article 10 est adopté.

Projet d'article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée

Le projet d'article 11 est adopté.

Projet d'article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens

Le projet d'article 12 est adopté.

Projet d'article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

Le projet d'article 13 est adopté.

TROISIÈME PARTIE. PROTECTION DES DROITS DES ÉTRANGERS OBJETS DE L'EXPULSION

CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Projet d'article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

Le projet d'article 14 est adopté.

Projet d'article 15. Obligation de non-discrimination

Le projet d'article 15 est adopté.

Projet d'article 16. Personnes vulnérables

Le projet d'article 16 est adopté.

CHAPITRE II. PROTECTION REQUISE DANS L'ÉTAT EXPULSANT

Projet d'article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

Le projet d'article 17 est adopté.

Projet d'article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

42. M. McRAE, relevant que, dans la version anglaise, l'adjectif *inhuman* est mal orthographié puisqu'il manque le «e» final, demande si la Commission est condamnée à répéter l'erreur commise il y a des années dans le titre d'une convention, ou si elle peut la corriger.

43. Sir Michael WOOD n'est pas convaincu qu'il s'agisse d'une erreur et préférerait que ce point soit tranché en seconde lecture.

Il en est ainsi décidé.

Le projet d'article 18 est adopté.

Projet d'article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

44. M. FORTEAU fait observer que, de manière assez surprenante, le projet d'article 19 ne contient aucune règle sur le droit en tant que tel de mettre en détention une personne qui fait l'objet d'une procédure d'expulsion. Il rappelle à cet égard que, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, en particulier, la Cour internationale de Justice a fait deux rapports fondamentaux : elle a tout

d'abord, au paragraphe 77 de son arrêt, considéré que l'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires s'appliquait non seulement aux mesures privatives de liberté prises dans le cadre d'une procédure pénale, mais aussi, en principe, aux mesures privatives de liberté prises dans le cadre d'une procédure administrative, et en particulier d'une procédure d'expulsion. Au paragraphe 82 du même arrêt, la Cour a, en outre, considéré que l'arrestation et la détention visant à permettre l'exécution d'une décision d'expulsion, lorsqu'elles ne reposent sur aucun fondement défendable, doivent être qualifiées d'«arbitraires» au sens du droit international. Il serait bon, dans la perspective de la seconde lecture, que la Commission envisage d'intégrer cette disposition dans le projet d'article 19 ou dans un projet d'article 18 *bis* qui couvrirait l'interdiction de l'arrestation ou de la détention arbitraires aux fins de la mise en œuvre d'une procédure d'expulsion.

45. M. McRAE propose de supprimer, au paragraphe 3 *b*, le renvoi à l'alinéa *a* du paragraphe 2, car cette mention semble exclure de fait son alinéa *b*, alors qu'il s'applique aussi. Le paragraphe 3 *b* se lirait donc comme suit : « Sous réserve du paragraphe 2, il est mis fin à la détention. »

46. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que ce point n'a pas été examiné à la session en cours mais ne voit pas d'inconvénient à supprimer le renvoi à l'alinéa *a*.

47. M. KAMTO (Rapporteur spécial) s'en remet à la Commission.

Le projet d'article 19, ainsi modifié, est adopté sous réserve d'une modification mineure d'ordre rédactionnel.

Projet d'article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale

Le projet d'article 20 est adopté.

CHAPITRE III. PROTECTION PAR RAPPORT À L'ÉTAT DE DESTINATION

Projet d'article 21. Départ vers l'État de destination

Le projet d'article 21 est adopté.

Projet d'article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion

48. M. TLADI propose de supprimer, au paragraphe 1, l'expression *where appropriate* qui lui semble superflue dans la mesure où la volonté de l'État l'emporte dans tous les cas sur celle de l'étranger objet de l'expulsion.

49. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que cette expression a précisément pour objet de créer une hiérarchie en indiquant que la volonté de l'étranger est subordonnée à celle de l'État d'accueil et de l'État expulsant.

Le projet d'article 22 est adopté.

Projet d'article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée

50. M. PETER félicite le Président du Comité de rédaction pour la clarté de son exposé et salue l'esprit

d'ouverture avec lequel le Rapporteur spécial a accueilli les différents points de vue exprimés. Il tient toutefois à revenir sur le paragraphe 2 où les mots «qui n'applique pas la peine de mort» posent question au regard du message indirect qu'ils envoient aux États. Faut-il en déduire en effet qu'un État dont la législation prévoit encore la peine capitale est libre d'expulser un étranger vers un autre État dont la législation prévoit aussi cette peine? Par ailleurs, est-il souhaitable d'établir une distinction entre les États selon qu'ils appliquent la peine de mort ou non et, ce faisant, de laisser entendre que les uns ne seraient pas tenus d'agir de la même manière que les autres? En tant qu'organe composé d'experts indépendants, la Commission ne peut pas ignorer les actions menées par l'ONU en faveur de l'abolition de la peine de mort, notamment les résolutions appelant à des moratoires sur les exécutions, qui ont été adoptées par l'Assemblée générale¹²⁶. C'est pourquoi le paragraphe 2, qui en l'état donne à penser que les États souhaitant continuer à appliquer la peine de mort peuvent le faire, devrait être modifié. M. Peter propose donc de supprimer, au début du paragraphe 2, les mots «qui n'applique pas la peine de mort».

51. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que le paragraphe 2, selon lequel un étranger ne peut être expulsé vers un État qui applique la peine de mort, correspond généralement à ce qui est prévu par les lois en vigueur dans les États qui ont aboli la peine capitale ou appliquent des moratoires. Une disposition d'application générale susciterait certainement des réserves de la part des États qui continuent d'appliquer la peine de mort. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une question de politique juridique qu'il appartient à la Commission de trancher.

52. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que la disposition en cause ne pose pas simplement un problème de politique juridique ou de message envoyé à la communauté internationale; elle pose des questions d'ordre juridique. Même si la préoccupation exprimée par M. Peter est légitime au regard des droits de l'homme, il revient à la Commission de présenter l'état du droit international. Or, le droit international coutumier et le droit conventionnel ne comportent aucune règle interdisant la peine de mort. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle des campagnes en faveur de son abolition sont menées, comme M. Peter l'a lui-même souligné. Quant aux résolutions de l'Assemblée générale appelant à un moratoire mondial sur les exécutions, également mentionnées par celui-ci, elles n'invitent pas les États à interdire cette peine. La Commission étant un organe d'experts chargé de traduire l'état du droit existant, les questions qui lui incombent sont juridiques avant d'être politiques.

53. Sir Michael WOOD dit que le Rapporteur spécial a eu raison de rappeler que les questions posées à la Commission étaient avant tout juridiques. Toutefois, M. Peter soulève un point très important en s'interrogeant sur le message indirectement envoyé aux États par le paragraphe 2. On pourrait répondre à ses préoccupations en s'inspirant de la solution retenue par les rédacteurs du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Confrontés à la même difficulté, puisque l'article 6 du

Pacte postule que certains États continuent d'appliquer la peine de mort, ils ont jugé utile de préciser, au paragraphe 6 de cet article, qu'aucune de ses dispositions ne pouvait être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un État partie au Pacte.

54. Le PRÉSIDENT approuve le paragraphe 2 parce qu'il incite les États qui n'appliquent pas la peine de mort à envisager son abolition. Il propose par conséquent de le maintenir et de reprendre, dans un commentaire afférent à chaque paragraphe du projet d'article, ce qui vient d'être rappelé par le Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Le projet d'article 23 est adopté.

Projet d'article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Le projet d'article 24 est adopté.

CHAPITRE IV. PROTECTION DANS L'ÉTAT DE TRANSIT

Projet d'article 25. Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

Le projet d'article 25 est adopté.

QUATRIÈME PARTIE. RÈGLES SPÉCIFIQUES DE PROCÉDURE

Projet d'article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

55. M. FORTEAU se demande si les alinéas *b* et *d* du paragraphe 1 ne sont pas trop restrictifs dans la mesure où le projet d'articles définit l'expulsion comme étant tout acte juridique ou tout comportement ayant pour effet de contraindre un étranger à quitter le territoire. En l'état, ils limitent le droit de recours au droit de contester la décision d'expulsion et non l'expulsion de manière plus générale. On pourrait peut-être supprimer les mots «la décision» dans chacun de ces alinéas pour les aligner sur la formule plus large retenue à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui permet de faire valoir des raisons militent contre l'expulsion elle-même.

56. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que l'observation de M. Forteau lui semble justifiée mais voudrait rappeler que le projet d'article 26 et les droits qu'il garantit s'appuient sur différentes conventions internationales, résolutions de l'Assemblée générale ou directives de l'Union européenne. Cela étant, le commentaire pourrait apporter quelques explications pour tenir compte de la préoccupation qui vient d'être exprimée.

57. M. PETRIČ appelle l'attention des membres de la Commission sur l'alinéa *f* du paragraphe 1, qui énonce le droit pour l'étranger de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente. Si la Commission veut que les projets d'articles qu'elle élabore deviennent des conventions ratifiées par un nombre suffisant d'États, elle doit garder à l'esprit qu'il peut être difficile, voire impossible, pour de petits États de respecter ce type de disposition. Sans remanier en profondeur cet alinéa, on pourrait simplement y insérer les mots «le cas échéant».

¹²⁶ Résolutions 62/149 du 18 décembre 2007, 63/168 du 18 décembre 2008, et 65/206 du 21 décembre 2010, intitulées «Moratoire sur l'application de la peine de mort».

58. M. HASSOUNA note que plusieurs projets d'article mentionnent les droits ou garanties procéduraux « prévus par le droit » sans plus de précision, de sorte qu'on ne sait pas s'il s'agit du droit interne ou du droit international. Il serait utile de le préciser dans les commentaires des projets d'article en question.

59. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le projet d'article 26.

Il en est ainsi décidé.

Le projet d'article 26 est adopté.

Projet d'article 27. *Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion*

Le projet d'article 27 est adopté.

Projet d'article 28. *Procédures de recours individuel*

Le projet d'article 28 est adopté.

CINQUIÈME PARTIE. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXPULSION

Projet d'article 29. *Réadmission dans l'État expulsant*

Le projet d'article 29 est adopté.

Projet d'article 30. *Protection des biens de l'étranger expulsé*

Le projet d'article 30 est adopté.

Projet d'article 31. *Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite*

60. Sir Michael WOOD propose de remplacer le verbe *engages* par *entails* dans la version anglaise, de façon à aligner le texte sur celui des articles sur la responsabilité de l'État.

Cette proposition est retenue.

Le projet d'article 31 est adopté, moyennant une modification de forme dans la version anglaise.

Projet d'article 32. *Protection diplomatique*

Le projet d'article 32 est adopté.

Les projets d'articles 1 à 32, figurant dans le document A/CN.4/L.797, tel qu'ils ont été modifiés, sont adoptés.

61. M. KAMTO (Rapporteur spécial) voudrait remercier vivement le Président du Comité de rédaction, ainsi que ses prédécesseurs, M. Vázquez-Bermúdez et M. Melescanu, de leur travail remarquable ainsi que de la patience et de l'habileté avec lesquelles ils ont conduit les travaux qui ont permis d'aboutir au résultat soumis à la Commission plénière. Il voudrait également remercier tous ceux qui ont contribué aux travaux du Comité et permis d'améliorer et d'enrichir les projets d'articles. Même si tout n'est pas encore parfait, la Commission dispose désormais d'une base suffisante permettant d'avoir un fil conducteur sur un sujet qui n'est pas facile. M. Kamto remercie enfin le secrétariat de son remarquable travail et de l'aide qu'il a apportée aux différents présidents du Comité de rédaction et à lui-même; la qualité du rapport

du Comité de rédaction à la Commission plénière lui doit aussi beaucoup. À cet égard, il faudrait peut-être apporter quelques ajustements à la toute première partie de ce rapport pour qu'il reflète de façon un peu plus équilibrée l'ensemble des efforts qui ont permis d'aboutir au résultat actuel. Cela pourrait être fait aisément par le secrétariat, en relation avec le Rapporteur spécial et sous la bienveillante autorité du Président du Comité de rédaction.

Les traités dans le temps¹²⁷ **(A/CN.4/650 et Add.1, sect. E)**

[Point 8 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE

62. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps) rappelle qu'au cours de la première partie de la présente session de la Commission le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a entamé l'examen du troisième rapport de son président portant sur les accords et la pratique ultérieurs des États sans lien avec des procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles¹²⁸. Le Groupe d'étude s'est également penché sur le cadre des travaux futurs sur le sujet et la forme finale qu'ils prendront. Certains membres ont relevé que, si le rapport reposait sur une documentation abondante et si la plupart des États s'étaient dits intéressés par le sujet et l'avaient appuyé, ils étaient peu nombreux à avoir donné des exemples tirés de leur pratique, comme l'avait demandé la Commission¹²⁹. Ils ont également relevé que l'analyse juridique et le débat sur les trois premiers rapports du Président du Groupe d'étude¹³⁰, qui sont étroitement liés, gagneraient à être menés de front. Plusieurs membres ont estimé, vu le travail préparatoire déjà accompli et la nécessité d'orienter les travaux vers un résultat précis, que le moment était venu pour la Commission de modifier le cadre d'examen du sujet et de désigner un rapporteur spécial.

63. M. Nolte a estimé avec certains membres que les États auraient sans doute fait davantage d'observations de fond sur le sujet si les rapports et résumés des débats, qui ne sont pas publiés conformément à la procédure applicable aux groupes d'étude, avaient été disponibles. C'est pourquoi il serait favorable à ce qu'un nouveau cadre d'examen du sujet soit adopté à ce stade des travaux, ce qui permettrait notamment à la Commission de se concentrer sur leur forme finale. Il fallait commencer par trouver, exploiter, organiser et analyser les principales sources d'information sur le sujet, ce qui a été fait dans les trois premiers rapports

¹²⁷ Le plan d'étude du sujet est reproduit dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 163, annexe I, et le texte des conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 174, par. 344.

¹²⁸ Document ILC(LXIV)/SG/TOT/INFORMAL/1/Rev.1, en anglais seulement, à distribution limitée aux membres de la Commission.

¹²⁹ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 26 à 28.

¹³⁰ Pour l'examen du rapport introductif sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de justice et de tribunaux arbitraux spécialisés, voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 202, par. 348 à 352, et *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 173, par. 337 et 338; pour l'examen du deuxième rapport sur les décisions rendues dans le cadre de certains régimes économiques internationaux, des régimes internationaux de protection des droits de l'homme et d'autres régimes, voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 173 et 174, par. 339 à 341.

et lors de leur examen. Ces rapports pourraient être fondus en un document de synthèse qui serait mis à la disposition des États et examiné en séance plénière.

64. Un nouveau cadre d'examen permettrait à la Commission de mieux délimiter le champ du sujet. Une des principales raisons pour lesquelles la Commission avait décidé de poursuivre l'examen du sujet dans le cadre d'un groupe d'étude était qu'elle souhaitait déterminer si le sujet devait être traité sous un angle général – ce qui supposerait une analyse approfondie de l'extinction et de la modification formelle des traités – ou s'il devait être axé sur la question plus précise des aspects relatifs aux accords et à la pratique ultérieurs. Le Groupe d'étude ayant conclu qu'il était préférable de s'en tenir à la question plus circonscrite de l'importance juridique des accords et de la pratique ultérieurs, une des principales raisons d'être du Groupe d'étude lui-même avait cessé d'exister.

65. M. Nolte a proposé, dans l'hypothèse où le cadre d'examen du sujet évoluerait dans le sens qu'il préconisait, qu'un rapport faisant la synthèse des trois premiers soit élaboré pour la session à venir. Ce rapport devrait prendre en considération les débats du Groupe d'étude et comporter également des conclusions ou des directives précises. Une fois ce document examiné par la Commission à sa soixante-cinquième session en 2013 et après l'examen à la Sixième Commission du rapport de la Commission sur ses travaux, un ou deux rapports supplémentaires seraient établis, sur la pratique des organisations internationales et la jurisprudence des tribunaux internes, comme initialement prévu. Ces rapports contiendraient de nouvelles conclusions ou directives, assorties de commentaires, qui complèteraient ou modifieraient le cas échéant les travaux fondés sur les premiers rapports. La Commission pourrait alors achever ses travaux sur le sujet pendant le quinquennat en cours, étant entendu que le sujet continuerait de s'inscrire dans le cadre du droit des traités. L'accent serait mis essentiellement sur l'importance juridique des accords et de la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités (art. 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités).

66. Les membres du Groupe d'étude, qui ont approuvé les propositions de M. Nolte, recommandent à la Commission plénière de modifier le cadre d'examen du sujet et de désigner un rapporteur spécial. Ils sont également convenus que la question de l'intitulé exact du sujet devrait être débattue et tranchée avant la fin de la présente session et que le Groupe d'étude devrait poursuivre ses travaux jusque-là.

67. Le PRÉSIDENT remercie M. Nolte de son rapport, dans lequel le Groupe d'étude sur les traités dans le temps recommande que le cadre d'examen du sujet soit modifié et qu'un rapporteur spécial soit désigné pour le traiter. Il croit comprendre que le Groupe d'étude a formulé cette recommandation en ayant à l'esprit M. Nolte, son président actuel. Il demande donc à la Commission si elle souhaite adopter la recommandation du Groupe d'étude, retenir le sujet comme sujet «régulier» et désigner M. Nolte comme Rapporteur spécial.

68. Sir Michael WOOD fait tout d'abord observer que les membres du Groupe d'étude ont pris soin d'éviter le mot «régulier» qui laisserait entendre qu'il existe des

sujets qui ne le sont pas. Par ailleurs, le Groupe d'étude a proposé de modifier l'intitulé du sujet. C'était là une question sur laquelle il faudrait se pencher à un stade ultérieur, à moins que M. Nolte n'ait une proposition à faire.

69. Le PRÉSIDENT dit que M. Nolte avait proposé de remettre cette question à plus tard.

70. M. GEVORGIAN n'est pas sûr d'avoir bien compris: il lui semblait que la proposition faite par M. Nolte à la fin de l'exposé était un peu différente. Pour sa part, il lui paraît difficile de trancher la question du rapporteur spécial sans connaître le titre, ni la portée exacte, du sujet.

71. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps) précise que le document distribué aux membres de la Commission est le même que celui dont le Groupe d'étude a débattu. Les modifications introduites correspondent aux observations des membres du Groupe. En ce qui concerne le titre, il a été entendu qu'il ne s'agirait pas d'un titre entièrement nouveau ou complètement différent. Le Groupe d'étude est tombé d'accord pour que l'expression «accords et pratique ultérieurs» figure dans l'intitulé sans toutefois se prononcer sur la question de savoir s'il fallait garder une trace de l'intitulé ancien, à savoir les traités dans le temps. L'impression de M. Nolte est que ces questions ne sont pas urgentes et que la Commission pourra les trancher ultérieurement.

72. Le PRÉSIDENT demande à M. Nolte s'il est d'accord pour que le sujet soit retenu et s'il accepte de devenir rapporteur spécial pour ce sujet.

73. Sir Michael WOOD relève que les deux derniers paragraphes du document dont M. Nolte a donné lecture correspondent à la position du Groupe d'étude: il fallait adopter un nouveau titre et désigner un rapporteur spécial par la même occasion. Il propose que la Commission se prononce à ce sujet le vendredi 1^{er} juin 2012.

74. Le PRÉSIDENT, après avoir relu le passage en question, dit qu'il préférerait que la Commission se prononce sur-le-champ.

75. M. NIEHAUS fait observer que la recommandation du Groupe d'étude est claire et que la Commission se doit de s'y conformer.

76. M. HMOUD propose que la Commission commence par désigner M. Nolte comme Rapporteur spécial, ce qui laisserait au Groupe d'étude le temps de continuer ses travaux et de se prononcer sur le titre.

77. M. ŠTURMA demande s'il serait inhabituel pour la Commission d'accepter un titre provisoire, qu'elle modifierait par la suite. Si une telle solution est possible, il s'associe à M. Hmoud et propose d'indiquer le nouveau titre entre parenthèses.

78. M. KITTICHAISAREE considère qu'il faut placer la question dans son contexte. Il se demande par exemple selon quelles modalités le Groupe d'étude continuerait de se réunir si un rapporteur spécial était dès à présent désigné.

79. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps) précise que la nomination d'un rapporteur spécial ne changerait rien aux méthodes de travail du Groupe d'étude.

80. M. PETRIČ considère qu'il faut se ranger aux préférences du Président du Groupe d'étude. Quant au titre, la Commission pourrait s'en occuper le vendredi 1^{er} juin ou lors de la seconde partie de la session.

81. M. WISNUMURTI engage la Commission à se montrer pragmatique. L'intitulé initial étant trop poétique, il faudrait le changer, puis désigner M. Nolte comme Rapporteur spécial. Le problème pourrait ainsi être résolu dans délai.

82. M^{me} JACOBSSON s'associe à M. Wisnumurti, ne voyant aucune raison de reporter la décision.

83. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps), à qui le Président a demandé de rappeler le titre proposé, dit qu'il n'a pas vraiment formulé de proposition, et ce, par respect pour le Groupe d'étude. Comme il l'a indiqué, le titre devrait contenir la notion d'«accords et pratique ultérieurs». Certains membres du Groupe d'étude préféreraient que l'intitulé fasse clairement apparaître que l'étude est axée sur l'interprétation des traités mais, selon M. Nolte, il importe de ne pas restreindre la portée du sujet. Il propose donc le titre suivant: «Accords et pratique ultérieurs en matière de traités».

84. M. HMOUD précise, à toutes fins utiles, qu'il n'a aucune objection à ce que la Commission désigne sans tarder M. Nolte comme Rapporteur spécial. C'est pour le titre du sujet qu'il préférerait attendre.

85. Le PRÉSIDENT trouve quelque peu étrange de désigner un rapporteur spécial alors que le sujet n'a pas encore de titre. Il estime que la Commission devrait d'abord accepter le sujet avant de désigner le rapporteur spécial.

86. Sir Michael WOOD pense que la Commission devrait désigner le rapporteur spécial et veiller à ce que le titre reflète ce qui doit être l'axe principal du sujet, à savoir l'interprétation des traités. Il n'approuve pas l'intitulé proposé car il engloberait les modifications des traités, ce qui n'est pas l'objectif poursuivi.

87. M. KAMTO, qui a pris part aux travaux du Groupe d'étude, dit que ce ne sont là que des questions de procédure. Il lui paraît manifeste que le Groupe d'étude souhaitait que M. Nolte soit désigné Rapporteur spécial. La Commission ne paraît pas avoir d'objections non plus. Il ne voit donc pas pourquoi la Commission devrait agir dans l'urgence. Par ailleurs, il a été proposé de modifier le titre du sujet, sans préciser toutefois quand cette modification interviendrait et dans quel contexte. M. Kamto se rallie à l'argument de M. Hmoud et du Président car cela le gênerait de désigner un rapporteur spécial alors que le sujet n'est pas encore défini.

88. Le PRÉSIDENT constate, non sans regret, que la Commission n'est pas en mesure de se prononcer

immédiatement sur ces questions. Comme il est exclu qu'elle le fasse le vendredi suivant, elle devra revenir sur cette question lors de la seconde partie de sa session.

89. M. NIEHAUS ne comprend pas où est le problème: en ce qui concerne le titre, il suffit de donner suite à la recommandation du Groupe d'étude. Selon lui, la Commission devrait accepter le titre proposé par M. Nolte, étant entendu qu'on pourra le changer par la suite, et désigner le rapporteur spécial.

90. Le PRÉSIDENT considère qu'il n'y a pas d'autre solution que de prévoir une autre séance plénière pour que la Commission puisse se prononcer sur ces questions.

91. Sir Michael WOOD propose de tenir une séance plénière le matin du jeudi 31 mai 2012.

92. Le PRÉSIDENT demande aux membres de la Commission de se mettre d'accord pour qu'une décision puisse être prise le jeudi 31 mai 2012.

La séance est levée à 18 heures.

3136^e SÉANCE

Jeudi 31 mai 2012, à 10 h 10

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Les traités dans le temps (suite) **[A/CN.4/650 et Add.1, sect. E]**

[Point 8 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à la 3135^e séance le Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps a présenté un rapport oral sur le travail accompli par le Groupe d'étude pendant la première partie de la session en cours. Le Président du Groupe d'étude a indiqué en particulier que celui-ci avait adopté une recommandation tendant à ce que la Commission change les modalités de son travail sur le sujet et nomme un rapporteur spécial. Selon le Groupe d'étude, il est entendu que le sujet portera principalement sur la signification juridique des accords et de la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités (art. 31 de la Convention de Vienne de 1969) et sur des sujets connexes, comme cela a été expliqué dans la proposition initiale relative au sujet¹³¹.

¹³¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 163, annexe I, par. 11.

2. Lors du débat au sein de la Commission, la recommandation du Groupe d'étude a été largement appuyée et il a été proposé que M. Nolte soit nommé Rapporteur spécial. À la même séance a eu lieu une discussion sur la question de savoir s'il conviendrait, au cas où une suite favorable serait donnée à la recommandation du Groupe d'étude, de prendre également une décision à propos du titre sous lequel se poursuivrait l'examen du sujet.

3. Le Président a été informé qu'à la suite de consultations informelles entre le Président du Groupe d'étude et des membres du Groupe un accord général a été trouvé sur le titre, qui se lirait comme suit : «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités».

4. Ainsi, en l'absence d'objection, le Président considérera que la Commission souhaite : *a*) changer, à compter de sa soixante-cinquième session, les modalités de son travail sur le sujet comme le propose le Groupe d'étude ; et *b*) nommer M. Nolte Rapporteur spécial pour le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités».

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 10 h 20.

3137^e SÉANCE

Vendredi 1^{er} juin 2012, à 10 h 10

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Comissário Afonso, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna,

M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Niehaus, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (suite^{*})

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT rappelle que le programme de travail provisoire pour la seconde partie de la session, qui a été distribué la semaine précédente, sera sans doute modifié et que le programme définitif pour les deux premières semaines sera distribué au début de la seconde partie de la session. Il invite le Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme à donner lecture de la liste des membres de ce groupe.

2. M. McRAE (Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme) dit que les membres du Groupe de travail sont M. Caflish, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Singh, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood et M. Šturma (membre de droit).

La séance est levée à 10 h 15.

* Reprise des débats de la 3133^e séance.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA SOIXANTE-QUATRIÈME SESSION

tenue à Genève du 2 juillet au 3 août 2012

3138^e SÉANCE

Lundi 2 juillet 2012, à 15 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protection des personnes en cas de catastrophe¹³² (A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652¹³³ et A/CN.4/L.812¹³⁴)

[Point 4 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe publié sous la cote A/CN.4/652.

2. M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial) dit que son cinquième rapport comporte plusieurs chapitres. L'introduction expose brièvement les progrès réalisés dans l'étude du sujet depuis la présentation de son rapport préliminaire en 2008¹³⁵. Il est facile d'en constater les résultats pratiques; sur la base des propositions qu'il avait présentées dans ses deuxième¹³⁶ et quatrième¹³⁷

¹³² À sa soixante-deuxième session (2010), la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1 à 5 et les commentaires y relatifs [*Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 192 et suiv., par. 330 et 331]. À sa soixante-troisième session (2011), la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 6 à 11 et les commentaires y relatifs [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 157 et suiv., par. 288 et 289].

¹³³ Reproduit dans *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie).

¹³⁴ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

¹³⁵ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598.

¹³⁶ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/615.

¹³⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643.

rapports, la Commission a adopté à titre provisoire 11 projets d'article avec les commentaires y relatifs. Il espère que le projet d'article 12, sur lequel, faute de temps, il n'a pas été possible de prendre une décision à la soixante-troisième session, sera adopté à la session en cours.

3. Ensuite, le Rapporteur spécial dresse un état récapitulatif des observations formulées sur le sujet par les États et les organisations à la Sixième Commission durant la soixante-sixième session de l'Assemblée générale (par. 10 à 54). La section A de ce chapitre expose les observations générales, tandis que les sections B, C, D, E et F contiennent un résumé des observations formulées par les États et les organisations internationales à propos des 11 projets d'article déjà adoptés à titre provisoire par la Commission ainsi que sur le projet d'article 12 proposé.

4. La section G rappelle les observations faites oralement en réponse à la question que la Commission avait, en l'absence du Rapporteur spécial, décidé de poser dans la section C du chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session¹³⁸, c'est-à-dire celle de savoir si l'obligation des États de coopérer avec l'État affecté concernant les secours en cas de catastrophe comprend une obligation pour les États de fournir leur assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande. La position propre du Rapporteur spécial sur la question est exposée au paragraphe 68 de son cinquième rapport.

5. Dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session, celle-ci demandait aussi des informations concernant la pratique des États sur le sujet, y compris des exemples de législation interne¹³⁹. Aucune réponse écrite n'avait été reçue sur l'un ou l'autre point au moment de la rédaction du cinquième rapport, mais la Belgique a depuis lors envoyé une communication dans laquelle elle expose en détail la pratique de l'État belge en ce qui concerne la législation interne et les accords internationaux relatifs à l'assistance mutuelle, et explique les raisons de sa réponse négative à la question de la Commission sur l'obligation de fournir assistance.

¹³⁸ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 44.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 43. Voir aussi, *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 31.

6. De nombreux intervenants à la Sixième Commission ont de même répondu à cette question par la négative (A/CN.4/650 et Add.1, par. 39), position que le Rapporteur spécial approuve, ayant analysé la pratique pertinente avant de rédiger sa proposition pour le projet d'article 12. C'est pourquoi le projet d'article vise un «droit d'offrir assistance» et non une «obligation de fournir assistance». En revanche, le membre de phrase «La Commission a estimé que les États ont l'obligation de coopérer», qui précède la question posée au paragraphe 44 du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session¹⁴⁰, peut prêter à confusion puisque la Commission a déjà décidé par consensus que le projet d'article 5 devrait sans équivoque énoncer l'obligation de coopérer, une obligation qui correspond à l'un des sept principes proclamés dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970.

7. L'intérêt croissant manifesté par les États et les organisations internationales pour la régulation des différentes phases de la réponse à des catastrophes et leurs nombreuses conséquences a été de nouveau démontré par l'attention particulière qu'a portée l'Assemblée générale à cette question à sa soixante-sixième session et par le fait qu'elle a adopté pas moins d'une douzaine de résolutions traitant de différents aspects du sujet et portant sur des situations particulières rencontrées dans différentes parties du monde.

8. Les organisations internationales compétentes et les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ont intensifié les activités relevant de leur mandat en 2011. C'est cette année que se sont tenues la troisième session du Dispositif mondial pour la réduction des risques de catastrophe et la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Lors de la Conférence, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (FICR) a présenté une version pilote de la «loi type relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe»¹⁴¹. On espère que la version définitive pourra être adoptée d'ici à la fin de l'année en cours.

9. Le document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20), intitulé «L'avenir que nous voulons»¹⁴², comporte aux paragraphes 186 à 189 des dispositions sur la réduction des risques de catastrophe. Les chefs d'État et de gouvernement et les représentants de haut niveau ont réaffirmé leur engagement en faveur du Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015¹⁴³, ont reconnu l'importance des systèmes d'alerte

rapide, ont encouragé les donateurs et la communauté internationale à renforcer la coopération internationale en vue de soutenir les mesures de réduction des risques de catastrophe dans les pays en développement, et ils se sont engagés à mettre au point et à renforcer, en temps opportun, des mécanismes d'estimation des risques et de réduction des risques de catastrophe. Parallèlement, ils ont souligné qu'il est primordial de renforcer les liens entre les mesures de réduction des risques de catastrophe et de relèvement et les plans de développement à long terme, et ont engagé toutes les parties prenantes à prendre des mesures appropriées et efficaces pour atténuer l'exposition aux risques en vue de protéger les populations, les infrastructures et les autres biens nationaux contre l'impact des catastrophes.

10. Compte tenu des commentaires exprimés à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a estimé judicieux d'analyser plus précisément l'obligation de coopérer dans un chapitre entier de son cinquième rapport (par. 79 à 116). Comme il l'avait indiqué dans ses précédents rapports, la coopération joue un rôle central dans le contexte des secours d'urgence et est indispensable pour pouvoir répondre efficacement et rapidement aux situations de catastrophe. Il est vrai que la nature de la coopération est fonction de son objet. Dans le contexte de la fourniture d'une assistance en cas de catastrophe, l'obligation des États de coopérer doit, pour être efficace d'un point de vue juridique et pratique, concilier trois impératifs majeurs du droit international. Premièrement, l'obligation de coopérer ne doit pas empiéter sur la souveraineté de l'État affecté. Cet aspect est examiné à la section A de ce chapitre, intitulée «Nature de la coopération et respect de la souveraineté de l'État affecté». Deuxièmement, l'obligation de coopérer impose une obligation de comportement aux États portant assistance. Cette obligation de moyen est étudiée à la section B. Troisièmement, comme il est expliqué dans la section C intitulée «Catégories de coopération», la coopération doit être pertinente et se borner à offrir les différentes formes d'assistance nécessaires en cas de catastrophe. Une lecture attentive des instruments internationaux pertinents a montré que l'obligation de coopérer couvre une multitude d'activités techniques, scientifiques et logistiques. Cela comprend la coordination des communications et l'échange de renseignements, ainsi que l'offre de compétences scientifiques et techniques pour renforcer la capacité d'intervention de l'État affecté et la mise à disposition de personnel, de fournitures et de matériel. Les instruments plus récents mettent davantage l'accent sur la préparation, la prévention et l'atténuation des conséquences des catastrophes.

11. À la lumière des considérations énoncées dans ce chapitre du rapport, le Rapporteur spécial est parvenu à la conclusion qu'il serait justifié d'insérer un projet d'article supplémentaire soulignant l'importance de l'obligation de coopérer énoncée dans le projet d'article 5. Le nouveau projet d'article A (par. 116), provisoirement intitulé «Obligation de coopérer», se lit ainsi :

«Les États et les autres acteurs mentionnés au projet d'article 5 fournissent à l'État affecté une coopération scientifique, technique, logistique et autre, selon qu'il conviendra. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations de secours internationales

¹⁴⁰ Voir *supra* la note 138.

¹⁴¹ La version pilote de novembre 2011 est consultable sur le site Web de la FICR (www.ifrc.org).

¹⁴² Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, en date du 27 juillet 2012, annexe.

¹⁴³ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, Kobe (Hyogo, Japon), 18-22 janvier 2005 (A/CONF.206/6), chap. I, résolution 2, «Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 : pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes».

et des communications, et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.»

12. Le libellé de cet article est pratiquement calqué sur celui du paragraphe 4 de l'article 17 (Situations d'urgence) des articles sur le droit des aquifères transfrontières¹⁴⁴ adoptés par la Commission à sa soixantième session en 2008. L'étroite ressemblance entre les textes se justifie par le fait que le paragraphe 4 de l'article 17 vise l'obligation de coopérer lorsque d'autres États connaissent une situation d'urgence. La définition d'une «situation d'urgence» est donnée au paragraphe 1 du même article et est tirée de l'article 28 de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le commentaire relatif au paragraphe 1 de l'article 28 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation explique quels sont les éléments qui doivent être présents pour qu'il y ait une situation d'urgence¹⁴⁵, une notion qui s'apparente à celle de catastrophe telle qu'elle est définie dans le projet d'article 3 du sujet à l'examen. Tant le paragraphe 4 du projet d'article 17 que le projet d'article A que propose le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport énumèrent les quatre mêmes catégories de coopération examinées sous les points 1 à 4 de la section C du chapitre du cinquième rapport examinant le développement de l'obligation de coopérer, mais aucun des deux textes ne vise la coopération dans la préparation, la prévention et l'atténuation des conséquences des catastrophes. Dans le cadre du sujet à l'examen, cette omission provisoire tient à ce que les éléments présentant une pertinence juridique pour la phase en amont de la catastrophe qui ne sont pas exclus du champ du projet d'articles seront examinés dans un rapport ultérieur.

13. L'obligation incombant à l'État affecté et aux fournisseurs d'assistance de se consulter en vue de définir la durée de l'assistance extérieure est un autre aspect de l'obligation de coopérer. Cette obligation ressort manifestement de la description de la pratique concernant la cessation de l'assistance présentée à l'avant-dernier chapitre du rapport. Bien que l'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance conservent le droit d'exprimer leurs vœux quant au moment où celle-ci devrait prendre fin, l'obligation de coopérer impose aux deux parties de se consulter à ce sujet. Les consultations pourraient avoir lieu avant ou pendant la fourniture de l'assistance, à l'initiative de l'une ou de l'autre partie. Le projet d'article 14, intitulé «Cessation de l'assistance», se lit ainsi :

«L'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance se consultent afin de définir la durée de l'assistance extérieure.»

14. En concluant la présentation de son quatrième rapport¹⁴⁶ en 2011, le Rapporteur spécial avait souligné qu'il

¹⁴⁴ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008 de l'Assemblée générale, annexe. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II, 2^e partie, p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

¹⁴⁵ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 137.

¹⁴⁶ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643.

était incontestable que l'État affecté pouvait subordonner son acceptation d'une offre d'assistance à certaines conditions garantissant le plein exercice de sa souveraineté, et il avait annoncé qu'il examinerait ces conditions dans son cinquième rapport¹⁴⁷. Il consacre donc un chapitre sur les conditions de la fourniture d'assistance en abordant la question sous trois angles (par. 117 à 181). La section A concerne le respect de la législation nationale. La section B traite des besoins identifiables et du contrôle de qualité, et la section C porte sur l'encadrement des conditions par le droit international et le droit interne.

15. Il n'existe pas de frontière nette entre ces conditions pour la fourniture de l'assistance. Celles-ci coexistent et peuvent dans une certaine mesure se chevaucher. D'une manière générale, elles figurent implicitement ou explicitement dans les projets d'article provisoirement adoptés par la Commission. Par exemple, l'élément concernant les besoins identifiables est déjà mentionné dans le projet d'article 2, où il est dit : «L'objet du présent projet d'articles est de faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes, répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits.» De même, le paragraphe 2 du projet d'article 9 (Rôle de l'État affecté) fait allusion tant à la nécessité de respecter la législation nationale qu'à l'encadrement des conditions par le droit interne dans son libellé : «L'État affecté a le rôle principal en ce qui concerne la direction, la maîtrise, la coordination et la supervision de tels secours et assistance.» Dans une certaine mesure, ce sont ces deux aspects qui sont visés dans le projet d'article 10 relatif à l'obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance lorsqu'une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention. Le projet d'article 2, qui exige le plein respect des droits des personnes affectées, le projet d'article 4 sur la relation du projet d'articles avec le droit international humanitaire, le projet d'article 6 sur les principes humanitaires de la réaction en cas de catastrophe, le projet d'article 7 sur la dignité humaine et le projet d'article 8 sur les droits de l'homme concernent tous l'autre élément visé à la section C, à savoir l'encadrement des conditions par le droit international. Le principe qui sous-tend l'idée de fixer des conditions à la fourniture de l'assistance est établi au paragraphe 1 du projet d'article 11, aux termes duquel l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État affecté. Le pouvoir de l'État affecté de fixer les conditions que doit remplir toute offre d'assistance est le corollaire de son rôle central en ce qui concerne la fourniture de secours en cas de catastrophe, lequel est reconnu au paragraphe 1 du projet d'article 9 qui dispose ce qui suit : «L'État affecté a, en vertu de sa souveraineté, le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance en cas de catastrophe sur son territoire.»

16. En conséquence, la question se pose de savoir s'il est nécessaire de formuler une série de dispositions relatives aux conditions qui peuvent être imposées dans les différents domaines dans lesquels l'assistance peut être fournie et aux modalités de sa fourniture dans chacun de ces domaines. Pour répondre à cette question, il faut d'abord tenter de déterminer et d'évaluer la série de conditions susceptibles d'être posées, ce qui est l'objet du chapitre sur les conditions de la fourniture d'assistance.

¹⁴⁷ Ibid., vol. I, 3102^e séance, par. 25.

17. La section A du chapitre traite du respect de la législation nationale, en insistant sur deux aspects : d'abord, l'obligation faite aux acteurs de l'assistance de respecter la législation nationale et, ensuite, la nécessité pour l'État affecté d'y apporter des exceptions afin de faciliter une assistance prompte et efficace. Au titre du premier aspect, le Rapporteur spécial envisage aussi l'obligation incombant aux acteurs de l'assistance de coopérer avec les autorités nationales de l'État affecté. Il aborde en particulier la question des responsabilités du chef et du personnel de l'opération de secours. Au titre du second aspect, le Rapporteur spécial examine l'obligation incombant à l'État affecté de mettre à la disposition des acteurs prêtant assistance des informations pertinentes sur les lois et règlements, et évoque la nécessité, dans certains cas, d'autoriser les opérations de secours à déroger à la législation nationale relative, par exemple, aux privilèges et immunités, aux dispositions en matière de visa et d'admission sur le territoire, aux dispositions douanières et tarifaires, aux normes de qualité des biens et matériels, et à la liberté de circulation.

18. La section B porte sur la question de savoir comment l'État affecté peut subordonner la fourniture de l'assistance aux besoins identifiables des personnes intéressées et à la qualité de l'assistance. La section C traite de l'encadrement des conditions par le droit international et le droit interne, en mettant l'accent sur les principes fondamentaux de l'aide humanitaire et les droits de l'homme. L'examen de la reconstruction et du développement durable a été inclus dans cette section parce que, comme il est expliqué dans le commentaire du projet d'article 1, le champ d'application du projet d'articles *ratione temporis* n'est pas limité à la réaction immédiatement postérieure à la catastrophe mais comprend aussi la phase de relèvement, y compris la phase de reconstruction¹⁴⁸. Une référence au développement durable est justifiée, étant donné que le lien entre ce concept et les phases du cycle des catastrophes est de plus en plus mis en évidence dans les déclarations et résolutions pertinentes de l'ONU, et lors des conférences tenues sous ses auspices, notamment la récente Conférence Rio+20. Enfin, la section C comporte un examen des obligations que la propre législation de l'État affecté peut lui imposer quant à la fixation de conditions.

19. Ce chapitre montre que la fixation par l'État affecté de conditions à la fourniture de l'assistance constitue l'exercice particulier d'un pouvoir découlant immédiatement et directement du devoir qu'a l'État affecté, en vertu de sa souveraineté, d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance sur son territoire, comme il est dit au paragraphe 1 du projet d'article 9. En conséquence, aux fins du projet d'articles, il suffirait de préciser que l'État affecté peut imposer des conditions à la fourniture de l'aide dans certaines limites, en employant une formulation simplifiée de caractère général. Dans son troisième rapport¹⁴⁹, le Rapporteur spécial avait proposé un projet d'article 8 intitulé « Responsabilité première de l'État touché » qui se lisait notamment ainsi : « L'État touché [...] conserve le droit, en application de sa législation nationale, de diriger, maîtriser, coordonner

et superviser l'assistance fournie sur son territoire¹⁵⁰. » Ce projet d'article comportait la formule « en application de sa législation nationale » tirée de la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunications pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, ce qui soulignait que l'exercice par l'État affecté de sa maîtrise opérationnelle devait se faire dans le cadre de son propre système juridique. Cependant, lorsque la Commission a adopté à titre provisoire le texte du projet d'article 8 proposé, devenu le projet d'article 9 actuel (Rôle de l'État affecté), elle a supprimé le membre de phrase « en application de sa législation nationale ». Le Comité de rédaction a expliqué que, si une précédente version du paragraphe visait la source du rôle principal comme résultant de l'« application de sa législation nationale », cette référence avait été supprimée car il se pouvait que le droit interne ne réglemente pas la question ou n'en envisage pas tous les aspects pertinents. Cette position est exprimée au paragraphe 6 du commentaire de l'article 9¹⁵¹.

20. La position adoptée par la Commission est compréhensible dans le contexte d'une disposition définissant le rôle de l'État affecté. Néanmoins, dans le contexte très différent de la fixation de conditions à la fourniture de l'assistance, le Rapporteur spécial estime utile de proposer l'insertion d'un nouveau projet d'article couvrant l'ensemble de la question de façon générale et simplifiée. Le projet d'article réaffirmerait le droit de l'État affecté, en vertu de sa souveraineté et en tant qu'expression de son consentement, de fixer des conditions à la fourniture d'assistance, lesquelles devraient être conformes à sa législation nationale et au droit international. Le projet d'article 13 qu'il propose au paragraphe 181, intitulé « Conditions posées à la fourniture d'assistance », se lit donc ainsi :

« L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance, en conformité avec sa législation nationale et le droit international. »

21. Outre l'intérêt croissant manifesté par les États, les entités internationales et les organisations non gouvernementales pour le sujet des catastrophes, le monde universitaire s'intéresse de plus en plus à une réglementation juridique du cycle des catastrophes. La Commission peut se féliciter de ce que le surcroît d'attention porté à la question coïncide avec sa décision d'entreprendre l'élaboration d'un projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe et l'avancement rapide de ce projet. Le Rapporteur spécial rappelle qu'un ancien membre de la Commission avait estimé que le sujet, dont l'idée pouvait paraître séduisante au premier abord, devait néanmoins être supprimé du programme de travail car la Commission n'avait ni les moyens ni la compétence pour l'examiner de manière approfondie. La Commission a cependant démontré, en adoptant 11 projets d'articles en deux sessions successives (2010 et 2011), qu'elle était pleinement capable de mener à bien ses travaux sur le sujet.

22. Certains membres de la Commission ont aussi participé individuellement à plusieurs initiatives liées au sujet

¹⁴⁸ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 193 (paragraphe 4 du commentaire).

¹⁴⁹ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/629.

¹⁵⁰ Reproduit, *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 190, note 1339.

¹⁵¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 162.

des catastrophes, et l'ouvrage récemment publié *Challenges of Contemporary International Law and International Relations: Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič* comprend trois articles dans lesquels des membres de la Commission font état des travaux de celle-ci sur le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe¹⁵². Un article, rédigé par M. Perera, insiste sur le caractère équilibré des projets d'article adoptés jusqu'à présent à titre provisoire¹⁵³.

23. Le troisième article de l'ouvrage précité *Liber Amicorum* est signé d'un autre membre de la Commission, M. Vasciannie¹⁵⁴, qui était l'auteur de la question posée aux États par la Commission en 2011 et l'élément moteur de la transformation des commentaires des projets d'articles 10 et 11 en résumés du débat. Dans la partie de son article de l'ouvrage *Liber Amicorum* qui traite de la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Vasciannie s'intéresse à deux questions que la Commission, à son avis, n'a pas été en mesure de résoudre¹⁵⁵. La première est celle de savoir si les États peuvent recourir à la force pour obliger un État affecté par une catastrophe à accepter une assistance extérieure. En réalité, le débat ne s'est pas déroulé de la manière décrite par M. Vasciannie, ainsi qu'il ressort des comptes rendus analytiques des séances de la Commission. Quoiqu'il en soit, la question a été définitivement réglée par la Commission qui a, d'emblée, appuyé la position que le Rapporteur spécial avait expressément et sans ambiguïté adoptée dans ses rapports, à savoir que le concept de la « responsabilité de protéger » n'est pas applicable dans le contexte de la réponse aux catastrophes. Comme il est indiqué au paragraphe 164 du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante et unième session¹⁵⁶, la Commission a souscrit à la position du Rapporteur spécial sur la question.

24. La deuxième question que soulève M. Vasciannie concerne l'obligation de coopérer, un principe fondamental du droit international consacré dans la Charte des Nations Unies. Dans la critique du principe qu'il formule dans son article, M. Vasciannie cite, à l'appui de sa position, un texte qu'aurait adopté le Comité de rédaction. Malheureusement, la disposition reproduite dans son article ne correspond pas à la version présentée par le Comité de rédaction à la soixante et unième session, et adoptée à titre provisoire par la Commission à la soixante-deuxième session en tant que projet d'article 5 (Obligation de coopérer)¹⁵⁷.

25. En conclusion, le Rapporteur spécial tient à souligner que le sujet à l'examen, à la différence de quelques autres sujets inscrits au programme de travail actuel de la

Commission, a été inscrit, non pas sur sa proposition ni sur celle d'aucun autre membre de la Commission, mais sur la proposition du secrétariat de la Commission, qui fait partie intégrante du Bureau des affaires juridiques. Le secrétariat, à l'instar de la Commission, a estimé que le sujet correspondait « à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale¹⁵⁸ », c'est-à-dire à l'un des critères établis par la Commission à sa cinquantième session pour le choix de sujets nouveaux. Le Rapporteur spécial a rédigé ses cinq rapports, non pas dans le cadre d'une croisade personnelle, mais pour permettre à la Commission de développer une approche équilibrée du sujet et de donner à l'examen de celui-ci l'élan nécessaire pour qu'il progresse rapidement – deux objectifs qu'elle a atteints. Il espère que, dans ses travaux futurs sur le sujet, la Commission sera capable de maintenir cette approche et cet élan afin de consolider les acquis que ses efforts collégiaux lui ont permis de réaliser jusqu'à présent.

26. M. MURASE dit qu'il approuve la teneur du projet d'article A tel qu'il est proposé par le Rapporteur spécial. Il souhaiterait néanmoins que l'obligation de coopérer soit abordée sous un angle différent. En fait, il aimerait que la formulation des projets d'article, en général, ait un caractère plus concret et ne consiste pas simplement en une énumération de concepts abstraits comme la solidarité, l'impartialité, la neutralité et, plus particulièrement, l'obligation de coopérer. Certes, personne ne pourrait s'opposer à la proposition générale exprimée dans le projet d'article A, mais, à son avis, l'approche de la Commission devrait correspondre davantage aux besoins réels de la communauté internationale et devrait se fonder sur des situations réelles de catastrophe pour déterminer quel type de coopération est nécessaire.

27. Immédiatement après des catastrophes de grande ampleur, comme le séisme et le tsunami sur la côte pacifique de Tōhoku qui ont frappé le Japon en 2011, ce sont souvent les forces militaires qui entreprennent les seules opérations efficaces de secours. En tant qu'unités autonomes, elles sont bien organisées et peuvent mener à bien rapidement et systématiquement de vastes opérations. Elles sont aussi bien équipées en ce qui concerne les techniques de communication et autres, peuvent compter sur un niveau élevé de compétence et des effectifs nombreux et bien formés, et disposent d'hélicoptères, de navires-hôpitaux et d'autres équipements indispensables. En revanche, les organisations non gouvernementales et les bénévoles ne sont souvent pas autonomes et ne peuvent donc pas fournir seuls des secours adaptés au lendemain immédiat d'une catastrophe.

28. Dans le cas du Japon, l'ampleur du séisme de 2011 excédait de loin les capacités de réaction du pays, et le Japon a accepté avec reconnaissance les offres d'envoi de personnel militaire d'autres pays vers les régions touchées, ce qui a contribué au sauvetage de nombreuses vies. Cependant, il est délicat pour un État d'inviter une force militaire étrangère sur son territoire sans un accord sur le statut des forces. Même dans le cas de pays comme les États-Unis d'Amérique avec lesquels le Japon a conclu un traité de sécurité qui autorise le stationnement de troupes

¹⁵² M. Pogačnik (dir. publ.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations: Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*, Nova Gorica (Slovénie), The European Faculty of Law, 2011.

¹⁵³ Ibid., « The role and contribution of the ILC in meeting challenges of contemporary international law and international relations », p. 313 à 325, en particulier p. 322 à 324.

¹⁵⁴ Ibid., « The International Law Commission: A Caribbean perspective », p. 385 à 404.

¹⁵⁵ Ibid., p. 402 à 404.

¹⁵⁶ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 143.

¹⁵⁷ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 192, et p. 196 pour le commentaire y relatif.

¹⁵⁸ *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553.

américaines sur le sol japonais, les opérations de secours menées par ces troupes en 2011 sortaient techniquement du champ d'application de ce traité et de l'accord sur le statut des forces s'y rapportant. Il aurait été souhaitable que le Japon ait conclu avec les États-Unis et les autres pays qui lui ont fourni une assistance par la mise à disposition de personnel et de fournitures militaires un accord sur le statut des forces axé spécifiquement sur les activités de secours en cas de catastrophe. L'absence d'un tel accord est source de difficultés tant pour les pays qui envoient que pour ceux qui reçoivent du personnel militaire.

29. Il est clairement hors de question que des États envoient des forces militaires sans le consentement de l'État affecté. Après le cyclone de 2008 qui a frappé le Myanmar, la France et les États-Unis ont envoyé des navires de guerre chargés de fournitures humanitaires pour aider les victimes du cyclone, mais le Gouvernement du Myanmar a refusé de les laisser entrer dans le port de Yangon. Quelles qu'aient été les bonnes intentions de ces États et d'autres ayant offert une assistance, dans ce cas, les fournitures humanitaires auraient dû être acheminées par des navires commerciaux et non des bâtiments militaires, en l'absence d'accords pertinents avec l'État affecté.

30. M. Murase propose donc que la Commission élabore un accord type sur le statut des forces applicable à des opérations de secours humanitaire en cas de catastrophe, qui pourrait être annexé au projet d'articles sur le sujet à l'examen. Bien qu'un tel accord type concerne la phase antérieure à la catastrophe et puisse être considéré comme sortant du champ du projet tel que l'envisage le Rapporteur spécial, il constituerait néanmoins une contribution utile de la Commission.

31. Durant la période suivant immédiatement une catastrophe, l'État affecté n'a souvent pas la capacité de négocier un accord sur le statut des forces. Au lendemain du tsunami de 2005, lorsque le Japon a envoyé ses forces d'autodéfense en Indonésie et en Thaïlande, toutes les parties ont tenté de négocier un tel accord, mais en vain. Si elles avaient eu un accord type sur le statut des forces élaboré par la Commission, elles auraient pu convenir de l'appliquer provisoirement jusqu'à ce qu'un accord particulier ait été élaboré. Un tel document aurait pu aussi contribuer à accélérer l'établissement de l'accord définitif.

32. M. Murase souhaite appeler l'attention des membres de la Commission sur le document intitulé «Indonesian-Australian paper: A practical approach to enhance regional cooperation on disaster rapid response» qui a été approuvé le 10 octobre 2011 par le Sommet de l'Asie de l'Est et le Forum régional de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN). Au paragraphe 17 de cette proposition, il est dit que les pays participant au Sommet de l'Asie de l'Est devraient envisager des mécanismes permettant le déploiement et l'acceptation rapides de personnel et de fournitures de secours, notamment en élaborant et utilisant des modèles d'arrangements facultatifs et/ou des accords bilatéraux contraignants, compte tenu des mécanismes existant dans la région¹⁵⁹.

33. La Commission pourrait élaborer un accord type sur le statut des forces pour les opérations de secours en cas de catastrophe qui serait comparable au modèle d'accord de l'ONU sur le statut des forces pour les opérations de maintien de la paix¹⁶⁰, dont l'objet est de faciliter une réception et un déploiement rapides. Le modèle d'accord de 1990 contient des dispositions précises sur des aspects comme la dispense des procédures d'entrée et de sortie du territoire; la liberté de circulation; le port d'uniformes; l'exonération de droits ou d'impôts et de restrictions à l'exportation ou à l'importation de biens et d'équipements; les communications; l'utilisation de véhicules, navires et aéronefs; et le statut temporaire au regard du droit interne, y compris l'immunité de juridiction du pays hôte et le règlement des réclamations. Suivant la pratique récente du Conseil de sécurité de l'ONU, l'accord type sur le statut des forces est appliqué à titre provisoire jusqu'à la conclusion d'un accord particulier entre les parties intéressées.

34. Il faudrait préciser ce qu'entend le Rapporteur spécial lorsqu'il qualifie l'obligation de coopérer d'«obligation de moyens et non de résultat» aux paragraphes 86 et 88 de son cinquième rapport. De l'avis de M. Murase, le caractère général et discrétionnaire de l'obligation de coopérer ne saurait élever celle-ci au niveau ni d'une «obligation de résultat» ni d'une «obligation de moyens» au sens donné à ces notions dans le contexte du régime de la responsabilité de l'État. L'expression «une obligation de moyens et non une obligation de résultat¹⁶¹» figure effectivement au paragraphe 4 du commentaire du paragraphe 2 de l'article 17 des articles sur le droit des aquifères transfrontières, qui énonce les obligations particulières incombant aux États concernés, mais elle est absente du paragraphe 9 du commentaire du paragraphe 4 de l'article 17 qui énonce une obligation générale de coopération.

35. Tout en approuvant la teneur du projet d'article 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance), M. Murase dit qu'il est également important d'accorder les dérogations au droit interne qui sont nécessaires en cas de catastrophe. Ainsi, il faudrait autoriser l'entrée de chiens de sauvetage sur le territoire de l'État affecté sans les soumettre à la procédure normale de quarantaine, et permettre aux médecins étrangers de travailler dans l'État affecté sans exiger de licences ou de diplômes. Ce principe devrait figurer dans le projet d'article 13 sous forme de clause de sauvegarde.

36. S'agissant du projet d'article 14 (Cessation de l'assistance), M. Murase n'est pas certain qu'il soit nécessaire d'énoncer une vérité d'évidence, et il s'inquiète de l'emploi du présent de l'indicatif dans ce contexte. Cela étant, il est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'articles au Comité de rédaction.

37. M. FORTEAU dit qu'il convient de se féliciter de l'attention que le Rapporteur spécial a portée, notamment aux paragraphes 114 et 115 de son rapport, aux questions de prévention et de préparation de la réaction aux

¹⁶⁰ Modèle d'accord sur le statut des forces pour les opérations de maintien de la paix, Rapport du Secrétaire général (A/45/594).

¹⁶¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 46 (paragraphe 4 du commentaire).

¹⁵⁹ Consultable sur le site Web du Ministère des affaires étrangères indonésien (www.kemlu.go.id).

catastrophes – un point sur lequel la Commission avait insisté à sa soixante-troisième session. Il conviendrait d'ailleurs que ces questions soient plus explicitement reflétées dans les projets d'article, en particulier dans le projet d'article A proposé par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport.

38. En ce qui concerne ce que l'on pourrait appeler la prévention ou la préparation «juridiques», la Commission devrait réfléchir à l'introduction d'une disposition qui expliciterait quels sont les types de législations internes dont les États devraient se doter pour permettre soit d'offrir, soit de recevoir une assistance en cas de catastrophe, car c'est là un élément important qui conditionne dans une large mesure la réussite opérationnelle de l'assistance. Le paragraphe 11 du cinquième rapport cite sur ce point un certain nombre de législations. Un renvoi à la première version de la loi type en cours d'élaboration par la FICR¹⁶², mentionnée au paragraphe 190 du cinquième rapport, pourrait être tout à fait utile à cet égard. La proposition formulée par M. Murase de prévoir un projet d'accord type sur le statut des forces est un bon exemple de prévention juridique et mérite d'être sérieusement examinée.

39. En ce qui concerne le projet d'article A, le recours proposé par le Rapporteur spécial à une liste non exhaustive des moyens de la coopération pourrait faire l'objet de débats, et l'on pourrait douter de la portée normative de cette disposition. Il reste que la liste apporte des éléments de précision très utiles, lesquels pourraient d'ailleurs être complétés. Il semblerait notamment légitime d'inclure une référence à l'assistance financière, qui peut être l'un des moyens par lesquels les autres États aident l'État touché à faire face à la catastrophe. De même, il pourrait être nécessaire d'inclure un paragraphe indiquant que l'État assistant doit consulter l'État touché pour savoir quel type d'assistance il estime le mieux adapté, à l'instar de ce que fait la Convention interaméricaine visant à faciliter l'assistance en cas de catastrophe citée au paragraphe 113 du cinquième rapport. Le projet d'article A devrait également prévoir que l'État touché lui-même est tenu à certains comportements au titre de l'obligation de coopérer. Le Rapporteur spécial en donne plusieurs exemples aux paragraphes 101, 102 et 108 de son rapport, mais ces obligations de l'État touché ne sont pour l'instant pas couvertes par le libellé du projet d'article A.

40. Cela étant dit, le projet d'article A pose un problème fondamental, en ce que le Rapporteur spécial le présente au paragraphe 81 de son cinquième rapport comme «une tentative pour préciser les contours de l'obligation de coopérer». Autrement dit, le projet d'article A viendrait préciser le projet d'article 5. Cependant, en réalité, ce n'est pas vraiment ce que fait le projet d'article A, qui ne porte pas sur l'obligation de coopérer en tant que telle. Il propose – ce qui est bien différent – une obligation de «fournir une coopération», en d'autres termes de «fournir une assistance». Ainsi, ce que vient préciser le projet d'article A, ce n'est pas vraiment le projet d'article 5, c'est plutôt le projet d'article 12 (Droit d'offrir son assistance), toujours en cours d'examen par le Comité de rédaction. En visant dans l'intitulé du projet d'article A l'existence d'une «obligation de coopérer» définie dans ce même

projet d'article comme le fait de «fournir une coopération», le Rapporteur spécial semble considérer que les États auraient l'obligation de fournir une assistance. Or, au paragraphe 68 de son rapport, il réaffirme sa conclusion selon laquelle «l'obligation de coopérer en matière de secours n'emporte pas, à l'heure actuelle, d'obligation pour les États de fournir assistance à la demande de l'État touché». Il y a là une contradiction qu'il faudra résoudre.

41. M. Forteau incline à penser que la Commission devrait retenir l'idée qu'il existe une telle obligation, en la consacrant dans le projet d'article 12 et en la détaillant dans le projet d'article A, pour une raison d'équilibre ou de parallélisme des obligations. Il serait difficile d'imposer à l'État affecté une obligation internationale de secourir sa population sans imposer d'obligation correspondante aux autres États lorsque l'État affecté n'est pas en mesure de faire face à une catastrophe. Le parallélisme des responsabilités semble devoir s'imposer ici, compte tenu en particulier de la définition du terme «catastrophe» retenue à l'article 3, qui vise en particulier le risque de «pertes massives en vies humaines».

42. Dire qu'il n'existe aucune obligation des États membres de la communauté internationale de fournir une assistance en cas de catastrophe pourrait, à certains égards, constituer un recul par rapport au droit international existant. D'ailleurs, les paragraphes 71 et 72 du cinquième rapport visent plusieurs précédents, notamment conventionnels, qui paraissent contredire l'idée que l'action de l'État assistant serait toujours une action volontaire. Cela ne veut pas dire que cette obligation devrait être formulée de manière absolue ou inconditionnelle. On pourrait par exemple considérer que cette obligation de fournir une assistance ne vaut que «dans la limite des capacités de chaque État» et «dans la mesure où les circonstances le permettent».

43. S'agissant du projet d'article 13 sur les conditions posées à la fourniture d'assistance, M. Forteau dit qu'en premier lieu il conviendrait d'insérer au tout début du texte une précision selon laquelle le projet d'article s'applique sous réserve des obligations énoncées aux projets d'articles 9 (Rôle de l'État affecté), paragraphe 1, et 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure), paragraphe 2. Le fait d'imposer des conditions à l'assistance ne doit pas aboutir à se soustraire à l'obligation d'assurer la protection des personnes, ni constituer un moyen détourné de refuser arbitrairement l'assistance.

44. Deuxièmement, la formulation actuelle du projet d'article 13 paraît beaucoup trop lapidaire et ne synthétise pas l'ensemble des éléments très importants examinés dans le chapitre du cinquième rapport sur les conditions de la fourniture d'assistance. M. Forteau propose donc de détailler le projet d'article 13 ou de le compléter par d'autres projets d'article, de manière à ce que soient traitées les questions suivantes: l'obligation incombant aux entités portant assistance de respecter le droit local; l'obligation correspondante de l'État affecté d'assurer la protection des entités et personnes lui portant assistance; l'obligation incombant à l'État affecté d'évaluer l'ampleur et la nature de ses besoins; et le principe selon lequel les modalités opérationnelles de l'assistance peuvent ou doivent être réglées par voie d'accord entre les parties intéressées.

¹⁶² Voir *supra* la note 141.

45. Troisièmement, la question de l'articulation entre le régime de l'assistance, d'une part, et les autres règles du droit international ou national, d'autre part, paraît justifier une formulation plus précise de la règle énoncée au projet d'article 13. En particulier, il paraît assez difficile de concevoir que l'État affecté ait le devoir «de déroger le cas échéant à la législation nationale», comme cela est indiqué au paragraphe 119 du cinquième rapport. Demander à l'État de déroger à ses règles internes est incompatible avec le principe de l'état de droit, sauf à considérer que «déroger» signifie dans ce contexte adopter une législation interne d'exception aux fins de permettre l'opération d'assistance extérieure. Conditionner le déploiement de l'assistance extérieure à l'adoption d'une telle législation risque néanmoins de faire perdre un temps précieux, voire d'empêcher que cette assistance soit apportée au moment où elle est précisément la plus nécessaire.

46. Aussi M. Forteau propose-t-il de procéder de manière différente, c'est-à-dire de formuler une disposition à deux temps, qui prévoirait: a) que l'opération d'assistance doit se faire en principe dans le respect du droit international et du droit interne de l'État affecté, mais b) que ce principe connaît des exceptions lorsque le respect de ces règles risquerait d'entraver l'opération d'assistance – exceptions qui reposeraient, juridiquement, soit sur les clauses dérogatoires applicables, de droit international ou de droit interne, auxquelles il serait renvoyé, soit sur les règles relatives à la détresse ou l'état de nécessité telles qu'elles sont définies aux articles 24 et 25 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁶³.

47. Le projet d'article 14 (Cessation de l'assistance) paraît tout à fait acceptable et bienvenu. Il conviendrait néanmoins de le compléter, sous trois angles. Tout d'abord, le projet d'article devrait rappeler le principe énoncé au paragraphe 182 du cinquième rapport du Rapporteur spécial, à savoir que l'État touché reste maître de la durée pendant laquelle l'assistance est fournie et que les acteurs de l'assistance doivent quitter le territoire si l'État touché le leur demande. Ensuite, il devrait y être précisé que ce principe vaut sous réserve que la demande de retrait du territoire ne constitue pas un refus arbitraire de consentement à l'assistance extérieure. C'est là le prolongement de ce que prévoit le paragraphe 2 du projet d'article 11, qui devrait aussi en quelque sorte faire sentir ses effets dans le projet d'article 14. Enfin, il pourrait être nécessaire de préciser qu'en cas de retrait les parties concernées doivent coopérer afin de permettre un retrait sans heurts du territoire de l'État affecté, s'agissant des modalités de rapatriement des biens et des personnes.

48. Sous ces diverses réserves, qui découlent directement de la vaste pratique recensée par le Rapporteur spécial, M. Forteau se prononce en faveur du renvoi des projets d'article proposés au Comité de rédaction.

49. M. TLADI dit qu'en tant que nouveau membre de la Commission il entend ajouter à ses commentaires sur le cinquième rapport de brèves observations sur les projets

d'article déjà adoptés à titre provisoire par la Commission. Ses vues sur le cinquième rapport du Rapporteur spécial sont en grande partie influencées par sa position générale sur les projets d'article précédents.

50. Il tient à dire d'emblée qu'à son avis la protection des personnes en cas de catastrophe est un sujet important compte tenu de la fréquence, de l'ampleur et des conséquences potentiellement graves des catastrophes. Il pense que la décision du Rapporteur spécial d'aborder le sujet sous l'angle des droits de l'homme, laquelle a depuis été approuvée par la Commission, est correcte. Il estime aussi que le principe fondamental qui devrait constituer le fil conducteur de l'examen du sujet est celui de la coopération.

51. Bien qu'il souscrive pour l'essentiel au contenu des projets d'article adoptés jusqu'à présent à titre provisoire et partage de manière générale les vues exprimées par le Rapporteur spécial, son désaccord sur les quelques dispositions qu'il désapprouve est particulièrement ferme. Lors de l'examen par la Commission du sujet de l'expulsion des étrangers, il a parlé de la nécessité de concilier la souveraineté de l'État et la protection des droits de l'homme. Il a affirmé que l'équilibre à trouver ne pouvait pas toujours être réalisé de la même façon et que le contexte et l'état de développement des différents domaines du droit jouaient un rôle important à cet égard. C'est pourquoi il propose, dans les projets d'article, de réexaminer cet équilibre. De plus, il n'est toujours pas convaincu qu'un projet d'articles constitue nécessairement la forme la plus utile que pourrait prendre le produit final de l'examen. Ce point de vue a aussi été exprimé par certaines délégations à la Sixième Commission, tout particulièrement celles du Royaume-Uni¹⁶⁴ et de la République islamique d'Iran¹⁶⁵.

52. S'agissant du fond, les projets d'articles comportent de nombreuses dispositions autonomes qui ne créent pas de droits ni d'obligations propres, et ne fixent aucune norme particulière dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe. Autrement dit, ces dispositions n'ont pas de portée véritablement opérationnelle, mais semblent plutôt poser des principes généraux qui visent à éclairer l'interprétation du texte dans son ensemble. Néanmoins, on ne voit pas clairement, par exemple, à quoi cela sert de proclamer dans le projet d'article 8 que les personnes affectées par une catastrophe «ont droit au respect de leurs droits de l'homme», comme si cela avait jamais été mis en doute. Ce libellé laisserait presque penser que le développement du droit international des droits de l'homme au cours des soixante ou soixante-dix dernières années aurait en quelque sorte exclu les personnes affectées par des catastrophes naturelles. Une réflexion analogue pourrait être faite à propos des projets d'articles 6 et 7. C'est pourquoi M. Tladi propose que soit ajoutée une disposition distincte qui énumérerait tous les principes sur lesquels repose le projet d'articles et qui sont censés être pertinents pour son interprétation dans son ensemble. On ne voit pas pourquoi le principe de co-opération, qui fait l'objet du projet d'article 5, ne pourrait pas aussi être traité de cette façon.

¹⁶³ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

¹⁶⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session*, 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 45.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 50.

53. Dans le texte adopté jusqu'à présent, les dispositions appelées à produire le plus d'effet sont les projets d'articles 8 à 12. Ce qui est déterminant, c'est l'équilibre à trouver entre les principes fondamentaux sur lesquels repose l'assistance humanitaire en cas de catastrophe, c'est-à-dire le respect de la souveraineté de l'État affecté et la nécessité d'assurer une assistance appropriée aux victimes. La manière de réaliser cet équilibre a fait l'objet d'amples commentaires à la Sixième Commission, et les délégations ont été divisées sur la question. La délégation du Pakistan a fait une observation intéressante à propos des projets d'articles 10 et 11, paraissant laisser entendre qu'un État affecté par une catastrophe pourrait ne pas solliciter d'assistance¹⁶⁶. M. Tladi se demande ce qui pourrait inciter un État raisonnable, qui constate qu'une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention, à refuser de solliciter une assistance à moins qu'il ne soit contraint de le faire en vertu d'une obligation juridique. Il est vrai que c'est une question de principe, laquelle cache cependant une véritable question juridique qui sous-tend l'équilibre souveraineté/coopération. La même question se pose à propos du sens que l'on entend donner à l'adverbe « arbitrairement » au paragraphe 2 du projet d'article 11. Si ce terme n'est pas défini, le projet d'article 11 restera sans intérêt. L'arbitraire, en tant que concept juridique, vise des décisions irrationnelles ou des décisions dépourvues de justification. Or, un État a toujours une justification pour ses actions, même si l'on peut douter de la validité de la justification ou la désapprouver.

54. La véritable question de droit, que le projet d'article 11 ne traite pas, et ne peut probablement pas traiter, est celle de savoir si, en droit international, un État a le droit de décider de qui il acceptera ou non une assistance et sous quelles conditions. Aucun État ne refusera jamais de solliciter ou d'accepter une assistance en cas de catastrophe s'il ne peut y faire face. On peut néanmoins concevoir que des États ne soient pas disposés, pour des motifs politiques, à solliciter et accepter une assistance de tel ou tel État ou groupe d'États. Cela pose la question de savoir si le projet d'article implique qu'un État est obligé d'accepter l'assistance d'États avec lesquels il n'entretient pas de bonnes relations.

55. Dans les commentaires sur les projets d'articles 10 et 11 qu'elle a formulés à la Sixième Commission, la FICR a noté qu'en droit international les États sont libres de choisir à qui ils adressent des demandes d'assistance et de qui ils acceptent des offres d'assistance¹⁶⁷. Ainsi, à moins que la Commission ne soit prête à dire le contraire, les projets d'articles 10 et 11 auraient peu d'effet pratique, hormis la réaffirmation de principes généraux de coopération. À cet égard, M. Tladi signale la déclaration faite par la délégation d'Israël à la Sixième Commission, selon laquelle les relations entre l'État affecté et les États tiers devaient être comprises, non en termes de droits, mais sous l'angle de la coopération internationale¹⁶⁸.

56. Lors des débats de la Commission sur le sujet à sa soixante-troisième session, M. Dugard a cité le Myanmar comme exemple d'un État ayant refusé son

consentement – en plaidant en fait pour une obligation d'accepter l'assistance¹⁶⁹. Les recherches que M. Tladi a effectuées sur les sites Web d'informations internationales ont confirmé que le Gouvernement du Myanmar avait motivé son refus de l'assistance acheminée par des navires de guerre des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni, et avait insisté sur le droit de distribuer lui-même l'aide, comme l'a précédemment indiqué M. Murase. Cela pourrait-il être considéré comme un refus arbitraire du consentement ? La question porte sur le point de savoir qui fournit l'assistance et sous quelles conditions, et non si ces conditions sont acceptées. Insister sur une obligation de fournir assistance supposerait que la Commission examine la question, et M. Tladi n'est pas certain qu'elle soit à même de le faire. Ce n'est sûrement pas une question qui peut être résolue par le biais de commentaires.

57. L'idée que la relation entre l'État affecté et les États tiers doit être plutôt appréhendée du point de vue de la coopération qu'en termes de droits et de devoirs est renforcée par les vues du Rapporteur spécial et les commentaires des États à la Sixième Commission sur la question de savoir s'il existe une obligation de fournir assistance. Si l'affirmation d'une obligation juridique de recevoir l'assistance est si fondamentale pour le déploiement par la communauté internationale d'une assistance humanitaire efficace en cas de catastrophe, M. Tladi se demande pourquoi il y a une objection quasi universelle à la reconnaissance d'une obligation de fournir assistance, pour laquelle a plaidé M. Forteau. Il n'est pas convaincu par les raisons avancées qui sont fondées sur la limite des capacités des États tiers. Conformément au projet d'article 10, l'obligation de rechercher de l'assistance est subordonnée aux limites de l'État affecté. Rien n'interdit donc l'insertion d'une condition analogue concernant l'obligation de fournir assistance, lorsque l'assistance est demandée, ou exigeant que cette assistance ne soit pas arbitrairement refusée, comme l'a également mentionné M. Forteau.

58. M. Tladi ne propose cependant pas que le projet d'articles impose une telle obligation. Il considère au contraire que l'insistance sur une relation définie en termes de droit/devoir n'est ni utile ni nécessaire, et cette conclusion a des implications quant à la forme que devraient prendre les travaux de la Commission sur le sujet.

59. Il a de sérieux doutes quant à l'idée que l'obligation de ne pas refuser arbitrairement le consentement refléterait la pratique des États. Dans son quatrième rapport¹⁷⁰, le Rapporteur spécial citait quelques instruments sur lesquels il semble s'être appuyé pour rédiger le projet d'article 11. À propos tout d'abord des instruments qui posent expressément une telle obligation, les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays¹⁷¹ ne sont pas constitutifs d'une pratique étatique ; il s'agit d'un ensemble de principes regroupés par le Représentant du Secrétaire général sur les personnes déplacées dans leur propre pays. Néanmoins, au-delà de la question de forme, le paragraphe 2 du principe directeur 25 sur lequel est fondé le projet d'article 11 pose lui-même question : selon les notes explicatives des

¹⁶⁶ Ibid., 25^e séance (A/C.6/66/SR.25), par. 7.

¹⁶⁷ Ibid., par. 41.

¹⁶⁸ Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 33.

¹⁶⁹ *Annuaire... 2011*, vol. I, 3103^e séance, par. 56.

¹⁷⁰ Ibid., vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643.

¹⁷¹ E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe.

Principes¹⁷², le paragraphe 2 du principe directeur 25 est fondé sur les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels. Ces instruments prévoient que les actions de secours sont subordonnées à l'accord des parties concernées (art. 70, par. 1, Protocole I); que la puissance occupante doit accepter les actions de secours (art. 59, par. 1, quatrième Convention de Genève); et que des actions de secours seront entreprises avec le consentement de la Haute Partie contractante concernée (art. 18, par. 2, Protocole II).

60. Il est tout simplement injustifié, sur la base de ces dispositions, de conclure qu'il existe une obligation juridique générale de ne pas refuser arbitrairement l'assistance. L'article 59 de la quatrième Convention de Genève s'applique évidemment à des territoires occupés. Dans de telles situations, on peut imaginer qu'une puissance occupante puisse avoir intérêt à refuser une assistance à la population du territoire; une obligation juridique «d'accepter» des actions de secours est donc compréhensible. On peut cependant douter de la cohérence juridique d'une extension de cette obligation à des situations autres que l'occupation d'un territoire.

61. Le fait que l'obligation «d'accepter» est limitée aux cas de territoires occupés ressort également clairement des autres dispositions sur lesquelles le paragraphe 2 du principe directeur 25 est censé être fondé. Ni l'article 70 du Protocole I ni le paragraphe 2 de l'article 18 du Protocole II n'obligent l'État affecté à «accepter»; ils ne font pas non plus obligation à ces États affectés de ne pas refuser arbitrairement leur consentement. En vertu de ces dispositions, l'assistance est subordonnée à l'accord des États concernés, sans que les modalités de cet accord correspondent à celles proposées dans le projet d'article 11 et le principe directeur 25.

62. Selon le quatrième rapport du Rapporteur spécial, l'Assemblée générale s'est dite satisfaite des principes directeurs. En fait, dans sa résolution 62/153 du 18 décembre 2007, l'Assemblée générale a reconnu que les Principes directeurs constituaient un cadre et a encouragé les acteurs concernés à les appliquer (par. 10). De plus, étant donné que la résolution vise principalement les normes et leur application, et évite de mentionner les Principes directeurs dans le contexte du droit, il semble que l'adhésion de l'Assemblée aux Principes directeurs ait été limitée à leurs aspects plus pratiques, à savoir faciliter la coopération. Par ailleurs, alors que l'Assemblée a encouragé les États à se doter d'une législation mettant en œuvre les Principes directeurs, le Rapporteur spécial n'a cité aucune législation qui impliquerait une obligation d'accepter l'assistance. Enfin, bien que l'Assemblée ait adopté une douzaine de résolutions sur l'assistance humanitaire à sa soixante-sixième session, elle n'a visé dans aucune d'elles le type d'obligation mentionné dans le projet d'article 11.

63. Au paragraphe 60 du quatrième rapport, le Rapporteur spécial a tenté de s'appuyer sur la disposition

¹⁷² W. Kälin, *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes dans leur propre pays: notes explicatives*, Société américaine de droit international et Brookings Institution, 2008, p. 145 (consultables à l'adresse suivante: www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/06_gp_annotations_french.pdf).

générale énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Indépendamment du fait que le paragraphe 60 avance une interprétation excessivement généreuse de cette disposition, on ne comprend pas bien pourquoi, si l'article 2 implique une obligation de ne pas refuser l'assistance, il ne pourrait pas aussi s'appliquer pour imposer une obligation de fournir assistance.

64. Le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre que la coopération joue un rôle central dans le contexte des secours en cas de catastrophe. C'est en précisant les contours du principe de coopération que les travaux de la Commission pourront revêtir une utilité pratique pour les États, et non en créant des droits et obligations qui, outre qu'ils n'existent pas dans la pratique, ne présentent aucune utilité. M. Tladi souscrit aux facteurs que le Rapporteur spécial a définis comme importants pour préciser l'obligation de coopérer.

65. À propos du projet d'article A, si M. Tladi juge acceptable la liste des domaines particuliers dans lesquels les États tiers devraient fournir une assistance et approuve l'inclusion des mots «et autre» il est surpris du ton comminatoire du membre de phrase «Les États et les autres acteurs [...] fournissent [...] une coopération» pour plusieurs raisons: d'abord, tout simplement parce que cela semble induire une obligation juridique de fournir assistance alors qu'en fait les projets d'article indiquent clairement qu'une telle obligation n'existe pas; ensuite, parce que le libellé du projet d'article paraît supprimer la marge d'appréciation de l'État portant assistance pour déterminer la nature de l'assistance qu'il fournira ou pourra fournir. À son avis, l'adjonction de la formule «selon qu'il conviendra» ne règle pas le problème car, telle qu'il la comprend, elle vise le caractère approprié de la catégorie d'assistance par rapport à la catastrophe et non la volonté ou la faculté de fournir telle ou telle catégorie d'assistance. C'est néanmoins une question qui pourrait être examinée par le Comité de rédaction.

66. Les conditions de fourniture de l'assistance sont également importantes car elles règlent des questions pratiques, comme l'accès à la région touchée par la catastrophe, faute de quoi l'assistance humanitaire serait difficile, voire impossible. Tout en accueillant favorablement nombre des questions soulevées par le Rapporteur spécial, M. Tladi ne peut souscrire à l'approche adoptée car il désapprouve le point de départ du projet d'articles, c'est-à-dire la relation droit/devoir entre l'État affecté et l'État assistant. L'approche droit/devoir est évidente lorsque le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 117 du cinquième rapport qu'il examinera les conditions auxquelles l'État affecté peut subordonner la fourniture de l'aide, en laissant penser que ces conditions sont en nombre limité. En réalité, c'est l'inverse qui est vrai. Bien que certaines conditions ne soient pas envisageables, en règle générale l'État affecté peut poser toutes les conditions qu'il juge nécessaires. Le projet d'article 13 reflète précisément cette position du droit international, si bien que les critiques de M. Tladi visent moins le projet d'articles que la substance du rapport.

67. Le projet d'article 13 lui semble donc approprié, même s'il préférerait qu'il soit rédigé sous forme de

directive, mais il considère que plusieurs des questions abordées dans les paragraphes 120 à 181 du cinquième rapport, y compris l'obligation de faciliter l'entrée des équipes d'assistance, mériteraient d'être précisées, non pas comme des conditions susceptibles d'être imposées, mais comme différentes catégories de coopération, ainsi que M. Forteau l'a suggéré. Ainsi, l'obligation de coopérer des États prêtant assistance implique une obligation d'exécuter certaines tâches particulières, telles qu'elles sont énumérées dans le projet d'article A, mais le corollaire de cette obligation de coopération est que l'État affecté est tenu de faciliter l'assistance. Les questions relatives aux dispenses de visa et à la fourniture de l'assistance n'ont rien à voir avec la fixation de conditions au déploiement de l'assistance, mais découlent plutôt de la coopération en vue de faciliter l'assistance. Cette coopération devrait définir les relations entre l'État fournissant l'assistance et l'État affecté, et toutes les obligations éventuellement définies doivent être celles qui découlent de cette coopération et qui sont nécessaires pour lui donner effet.

68. M. Tladi tient à affirmer clairement que les États affectés n'ont aucune obligation générale de faire telle ou telle chose mentionnée aux paragraphes 120 à 181 du rapport. Néanmoins, dès lors que l'assistance a été offerte et acceptée, l'obligation de coopérer implique celle de faciliter l'entrée, que ce soit par une dérogation à la législation existante ou le recours aux exceptions prévues par celle-ci. Le Rapporteur spécial s'est appuyé, pour nombre de ses affirmations à cet égard, sur plusieurs accords, notamment l'Accord de 2005 de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence et la Convention de Tampere de 1998 sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe. Or, il est clair que leurs dispositions sont fondées sur le modèle – demande, offre et acceptation de l'assistance. Ainsi, alors que dans son cinquième rapport le Rapporteur spécial paraît laisser entendre qu'il existe une obligation générale d'autoriser l'entrée de personnel, de fournitures et/ou d'équipements, une telle obligation de coopération ne fait que résulter d'un accord entre l'État affecté et l'État prêtant assistance sur la fourniture de l'assistance.

69. Ce sont là quelques-uns des aspects pratiques dont l'examen pourrait permettre d'élaborer un instrument susceptible d'être utile aux États lorsqu'ils coopèrent pour prêter assistance aux personnes affectées en cas de catastrophe. Axer l'attention sur les droits et obligations, comme le fait le projet d'articles, lorsque les droits et obligations n'ont aucune teneur ou valeur normative, est inutile. S'agissant de la forme définitive des travaux de la Commission sur le sujet, M. Tladi n'est pas convaincu qu'un instrument juridique revêtant la forme d'une convention, énonçant des obligations juridiques ésotériques quasiment dépourvues de valeur pratique, corresponde aux besoins de la communauté internationale. À cet égard, il souscrit à l'appel de M. Murase en faveur d'une approche plus pratique qui serait utile à la communauté internationale en ce qu'elle préciserait les différentes catégories de coopération et d'assistance requises en cas de catastrophe.

70. M. AL-MARRI dit qu'il convient de féliciter le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport. La protection

des personnes en cas de catastrophe et la détermination des droits et obligations des États affectés correspondent à des obligations couvertes par les législations, règles et pratiques internationales et nationales. Le rapport et les recommandations ont une très grande valeur car ils sont équilibrés et reposent sur la pratique effective des États. Le rapport donne aussi des renseignements utiles sur le rapport entre les principes directeurs et le projet d'articles. Les projets d'articles 13 et 14 méritent d'être pleinement appuyés par la Commission. Ayant suivi avec intérêt les interventions faites jusqu'à présent, il espère que le débat prendra en considération la responsabilité de l'État affecté, s'agissant notamment de garantir l'accès aux secours et la bonne gestion de ceux-ci. Il tient à souligner tout particulièrement ce point, étant donné qu'au fil des années on a vu certains États refuser une assistance extérieure tout en étant incapables de venir en aide à leurs propres populations sinistrées.

71. M. KITTICHAISAREE, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour son impressionnant travail, tient à réserver sa position sur les dispositions précises des projets d'articles et s'attache à une autre question. Il ressort manifestement du débat à la Sixième Commission qu'il existe des différences conceptuelles sur le sujet, que le Rapporteur spécial a évoquées dans le rapport. Apparemment, 13 délégations ont accueilli favorablement le fait de conférer un caractère juridique, et non pas simplement moral ou politique, à l'obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance au titre de l'article 10 (voir le paragraphe 24 du cinquième rapport), tandis que 19 autres États se sont opposés à l'idée que l'État affecté aurait une obligation juridique de rechercher une assistance extérieure dans les cas où une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention (ibid., par. 28).

72. L'un des thèmes récurrents du débat à la Sixième Commission a porté sur le fait que les travaux de la Commission sur le sujet n'incluent pas le concept de « responsabilité de protéger ». Les délégations ont approuvé le point de vue de la Commission, fondé sur la position du Secrétaire général, selon lequel le concept de « responsabilité de protéger » ne s'inscrit pas dans le champ du sujet et ne s'applique qu'à quatre crimes précis : génocide, crimes de guerre, nettoyage ethnique et crimes contre l'humanité¹⁷³. Cependant, la délégation de la Pologne a fait valoir que le moment était venu d'envisager d'étendre cette notion aux catastrophes naturelles¹⁷⁴. Plusieurs États ont fait observer que l'emploi du mot « devoir » dans le projet d'article 9 était bienvenu pour diverses raisons, notamment afin d'éviter toute confusion avec le concept de « responsabilité » (ibid., par. 23).

73. Les États Membres craignent apparemment que la Commission confonde les deux régimes. Dans la plupart des cas, l'État affecté a véritablement intérêt à protéger les personnes présentes sur son territoire, mais, dans certains cas extrêmes, le refus des autorités de rechercher de l'assistance pourrait procéder d'une intention malveillante afin de contrer l'opposition, comme cela s'est

¹⁷³ Rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de la responsabilité de protéger (A/63/677).

¹⁷⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 21^e séance (A/C.6/66/SR.21), par. 85.

produit au Darfour, où des crimes contre l'humanité ont d'ailleurs donné lieu à la «responsabilité de protéger»¹⁷⁵.

74. C'est pourquoi M. Kittichaisaree propose que la Commission envisage d'aborder différemment le sujet. Il y aurait tout d'abord un régime général applicable aux États qui ne se trouvent pas dans une situation extrême, dans lequel ceux-ci seraient généralement présumés avoir le droit souverain de décider auprès de qui, à quel moment et sous quelles conditions ils souhaitent rechercher une assistance extérieure. Ensuite, pour les États qui se trouvent dans une situation extrême, la Commission devrait réexaminer soigneusement les dispositions du projet d'article 10 et du projet d'article 11, paragraphe 2, dans la mesure où elles s'appliquent à des situations où la catastrophe dépasse la propre capacité d'intervention de l'État et où celui-ci refuse son consentement d'une manière arbitraire, déraisonnable ou malveillante. Si la Commission adoptait une telle approche, il y aurait davantage d'États Membres prêts à approuver les recommandations du Rapporteur spécial. Il faut noter que même l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, fréquemment cité dans le rapport, n'impose pas d'obligations juridiques à ses membres, mais se borne à énumérer les meilleures pratiques à suivre.

75. M. PARK remercie le Rapporteur spécial pour la présentation de son cinquième rapport, qui contribuera certainement au développement du droit international, en particulier en ce qui concerne les principes fondamentaux relatifs aux secours et à l'assistance, aux obligations des États affectés par des catastrophes naturelles et au droit d'accès des différents acteurs. Il est toujours difficile de concilier les principes de la protection des victimes et de la souveraineté des États affectés. M. Park aimerait savoir lequel de ces deux principes est considéré par le Rapporteur spécial comme ayant une importance primordiale. Il importe aussi de tirer les leçons des expériences passées, comme les raisons de l'échec de l'Union internationale de secours établie par la Société des Nations en 1927. À l'avenir, M. Park accueillerait aussi favorablement des propositions concernant les privilèges et immunités des personnes participant aux opérations de secours et d'assistance.

76. Sur des points plus particuliers, M. Park a une proposition à faire pour résoudre la tension entre les projets d'articles 10 et 11 consacrés à l'obligation de rechercher de l'assistance et à la nécessité du consentement. Il voit dans l'évaluation des besoins, examinée au paragraphe 151 du rapport, la clef qui doit permettre de régler le conflit et qui mériterait de faire l'objet d'un projet d'article distinct. Néanmoins, l'évaluation des besoins ne devrait incomber à l'État affecté mais devrait être effectué par une institution internationale neutre. À cet égard, il renvoie les membres à la loi type de la FICR relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe¹⁷⁶, mentionnée au paragraphe 190 du rapport, qui consacre une notion analogue.

77. Pour ce qui est de la relation entre le projet d'article 5 et les projets d'articles 12 et A, il est intéressant de noter que la plupart des États ont répondu par la négative à la question de la Commission concernant l'obligation de fournir une assistance aux États affectés par une catastrophe lorsqu'ils la demandent. Le projet d'article 12 vise le droit d'offrir assistance, c'est-à-dire qu'il y aurait un droit sans obligation correspondante. Or, le projet d'article 5 concerne l'obligation de coopérer. Le Rapporteur spécial s'est efforcé de trouver une solution pratique sous la forme du nouveau projet d'article A. M. Park souhaiterait néanmoins plus d'explications sur la relation entre le projet d'article 5 et le nouveau projet d'article A. Celui-ci a-t-il simplement pour objectif de préciser le premier ou vise-t-il à établir une limite?

78. En conclusion, M. Park se demande si la Commission peut encore soutenir qu'il n'existe aucune obligation de fournir assistance dans le cas de catastrophes naturelles très graves entraînant de si lourdes pertes que l'intervention du Conseil de sécurité pourrait être justifiée.

La séance est levée à 18 heures.

3139^e SÉANCE

Mardi 3 juillet 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M^{me} Jacobson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protection des personnes en cas de catastrophe (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652 et A/CN.4/L.812]

[Point 4 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur la protection des personnes en cas de catastrophe (A/CN.4/652).

2. M. HASSOUNA félicite le Rapporteur spécial pour son rapport bien documenté qui fournit une base solide pour débattre d'importantes questions de droit et de politique. Il estime qu'à ce stade de ses travaux la Commission n'aurait pas dû rouvrir un débat de fond, qu'elle aurait dû réserver à la seconde lecture, sur les 11 projets d'article assortis de leurs commentaires qu'elle a déjà adoptés et sur le projet d'article en cours d'examen. Cependant, étant donné que tous les projets d'article sont liés et que

¹⁷⁵ Voir les résolutions 1706 (2006) et 1769 (2007) du Conseil de sécurité, en date respectivement du 31 août 2006 et du 31 juillet 2007.

¹⁷⁶ Voir *supra* la note 141.

des membres de la Sixième Commission, ainsi que des membres de la Commission dans sa composition actuelle, ont exprimé leurs points de vue sur nombre de ces textes, M. Hassouna souhaite à son tour faire quelques observations sur les principaux projets d'article figurant dans le rapport du Rapporteur spécial. Il espère que le débat en cours contribuera à jeter les bases des travaux qui seront réalisés en seconde lecture.

3. Au paragraphe 43 de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session¹⁷⁷, la Commission a indiqué qu'elle accueillerait avec intérêt toute information concernant la pratique des États sur le sujet à l'examen. Malheureusement, trois États seulement – l'Autriche¹⁷⁸, la Hongrie¹⁷⁹ et l'Indonésie¹⁸⁰ – auxquels s'est récemment ajoutée la Belgique, ont fait état de leur législation interne relative aux secours en cas de catastrophe. Cela montre que, malgré le caractère important et urgent de ce sujet, la plupart des États n'ont pas de législation dans ce domaine. Les membres de la Commission conviennent, pour la plupart, que l'approche globale adoptée pour traiter le sujet à l'examen doit viser à concilier l'impératif de protéger les personnes affectées par des catastrophes et celui de respecter les principes de souveraineté de l'État et de non-ingérence. Pour atteindre cet objectif, il faut également que l'assistance humanitaire apportée aux personnes dans le besoin reste toujours neutre et objective, et ne fasse jamais l'objet d'une politisation. En outre, cette assistance doit toujours se fonder sur les principes de solidarité et de coopération entre tous les acteurs concernés.

4. En ce qui concerne le rôle de l'État affecté, qui fait l'objet du projet d'article 9, et son obligation de rechercher de l'assistance, prévue par le projet d'article 10, la question se pose de savoir qui est habilité à déterminer, d'une part, s'il existe une situation de catastrophe qui appelle une intervention et, d'autre part, si l'État affecté s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu des projets d'article. Il faut aussi savoir si une telle appréciation incombe uniquement aux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, ou si les États à titre individuel sont autorisés à décider si l'intervention d'un État à la suite d'une catastrophe est inappropriée, et qui décide qu'une catastrophe dépasse la propre capacité d'intervention de l'État affecté. Il s'agit de questions fondamentales auxquelles seuls peuvent répondre un organe international neutre ou une autorité de même nature créés aux fins de superviser la protection des personnes en cas de catastrophe, comme M. Hassouna l'a déjà fait valoir au cours de débats antérieurs, cette position étant partagée par M. Gaja, ancien membre de la Commission, et par M. Park, qui a fait une proposition en ce sens à la séance précédente.

5. Le projet d'article 11 dispose que le consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure ne peut pas être refusé « arbitrairement », terme qui est bien trop vague et qui devrait être précisé dans le texte ou dans le commentaire. Les mêmes questions se posent pour ce projet d'article : qui évalue le caractère arbitraire du refus et quelles

en sont les conséquences? En outre, le projet d'article, en mettant l'accent sur le nécessaire consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure, suppose à l'évidence que cet État ait un gouvernement – mais si celui-ci est détruit par une catastrophe naturelle, le consentement est-il toujours requis? De plus, dans le cas d'une insurrection armée, quel consentement l'emporte? Un État qui reconnaît un gouvernement en exil peut-il s'appuyer sur le consentement de ce gouvernement pour apporter une aide? Autant de questions auxquelles la Commission devra apporter une réponse.

6. Le projet d'article 12, qui vise à reconnaître l'intérêt légitime qu'a la communauté internationale de protéger les personnes en cas de catastrophe, dispose que les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales et organisations non gouvernementales compétentes ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté pour faire face à une catastrophe. Cette assertion est un simple constat d'une réalité factuelle et n'a pas de véritable valeur juridique. Il faudrait plutôt, dans le projet d'article, faire mention de la communauté internationale en indiquant que celle-ci peut offrir son assistance à l'État affecté en se fondant sur les principes de solidarité et de coopération. Pour ce qui est de la question, posée par la Commission, de savoir si l'obligation qu'ont les États de coopérer avec l'État affecté concernant les secours en cas de catastrophe comprend une obligation pour les États de fournir leur assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande, l'analyse de la pratique internationale qu'a faite le Rapporteur spécial confirme qu'il n'y a à l'heure actuelle aucune obligation juridique de ce type et que la fourniture d'une assistance d'un État à un autre à la demande de celui-ci se fonde sur le caractère volontaire de l'intervention de l'État qui apporte l'assistance. Cependant, le Rapporteur spécial fait également valoir que, s'il n'existe pas d'obligation de fournir une assistance à la demande d'un État, il peut exister une obligation de « prendre dûment en considération » les demandes d'assistance formées par l'État affecté. Étant donné que, selon le Rapporteur spécial, la pratique offre un certain nombre d'exemples en ce sens, il serait approprié d'élaborer un projet d'article supplémentaire pour insister sur cette obligation. Cette disposition irait non seulement dans le sens du développement progressif du droit international mais elle mettrait davantage l'accent sur la nécessité pour l'État requis de s'acquitter de son obligation de coopérer conformément au principe de bonne foi.

7. Au chapitre de son rapport sur le développement de l'obligation de coopérer, le Rapporteur spécial s'est efforcé d'expliquer plus avant l'obligation de coopérer et d'en préciser les contours. Il convient de souligner que la coopération joue un rôle central dans le contexte des secours d'urgence et qu'à ce titre elle est expressément consacrée par plusieurs résolutions de l'ONU, conventions multilatérales et accords régionaux et bilatéraux. Ainsi, dans sa résolution 57/150 du 16 décembre 2002, l'Assemblée générale encourage le renforcement de la coopération entre États aux niveaux régional et sous-régional dans le domaine de la préparation et de la réaction aux catastrophes. Lors du dix-septième Sommet de la Ligue arabe tenu en Algérie les 22 et 23 mars 2005, les participants ont préconisé la création d'un mécanisme de

¹⁷⁷ *Annuaire...* 2011, vol. II (2^e partie), p. 18.

¹⁷⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session*, 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 23.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 58.

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 71.

coordination et de coopération entre les gouvernements arabes et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales. En 2008, les membres de la Ligue sont parvenus à un accord sur la création de ce mécanisme et sur l'adoption d'un programme pour sa mise en œuvre aux niveaux national et régional¹⁸¹. Cet accord se fonde sur la coopération pendant les trois étapes de l'intervention en cas de catastrophe, à savoir la préparation, l'intervention et le relèvement.

8. Dans son analyse de l'obligation de coopérer, le Rapporteur spécial a noté que les conventions récentes portent essentiellement sur la prévention et la préparation, et ne sont plus axées au premier chef sur l'intervention en cas de catastrophe. En outre, il a mentionné à la séance précédente les résultats de la réunion de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Sommet de Rio+20) consacrée à l'environnement, dont les participants ont appelé à une coopération accrue pour réduire le risque de catastrophe dans les pays en développement, notamment grâce à la mise en place de systèmes d'alerte rapide¹⁸². Or, le projet d'article A proposé sur l'obligation de coopérer, tout en énumérant les divers éléments qui constituent généralement la coopération au titre de l'assistance en cas de catastrophe, ne traite pas de la question de la coopération en vue de la prévention des catastrophes et de l'atténuation de leurs effets. De plus, bien que le Rapporteur spécial ait promis d'examiner cette question dans un rapport futur, il serait approprié de mentionner la coopération *ex ante* dans le projet d'article en question.

9. Dans le chapitre du rapport, consacré aux conditions de la fourniture d'assistance, le Rapporteur spécial a mentionné la reconstruction et le développement durable. Or, en cas de catastrophe, il faut tout d'abord fournir un abri aux personnes déplacées, puis mettre l'accent sur la reconstruction, et alors seulement s'occuper de la protection de l'environnement. Dans une perspective réaliste, le développement durable ne devrait être qu'un objectif à long terme. En ce qui concerne le projet d'article 13 sur les conditions posées à la fourniture d'assistance, M. Hassouna estime que le libellé, trop général et vague, devrait être plus spécifique et précis. Le texte remanié pourrait comporter deux paragraphes qui se liraient comme suit :

«1. L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance, dans la mesure où ces conditions n'imposent pas de limites arbitraires ou déraisonnables à la fourniture de l'aide.

«2. Les États affectés ne devraient pas utiliser leur législation nationale ou le droit international de manière arbitraire ou déraisonnable pour empêcher la fourniture de l'aide si, ce faisant, ils compromettent la sécurité ou le bien-être de personnes affectées par la catastrophe.»

¹⁸¹ Décision n° 295 du Conseil des Ministres arabes chargés de l'environnement (CAMRE), vingtième session, 20-21 décembre 2008. En 2009, les membres de la Ligue arabe ont approuvé l'élaboration d'une stratégie arabe pour la prévention des risques et l'établissement d'une plateforme régionale arabe sur la prévention des risques (voir, entre autres, www.unisdr.org/arabstates).

¹⁸² Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, en date du 27 juillet 2012, annexe, par. 187.

10. Quant au projet d'article 14 sur la cessation de l'assistance, il devrait également comporter deux paragraphes, qui pourraient être les suivants :

«1. Les États affectés et les acteurs qui leur prêtent assistance se consultent afin de définir la durée de l'assistance extérieure.

«2. La cessation de l'assistance par l'État affecté ou l'État qui lui prête assistance ne doit pas intervenir de manière arbitraire ou déraisonnable.»

11. Sous réserve qu'il soit dûment tenu compte de ces propositions, M. Hassouna est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'article au Comité de rédaction. Enfin, en ce qui concerne les observations faites à la séance précédente par le Rapporteur spécial à propos du chapitre de son rapport, consacré aux événements connexes, plus précisément à propos des critiques exprimées par certains membres et anciens membres de la Commission à l'égard du sujet à l'examen ou de l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, il estime que les membres et anciens membres de la Commission devraient s'abstenir de faire en public des commentaires sur les travaux en cours de la Commission, qui ne sont pas un produit final présenté à l'Assemblée générale mais s'inscrivent dans une perspective évolutive et sont susceptibles de révision. Il aurait également souhaité que l'intervention du Rapporteur spécial se fasse en présence des intéressés, ce qui aurait permis d'engager un dialogue intellectuel qui aurait probablement débouché sur un débat animé.

12. M. PETRIČ dit que, même s'il est inhabituel de revenir sur des projets d'article déjà adoptés, il est intéressant d'entendre les points de vue de nouveaux membres qui n'ont pas participé aux travaux du précédent quinquennat de la Commission, car ces observations partent d'une bonne intention et contribueront sans nul doute à améliorer la qualité des travaux. Le cinquième rapport du Rapporteur spécial contient d'ailleurs un résumé des travaux passés et fait la synthèse des débats et des réactions des États à la Sixième Commission. Il faut garder à l'esprit que celle-ci a toujours été favorable à l'étude du sujet à l'examen, depuis le début des travaux, et que ces travaux ont toujours recueilli l'approbation générale des États. En effet, le sujet des catastrophes et la manière dont la communauté internationale doit faire face à ces catastrophes, qui fauchent parfois des centaines de milliers de vies en quelques jours et font des dégâts considérables, est un sujet d'actualité s'il en est, car la communauté internationale est collectivement responsable et doit partager cette responsabilité sur la base des principes de solidarité et d'humanité.

13. Reste que le sujet est difficile. M. Park a relevé à la séance précédente la tension qui existe entre la souveraineté de l'État affecté et la protection des personnes, tension qui a été présente tout au long des travaux de la Commission sur ce sujet. Lorsque deux principes opposés et d'égale importance – en l'espèce, d'une part, la souveraineté de l'État, d'autre part, la protection des personnes et de leurs droits de l'homme – sont à l'œuvre, cela crée toujours une situation difficile pour ceux qui élaborent le droit comme pour ceux qui l'appliquent. La question épineuse de savoir comment parvenir à un équilibre

approprié a constamment occupé la Commission au cours des années passées. Par exemple, il y a une tension constante entre la souveraineté de l'État et les droits de l'homme, dont il a fallu tenir compte dans l'élaboration de tous les instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. Une tension existe aussi entre la souveraineté de l'État et le droit des peuples à l'autodétermination, deux principes également valables du droit international qui trouvent leur fondement dans la Charte des Nations Unies – la difficulté étant de trouver un équilibre entre eux dans les textes élaborés dans la pratique par la communauté internationale. Il en va de même entre le principe de la compétence nationale des États et celui de l'engagement de la communauté internationale dans certaines situations. Thomas d'Aquin avait déjà, au XIII^e siècle, traité du problème de l'équilibre dans le droit. Cet équilibre doit aussi être établi en droit interne, notamment entre la protection des droits de l'homme et la protection de l'ordre public et de la sécurité de l'État, ou encore, plus spécifiquement, entre le droit à l'information, la liberté de la presse, etc., et la protection de la dignité de la personne. Étant donné que ce type de tension est fortement récurrent dans le droit, la Commission doit toujours avoir pour objectif de parvenir à un équilibre approprié.

14. Tous les principes dont traite la Commission – souveraineté, protection, etc. – sont des principes dynamiques. La souveraineté n'est plus seulement un droit de l'État, comme dans le concept de souveraineté westphalienne, mais est de plus en plus devenue une obligation – en premier lieu une obligation de protéger la population de l'État des violences et des atteintes aux droits de l'homme et, en l'espèce, des effets des catastrophes et des souffrances causées par ces catastrophes. Dans les années 1950, certains États et leurs départements juridiques, ainsi que de grands noms de la doctrine juridique, soutenaient que, conformément au paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte, l'apartheid était un problème interne à l'Union sud-africaine, nom que portait à l'époque la République d'Afrique du Sud. Pour étrange que cela paraisse, c'est ce que disaient certaines personnes qui faisaient autorité dans le domaine du droit international¹⁸³. Les choses ont ensuite changé et l'on a considéré que le problème de l'apartheid intéressait l'ensemble de la communauté internationale¹⁸⁴.

15. La Commission doit, bien entendu, partir du principe de coopération et les projets d'article doivent encourager, favoriser et rendre possible la coopération entre États. Si ceux qui sont concernés par l'assistance en cas de catastrophe – l'État affecté comme les États et les entités qui fournissent l'assistance – agissent de bonne foi, c'est-à-dire dans le seul intérêt de la protection des personnes affectées par la catastrophe, la coopération est harmonieuse et sera efficace, auquel cas les efforts visant à établir un équilibre juridique entre les droits et les obligations peuvent se révéler superflus. Cependant, le droit, y compris le droit international, a pour rôle de réguler aussi les situations dans lesquelles il y a un risque de violation de règles ou de principes et dans lesquelles les acteurs ne

sont pas nécessairement de bonne foi. En cas de catastrophe, les États et les autres acteurs concernés agissent habituellement de bonne foi. Pour leur permettre d'être efficaces, il faut que certaines règles, pour l'essentiel des règles concrètes, soient établies en droit international. À la séance précédente, MM. Murase, Tladi et Park ont fait des propositions tendant à ce que le Rapporteur spécial ajoute des projets d'article d'effet concret, et le Rapporteur spécial pourrait réfléchir à cette possibilité. Cela étant, depuis le début de ses travaux sur le sujet à l'examen, la Commission collabore étroitement avec la FICR qui lui a clairement indiqué que les questions concrètes relevaient de sa compétence et qu'il était inutile que la Commission en traite, et peut-être est-ce pour cela que le Rapporteur spécial n'est pas allé très loin dans ce sens. Dans une certaine mesure, M. Petrič partage l'avis de ceux qui disent qu'il faudrait aller plus loin et ajouter des projets d'article d'effet concret. La Commission n'est pas prise de court puisqu'elle peut achever sa seconde lecture en 2016.

16. Dans certains cas, les États et les autres entités agissent de mauvaise foi – et le droit a aussi pour fonction d'établir des principes et des règles permettant de distinguer le bien du mal, le légal de l'illégal et la bonne foi de la mauvaise foi. Lorsqu'une catastrophe se produit, les États agissent généralement de bonne foi et font preuve de solidarité, d'humanité et d'esprit de coopération – mais tel n'est pas toujours le cas, et une seule grande catastrophe nationale peut mettre en danger des centaines de milliers de vies. Même si ces situations sont rares, elles doivent faire l'objet d'une réglementation précisant les droits et les obligations de ceux qui sont concernés. Certains ont mentionné les cas du Myanmar et du Darfour à la séance précédente. On peut aussi rappeler celui de l'Éthiopie, où la famine a fait plus d'un million de morts entre 1984 et 1986, tandis que le Gouvernement de Mengistu affirmait que, dans l'Éthiopie socialiste, il ne pouvait pas y avoir de famine – ou, à l'inverse, le cas de Sri Lanka où plusieurs « organisations d'aide » ont poursuivi d'autres fins que celles qu'elles affichaient.

17. Dans le cas du sujet à l'examen, il est impératif de tracer la ligne qui sépare la bonne foi et le légal de la mauvaise foi et de l'illégal, et de définir, d'une part, les droits et obligations de l'État affecté, et, d'autre part, les droits et obligations des États et des autres entités qui fournissent l'assistance. Pour tracer cette ligne juridique, il faut évidemment parvenir à un équilibre entre les principes existants du droit international, équilibre qui dépend de la mesure dans laquelle la Commission souhaite faire œuvre de développement progressif, mais aussi du point jusqu'où les États sont prêts à aller. Pour établir cet équilibre, il faut respecter les principes reconnus du droit international, étant entendu que le principe de la souveraineté de l'État est toujours – et restera, nonobstant l'évolution de cette notion – le principe fondamental sur lequel s'appuie la communauté internationale pour fonctionner. Cependant, la protection de la personne, de sa dignité et de ses droits de l'homme, qui est inscrite dans le droit international depuis la clause de Martens et la Charte des Nations Unies, doit être pareillement respectée.

18. En ce qui concerne la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Petrič est convaincu que la Commission est parvenue à un équilibre satisfaisant, que

¹⁸³ Voir, entre autres, les rapports de la Commission des Nations Unies pour l'étude de la situation raciale dans l'Union sud-africaine, A/2505 et Add.1, A/2719 et A/2953.

¹⁸⁴ Voir, entre autres, les résolutions 1375 (XIV) de l'Assemblée générale, en date du 17 novembre 1959, et 1761 (XVII) du 6 novembre 1962, et la résolution 134 (1960) du Conseil de sécurité du 1^{er} avril 1960.

l'on peut résumer comme suit. C'est à l'État affecté qu'il incombe au premier chef, en vertu de sa souveraineté, d'agir et de protéger sa population en cas de catastrophe. Compte tenu du principe d'humanité, d'autres États, organisations internationales et organisations non gouvernementales ont le droit d'offrir – et non pas de fournir – une assistance, conformément au principe de solidarité. L'État affecté est tenu de solliciter une assistance extérieure uniquement dans les cas où il n'a pas la capacité ou la volonté de protéger efficacement les personnes affectées par la catastrophe. Il n'est pas tenu d'accepter l'assistance offerte et peut la refuser à moins qu'il ne le fasse arbitrairement, en agissant de mauvaise foi ou en méconnaissant son obligation de protéger les personnes affectées. Les entités qui offrent l'assistance n'ont pas le droit, compte tenu du principe de souveraineté de l'État affecté, de fournir cette assistance sans le consentement de l'État en question. Elles ne peuvent fournir une assistance que si celui-ci donne son consentement à tous les aspects et à toutes les étapes de l'assistance. L'État affecté peut, en vertu de sa souveraineté, refuser son consentement à l'assistance ou à certains aspects de celle-ci. Il est simplement tenu de ne pas refuser arbitrairement son consentement, en agissant de mauvaise foi. Les entités qui offrent l'assistance doivent respecter la souveraineté de l'État affecté. L'État affecté et les entités qui offrent l'assistance ont l'obligation de coopérer pour protéger les personnes en cas de catastrophe. Ils doivent agir, tant pour ce qui est d'accepter que de fournir l'assistance, de bonne foi et uniquement dans l'intérêt de la protection des personnes affectées par la catastrophe.

19. Pour M. Petrič, les projets d'article provisoirement adoptés, par le juste équilibre qu'ils établissent, pourraient dessiner les contours en droit international des droits et obligations des acteurs concernés par l'assistance en cas de catastrophe, c'est-à-dire l'État affecté et les États, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales qui prêtent assistance, dans l'intérêt supérieur des populations sinistrées. Ce travail de codification et de développement progressif du droit permettrait de faire un grand pas en avant dans la protection des personnes, de la dignité humaine et des droits de l'homme dans les pires situations de catastrophe, et aiderait à faire en sorte que la solidarité internationale puisse se manifester là où elle est le plus nécessaire.

20. En ce qui concerne les projets d'articles 12, 13 et 14, et le projet d'article A proposés par le Rapporteur spécial, il convient de noter que le projet d'article 12 relatif au droit des États et des autres acteurs d'offrir assistance, qui figurait déjà dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial¹⁸⁵, a été examiné en séance plénière par la Commission¹⁸⁶, puis renvoyé devant le Comité de rédaction qui, faute de temps, ne l'a pas adopté provisoirement¹⁸⁷. Il doit donc encore être débattu et adopté. Le libellé de ce projet d'article devrait indiquer clairement qu'il n'est question ni plus ni moins que d'un «droit d'offrir assistance». «Offrir» une assistance ne signifie en aucun cas «fournir» une assistance. En vertu de sa souveraineté,

l'État affecté est libre d'accepter ou non tout ou partie des offres d'assistance que peuvent lui faire des États ou d'autres entités, des organisations internationales, des organisations non gouvernementales ou des organismes privés, quelle que soit la manière dont ces offres sont faites. En réalité, on pourrait se demander si une telle disposition est bien nécessaire puisqu'elle ne fait que confirmer ce qui advient dans la réalité, à savoir que, lorsqu'une catastrophe survient, des États et d'autres entités offrent leur assistance à l'État affecté, en vertu des principes de solidarité et d'humanité. Ils agissent alors en tant qu'entités souveraines et indépendantes – sauf dans le cadre d'accords spéciaux (les traités multilatéraux ou bilatéraux) dans lesquels des obligations d'assistance mutuelle peuvent avoir été acceptées par avance.

21. Les offres d'assistance ne doivent pas être regardées comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'État affecté ou comme une quelconque atteinte à sa souveraineté. L'État affecté a la responsabilité première de la protection des personnes qui subissent une catastrophe sur son territoire et il peut accepter ou refuser les offres d'assistance qui lui sont faites, en vertu de sa souveraineté; il est libre de choisir et d'agir, la seule restriction à cette liberté étant énoncée dans le projet d'article 11 provisoirement adopté, qui dispose que l'État ne devrait pas refuser arbitrairement son consentement à l'assistance extérieure s'il n'a pas la capacité ou la volonté de fournir l'assistance nécessaire. L'offre d'assistance en cas de catastrophe est une pratique bien établie et bienvenue dans le monde d'aujourd'hui. Ainsi que l'a confirmé l'Institut de droit international dans sa résolution de 2003 sur l'assistance humanitaire, «les États et les organisations ont le droit d'offrir une assistance humanitaire à l'État affecté¹⁸⁸». Le «droit d'offrir une assistance» n'est donc pas en conflit avec le principe de souveraineté de l'État, et une telle offre ne constitue pas un acte d'ingérence.

22. Par ailleurs, consacrer dans une disposition le «droit d'offrir une assistance» pourrait avoir un effet d'incitation sur ceux qui sont en mesure de proposer leur aide. De même que l'État affecté peut accepter ou décliner une offre d'assistance, les autres États peuvent, en fonction de leurs moyens et de leur degré de solidarité, choisir d'offrir ou de ne pas offrir leur assistance. Toutefois, il est de l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale de protéger les personnes en cas de catastrophe et, en vertu des principes d'humanité et de solidarité, assurer cette protection devrait aussi être considéré comme une responsabilité commune. Le droit d'offrir une assistance devrait être compris dans ce contexte plus large, et devrait être renforcé par la codification et le développement progressif du droit international.

23. À la soixante-troisième session de la Commission, en 2011, il a été suggéré que la Commission examine également la possibilité d'établir une «obligation d'offrir une assistance»¹⁸⁹. Cette idée a été rejetée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Une telle obligation constituerait en effet une négation du principe de

¹⁸⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643, par. 109.

¹⁸⁶ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 155 et 156, par. 278 à 283.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 154, par. 272, et *ibid.*, vol. I, 3116^e séance, p. 310, par. 18.

¹⁸⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70, t. II (session de Bruges, 2003), p. 262 et suiv. (paragraphe 1 du chapitre IV de la résolution sur l'assistance humanitaire) [disponible sur le site Web de l'Institut, <http://justitiaetpace.org/>].

¹⁸⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 156, par. 283.

solidarité, principe noble et en plein développement, et, selon M. Petrič, poserait des problèmes concrets et soulèverait des questions théoriques insolubles, concernant notamment l'étendue d'une telle obligation, la nature de l'assistance à offrir, etc. Il est vrai, en revanche, que, dans le monde d'aujourd'hui, compte tenu des principes d'humanité et de solidarité, l'offre d'assistance devrait être perçue comme une obligation morale.

24. En ce qui concerne les autres entités, en particulier les organisations internationales et les organisations non gouvernementales, on ne voit pas bien comment leur « obligation d'offrir une assistance » pourrait être établie en droit international. Or, dans le projet d'article A relatif à l'« obligation de coopérer », le Rapporteur spécial semble vouloir faire un pas dans cette direction. Pour M. Petrič, ce serait aller trop loin. Il ne devrait pas exister d'obligation juridique d'accepter une assistance ni de fournir une assistance. Le projet d'articles devrait établir un équilibre entre l'obligation de rechercher – et seulement de rechercher – une assistance et le droit d'offrir une assistance, ce que font déjà les projets d'article adoptés à titre provisoire. Il conviendrait toutefois d'explicitier, dans un paragraphe 2 du projet d'article 5 ou dans un projet d'article distinct, les caractéristiques spécifiques de l'obligation de coopérer – principe général de droit international fondé sur la Charte – dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe, en s'appuyant sur les sources qu'a utilisées le Rapporteur spécial dans l'élaboration du projet d'article A.

25. Comme l'ont dit d'autres membres, il devrait être clairement établi, dans le projet d'article 13 lui-même ou dans le commentaire s'y rapportant, que les conditions que l'État affecté peut poser à la fourniture de l'aide doivent avant tout respecter la législation nationale et le droit international relatifs aux droits de l'homme. En outre, ce projet d'article, peut-être dans un deuxième paragraphe, devrait explicitement donner à l'État affecté la possibilité de déroger à ses propres lois, et même à ses obligations internationales, ou d'en suspendre l'application, ainsi que l'a mentionné M. Hassouna, pour permettre une protection efficace des personnes affectées, notamment pour faire en sorte que l'assistance étrangère acceptée parvienne rapidement à la population sinistrée. La protection des personnes, de leur vie, de leur dignité et de leurs droits fondamentaux devrait être l'objectif suprême de ce projet d'article comme de tous les autres.

26. En ce qui concerne la forme à donner aux projets d'article, il est encore temps de choisir, et le choix dépendra aussi des vues qu'exprimeront les États à la Sixième Commission. Les travaux peuvent être poursuivis sous leur forme actuelle, à savoir l'élaboration de projets d'article, dans l'attente de la décision d'en faire des principes directeurs ou un instrument de droit.

27. Enfin, comme l'ont suggéré certains membres, il serait utile d'introduire dans le projet d'articles des dispositions relatives aux aspects concrets de la protection des personnes en cas de catastrophe, afin de faciliter la fourniture d'une assistance rapide et efficace aux populations sinistrées. La Commission a quelque peu mis de côté ces aspects pratiques jusqu'à présent, mais le Rapporteur spécial a sans doute l'intention d'œuvrer dans cette direction à l'avenir.

28. M. WISNUMURTI félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son cinquième rapport. Le Rapporteur spécial a, une fois de plus, fait progresser la réflexion sur le sujet en proposant trois nouveaux projets d'article, étayés par une analyse détaillée de divers aspects de l'ensemble du projet et une étude approfondie des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe¹⁹⁰ ainsi que des traités multilatéraux et bilatéraux pertinents. Il doit être félicité en outre pour sa juste analyse des vues exprimées par les États à la Sixième Commission. Dans leurs observations concernant les projets d'article déjà adoptés par la Commission, tels qu'ils figurent dans le rapport du Rapporteur spécial, les délégations à la Sixième Commission ont félicité la Commission du droit international de s'être attachée à concilier l'impératif de protéger les personnes touchées par une catastrophe et celui de respecter les principes de souveraineté de l'État et de non-ingérence. Des commentaires positifs et des suggestions ont également été faits au sujet des projets d'articles 5, 6, 7 et 8. On a notamment félicité le Rapporteur spécial d'avoir reconnu le rôle fondamental que jouent les principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et de non-discrimination dans la coordination et la mise en œuvre des secours en cas de catastrophe, principes que la Commission a consacrés par l'adoption du projet d'article 6. Les États ont également adhéré au projet d'article 9 (Rôle de l'État affecté) qui, se fondant sur le principe de la souveraineté de l'État affecté, énonce le devoir qu'a ce dernier d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance sur son territoire.

29. Cependant, comme il est indiqué au paragraphe 28 du cinquième rapport du Rapporteur spécial, les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission au sujet du projet d'article 10 et de l'obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance ont fait apparaître une vision des choses bien différente. Un certain nombre d'États se sont dits opposés au projet d'article 10, qui met à la charge de l'État affecté une obligation juridique de rechercher une assistance extérieure. Selon eux, une telle obligation porterait atteinte à la souveraineté de l'État et nuirait à la coopération et à la solidarité internationales. Elle serait en outre dénuée de tout fondement en droit international, en droit coutumier et dans la pratique des États. Certains membres de la Commission partagent cet avis et M. Wisnumurti lui-même estime que vouloir imposer une telle obligation va à contre-courant de ce que la Commission a toujours cherché à faire, à savoir concilier au mieux la nécessité de respecter le principe de souveraineté de l'État et celle de protéger les personnes affectées par une catastrophe. Cela affaiblirait en outre le droit légitime de l'État affecté, en tant qu'État souverain, de déterminer par lui-même s'il a ou non besoin d'une assistance extérieure et de conserver le choix entre toutes les options possibles. Autre effet indésirable de l'obligation de rechercher de l'assistance, le non-respect de cette obligation pourrait engager la responsabilité d'un État pour fait internationalement illicite, ce qui serait injustifiable. C'est pourquoi

¹⁹⁰ FICR, *Présentation des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe*, Genève, 2011 (voir www.ifrc.org/PageFiles/125652/1205600-IDRL%20Guidelines-FR-LR.pdf).

M. Wisnumurti considère lui aussi que le projet d'article 10, dans son libellé actuel, est en conflit avec les dispositions du projet d'article 11 qui requiert le consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure, principe solidement ancré dans le droit international.

30. En outre, il est clair que, dans la pratique, aucun État affecté n'a jamais refusé l'assistance extérieure, même lorsqu'il disposait d'une capacité d'intervention suffisante, à l'exception peut-être du Myanmar, qui n'a toutefois pas opposé un refus complet puisqu'il a accepté l'assistance de pays voisins. On peut donc sérieusement douter de l'utilité du projet d'article 10, au moins dans sa forme actuelle.

31. Compte tenu de ce qui précède, M. Wisnumurti encourage vivement la Commission à tenir compte des objections exprimées à la Sixième Commission et à réexaminer les dispositions du projet d'article 10 afin de les rendre acceptables pour les États Membres. Une solution consisterait à demander au Comité de rédaction de remplacer l'expression impérative «a l'obligation de rechercher de l'assistance» par la formule «devrait rechercher de l'assistance» qui relève plus de l'exhortation. Par ailleurs, comme cela a été signalé à la Sixième Commission, l'expression «dans la mesure où une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention» pose un problème d'interprétation et d'évaluation. Il appartient à l'État affecté de déterminer si une catastrophe dépasse sa capacité nationale d'intervention, mais les termes «dans la mesure où» pourraient être interprétés de façon différente et il serait donc préférable de revenir au libellé initial figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, à savoir «si la catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention».

32. D'après l'analyse du Rapporteur spécial, il semble qu'il y ait eu accord général sur le libellé du projet d'article 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure). Les propositions de certaines délégations méritent l'attention de la Commission, notamment la proposition de la Thaïlande de reformuler le paragraphe 2 afin qu'il se lise comme suit: «Le consentement à l'assistance extérieure offerte de bonne foi et exclusivement destinée à fournir une aide humanitaire ne peut être refusé de façon arbitraire et injustifiée¹⁹¹» et celle des Pays-Bas de substituer le terme «déraisonnablement» à l'adverbe «arbitrairement»¹⁹².

33. Au sujet de l'«obligation de fournir assistance», comme cela est indiqué au paragraphe 52 du rapport du Rapporteur spécial, de nombreux représentants à la Sixième Commission ont répondu par la négative à la question de savoir si l'obligation de coopérer comprenait une obligation pour les États de fournir une assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande. Ils estimaient qu'une telle obligation était sans fondement en droit international, en droit coutumier ou dans la pratique. Le Rapporteur spécial a répondu que la fourniture d'une assistance par un État à l'État qui en fait la demande repose sur le caractère volontaire de l'action de l'État portant assistance.

M. Wisnumurti partage la conclusion du Rapporteur spécial, qui estime que l'obligation de coopérer en matière de secours n'emporte pas, pour l'heure, d'obligation légale pour les États de fournir assistance à la demande de l'État affecté. Il pense toutefois, comme certains représentants à la Sixième Commission, qu'il faudrait élaborer une disposition énonçant l'obligation pour l'État dont l'assistance est sollicitée d'examiner dûment la demande d'assistance qui lui est faite.

34. M. Wisnumurti remercie le Rapporteur spécial d'avoir précisé la teneur du projet d'article 5 (Obligation de coopérer) dans son projet d'article A, fondé sur une analyse approfondie des instruments du système des Nations Unies et des conventions multilatérales et accords régionaux et bilatéraux pertinents. Il souscrit à l'idée, développée par le Rapporteur spécial au paragraphe 81 de son cinquième rapport, que l'obligation des États de coopérer à la fourniture de secours d'urgence doit concilier trois impératifs majeurs: premièrement, elle ne peut empiéter sur la souveraineté de l'État affecté, deuxièmement, elle doit prendre la forme d'une obligation de comportement des États portant assistance et, troisièmement, elle doit être pertinente et limitée à l'assistance en cas de catastrophe en englobant les divers éléments spécifiques qui sont normalement constitutifs de la coopération en la matière. Ces trois aspects sont bien expliqués dans le rapport, qui traite de la nature de la coopération et du respect de la souveraineté de l'État affecté, et donc de la relation entre le projet d'article A proposé et le projet d'article 9 sur le rôle de l'État affecté. La définition de catégories de coopération à la fourniture de secours d'urgence est un autre élément important dont il est question dans le rapport.

35. L'analyse qu'a faite le Rapporteur spécial des différents aspects de l'obligation de coopérer dans le cadre de l'élaboration du projet d'article 5 a aussi servi de base au projet d'article A. Par ailleurs, le fait que ce dernier ait été établi sur le modèle de l'article 17, paragraphe 4, des articles sur le droit des aquifères transfrontières¹⁹³ lui donne encore plus de poids. Comme il explicite l'obligation de coopérer, le projet d'article A devrait être intégré au projet d'article 5, en tant que paragraphe 2.

36. Le projet d'article 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance) proposé par le Rapporteur spécial s'inscrit dans le prolongement logique des principes énoncés dans les projets d'article 9 (Rôle de l'État affecté) et 11 (Le consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure). Le Rapporteur spécial a mené des recherches approfondies sur les traités multilatéraux, les instruments des Nations Unies, la pratique des États et d'autres sources pour élaborer ce projet d'article. Dans ce contexte, il a notamment examiné certaines exceptions au droit de l'État affecté de subordonner la fourniture de l'aide au respect de la législation nationale. Ces exceptions incluent la nécessité pour l'État affecté de déroger à des dispositions de sa législation pour faciliter la «fourniture prompte et efficace de l'assistance» afin de «s'acquitter de son devoir

¹⁹¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 91.

¹⁹² Ibid., 23^e séance (A/C.6/66/SR.23), par. 48.

¹⁹³ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008 de l'Assemblée générale, annexe. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II, 2^e partie, p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

d'assurer la protection des personnes se trouvant sur son territoire». Tout en reconnaissant que cette exception est fondée dans la pratique, M. Wisnumurti souligne que, dans certaines circonstances, déroger à la législation peut poser un problème sur le plan constitutionnel. Déroger à des réglementations comme celles relatives aux privilèges et immunités, aux dispositions en matière de visa et d'admission sur le territoire ou aux dispositions douanières et tarifaires ne pose pas ce type de problèmes. C'est pourquoi M. Wisnumurti partage l'idée, exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 145 de son rapport, selon laquelle imposer à l'État affecté une obligation impérative de déroger à sa législation dans tous les cas l'empêcherait d'exercer sa souveraineté pour protéger sa population et les personnes se trouvant sur son territoire et sous son autorité. L'État affecté devrait donc chercher à déterminer si, au vu des circonstances, la dérogation envisagée est raisonnable et effectuer un arbitrage entre son obligation de fournir une assistance prompte et efficace et celle de protéger sa population.

37. Enfin, M. Wisnumurti estime que le projet d'article 14 (Cessation de l'assistance) proposé par le Rapporteur spécial assurera une sécurité juridique dans la mise en œuvre de l'assistance. Le projet d'article serait toutefois plus précis s'il y était question de la nécessité pour l'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance de s'entendre sur une procédure de cessation de l'assistance. À cet effet, le projet d'article devrait être modifié pour se lire comme suit : «L'État touché et les acteurs qui lui prêtent assistance se consultent afin de définir la durée de l'assistance extérieure et la procédure de cessation de l'assistance».

38. Sir Michael WOOD, remerciant le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport, dit que, comme les nombreux membres qui ont évoqué l'importance des aspects pratiques de la protection des personnes en cas de catastrophe, il compte, une fois que les principes de base auront été posés, que l'attention pourra se reporter sur ces questions concrètes. Il existe beaucoup de documents et de données d'expérience, émanant notamment des organisations spécialisées dans les secours en cas de catastrophe, qu'il faudra étudier afin de déterminer quelle pourra être la contribution de la Commission. Le simple fait d'incorporer des travaux déjà réalisés par d'autres ou d'en faire mention pourrait être un signe important.

39. Sir Michael tient à commenter ce qu'a dit précédemment M. Tladi. Celui-ci a eu des mots assez durs au sujet des dispositions très générales déjà adoptées, tout en se disant d'accord avec la manière dont la Commission avait abordé le sujet, qu'il a qualifiée d'«approche fondée sur les droits de l'homme». Sir Michael souhaiterait défendre les dispositions générales en cause et exprimer ses doutes quant à la qualification en question. Il ne peut approuver l'idée de rechercher un équilibre entre souveraineté et protection des droits de l'homme. En effet, les obligations en matière de droits de l'homme tiennent déjà compte du principe de souveraineté. Certaines, comme l'interdiction de la torture, sont absolues, mais la plupart sont nuancées et peuvent même faire l'objet de dérogations en cas d'urgence. Il n'y a donc pas lieu d'aller plus loin en la matière.

40. En tout état de cause, dans la perspective de la protection des personnes en cas de catastrophe, ce n'est pas entre droits de l'homme et souveraineté que doit s'effectuer l'arbitrage, mais, comme l'a également dit M. Tladi, entre les principes essentiels qui sous-tendent la fourniture de l'aide humanitaire en cas de catastrophe, à savoir d'un côté le respect de la souveraineté de l'État affecté et, de l'autre, la nécessité de garantir aux sinistrés une assistance appropriée.

41. Il est inévitable que ce sujet soulève d'importantes questions de principe qui se situent au cœur même des débats concernant la nature du système juridique international contemporain. Parallèlement, néanmoins, des questions éminemment concrètes se posent qui, suivant les réponses qui y seront données, peuvent décider du sort et, littéralement, de la vie ou de la mort des personnes affectées par une catastrophe. Pour être à la hauteur de la responsabilité qu'elle a prise en s'attendant à l'examen de ce sujet, la Commission doit à la fois se pencher sur les questions de principe et sur les questions pratiques, mais les différences de vues sur des questions de principe potentiellement insolubles ne doivent pas l'empêcher de chercher des solutions aux questions pratiques, comme des moyens de faciliter les secours, qui peuvent faire une réelle différence sur le terrain.

42. Il faut traiter à la fois des droits et des obligations, ainsi que de la coopération. Il faut aussi garder à l'esprit la nature du sujet à l'examen. L'un des critères qui orientent le choix des sujets étudiés par la Commission est que «la Commission ne devrait pas s'en tenir à des sujets classiques mais envisager aussi ceux qui correspondent à des tendances nouvelles [...] et à des préoccupations pressantes [...]»¹⁹⁴. Dans son approche de ce sujet, le travail de la Commission se situe presque exclusivement sur le plan du développement progressif du droit, et non de sa codification. Cela ne signifie pas que la Commission doive ignorer les principes fondamentaux du droit international ; elle doit être prête à aborder ces principes dans un esprit de modernité et de progrès.

43. L'importance du sujet pour les États et pour d'autres acteurs transparait dans les vifs débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission. Les États et les organisations ont amplement commenté les projets d'article adoptés jusqu'à présent. La Commission leur doit d'étudier soigneusement leurs observations, et doit aussi prendre en considération les commentaires des nouveaux membres, au moment opportun. Elle pourra le faire au moment de la seconde lecture ou, si le Rapporteur spécial le juge utile, prendre en considération certaines suggestions avant même ce stade, comme elle l'a déjà fait pour d'autres sujets.

44. Dans les paragraphes 55 à 78 de son rapport, le Rapporteur spécial examine les réponses des États aux questions que la Commission leur avait posées dans son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session¹⁹⁵ quant à l'existence d'une obligation de fournir une assistance. À cet égard, Sir Michael Wood pense, comme le

¹⁹⁴ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73, par. 238, et *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 256.

¹⁹⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 43 et 44.

Rapporteur spécial et la grande majorité des États, qu'aucune obligation de ce type n'existe et qu'il serait irréaliste de tenter d'en imposer une dans le projet d'articles.

45. Le Rapporteur spécial consacre un chapitre de son rapport à l'obligation de coopérer, qui fait déjà l'objet du projet d'article 5, en partie en réponse à des observations faites à la Sixième Commission. Il propose un projet d'article qui suit d'assez près les dispositions du paragraphe 4 de l'article 17 du projet d'articles relatif au droit des aquifères transfrontières¹⁹⁶. Cet article 17 concerne les situations d'urgence en cours et le nouveau projet d'article A s'appliquerait lui aussi après que la catastrophe naturelle se serait produite. Pourtant, comme l'explique le Rapporteur spécial, les textes contemporains sur le sujet consacrent autant, voire plus, d'attention à la préparation aux catastrophes. Cela soulève une question d'ordre général dont la Commission a déjà pris note – par exemple dans le commentaire du projet d'article 1 – mais à laquelle elle n'a pas encore répondu, à savoir dans quelle mesure le projet doit contenir des dispositions sur la phase précédant la catastrophe¹⁹⁷, et Sir Michael se demande à cet égard si le Rapporteur spécial entend proposer un projet d'article sur ce sujet.

46. Pour ce qui est du projet d'article A lui-même, les mots «coopérer» et «coopération» ne semblent pas y avoir le même sens qu'au projet d'article 5. Ce dernier concerne l'obligation de coopérer, un principe important quoique mal compris du droit international général, qui est consacré dans la Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies¹⁹⁸. Or, dans le projet d'article A, le mot «coopération» semble désigner quelque chose de plus spécifique, à savoir l'assistance qui est fournie ou mise à disposition. Ce projet d'article A n'explique donc pas l'obligation de coopérer mais porte sur la question de savoir s'il existe une obligation de fournir une assistance et sur le contenu de cette obligation. De plus, alors que le projet d'article 5 ne concerne que l'obligation de coopérer de l'État affecté, le projet d'article A énonce une obligation incombant aux États en général et aux «autres acteurs mentionnés au projet d'article 5». La nature de l'obligation énoncée dans cette dernière disposition n'est pas totalement claire; le Rapporteur spécial indique qu'il s'agit d'une obligation de comportement et non de résultat, mais à qui précisément s'impose-t-elle? Quels sont les États qui doivent «fournir une coopération»? Tous les États? Cela n'aurait guère de sens. Les autres États affectés, ou les États de la région, ou les États ayant des liens particuliers avec l'État affecté ou des engagements à son égard? S'impose-t-elle aux seuls États ayant la capacité de fournir une assistance? Le projet d'article A semble mettre cette obligation à la charge de tous les «autres acteurs mentionnés au projet d'article 5». Ceux-ci sont très nombreux: l'Organisation des Nations Unies et les autres «organisations intergouvernementales compétentes», la FICR, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et les «organisations non gouvernementales

pertinentes». La Commission peut-elle réellement, dans ses projets d'article, prévoir des obligations à la charge de tous ces «autres acteurs»?

47. Dans ce chapitre de son cinquième rapport, de même que dans le chapitre suivant sur les conditions de la fourniture d'assistance, le Rapporteur spécial évoque de nombreux aspects concrets de la coopération, et souligne qu'il importe que l'État affecté ne fasse pas obstacle à celle-ci. Nombreuses sont les anecdotes faisant état de secours et de travailleurs humanitaires bloqués à la frontière, incapables de poursuivre leur route alors qu'il y a urgence, de l'imposition de droits de douane, ou de l'exigence de visas. Dans certains cas, les délais peuvent être justifiés, mais les États affectés devraient assurément faire tout ce qu'ils peuvent pour faciliter l'acheminement du matériel et des fournitures de secours.

48. Ce chapitre du rapport contient un examen détaillé et équilibré de la question épineuse des conditions auxquelles l'État affecté peut subordonner la fourniture de l'assistance. Il traite de toute une série de questions importantes, que d'autres membres ont déjà évoquées. Sir Michael indique qu'il a été déçu par le projet d'article correspondant, le projet d'article 13, qui figure au paragraphe 181 du rapport, qu'il a trouvé mince et simpliste. Il est très bref, ce qui n'est pas une mauvaise chose en soi, et le Rapporteur spécial l'a qualifié de «simplifié» et M. Forteau de «lapidaire». Cependant, comme l'ont dit beaucoup d'autres membres, il importe que la Commission propose à cet égard des dispositions plus élaborées, peut-être plusieurs paragraphes ou même plusieurs articles, rendant compte des points envisagés par le Rapporteur spécial dans ce chapitre de son rapport. La Commission devrait examiner avec soin la proposition de M. Murase tendant à ce qu'elle réfléchisse à l'élaboration d'un accord type sur le statut des forces armées et autres acteurs participant aux secours en cas de catastrophe. Il serait très utile que le Rapporteur spécial présente une proposition pour étoffer le projet d'article 13, soit en séance plénière lorsqu'il interviendra à la fin du débat en cours, soit au Comité de rédaction ou dans un prochain rapport. Une telle proposition pourrait comprendre les éléments mentionnés lors du débat par M. Murase, M. Forteau, M. Tladi et d'autres membres, et pourrait aussi s'inspirer du mémoire du Secrétariat sur le sujet¹⁹⁹. Si la Commission décide d'adopter une approche plus pratique, il pourrait être utile que le Secrétariat établisse un nouvel additif à ce document rendant compte des développements les plus récents, bien qu'il soit probable que les contraintes budgétaires l'en empêcheront.

49. Le dernier projet d'article proposé dans le cinquième rapport, le projet d'article 14, concerne la cessation de l'assistance. Il s'agit d'une question importante dans la pratique, et c'est à juste titre que la disposition proposée met l'accent sur les consultations. Elle semble toutefois en faire une condition de la cessation de l'assistance, en d'autres termes prévoir que ni l'État affecté ni l'État fournissant son assistance ne peuvent unilatéralement décider de mettre fin à celle-ci, ce qui semble aller trop loin.

¹⁹⁶ Voir *supra* la note 193.

¹⁹⁷ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 193 (paragraphe 4 du commentaire).

¹⁹⁸ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

¹⁹⁹ Document A/CN.4/590 et Add.1 à 3, reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008).

50. En ce qui concerne la forme du résultat final des travaux sur le sujet, Sir Michael pense, comme M. Tladi, qu'il serait préférable d'établir des projets de « directive » plutôt que des projets d'article.

51. Sir Michael dit qu'il n'entend pas commenter les articles de doctrine rédigés par des membres ou d'anciens membres de la Commission et qu'il se contentera de faire deux observations : premièrement, il ne faut pas prendre les articles de doctrine trop au sérieux et, deuxièmement, il considère, à la différence de M. Hassouna, s'il a bien compris ce dernier, que les membres de la Commission peuvent parfaitement écrire des articles sur les travaux en cours et qu'il est même utile qu'ils le fassent, pourvu qu'ils le fassent avec exactitude et respect.

52. En conclusion, Sir Michael dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction des trois projets d'article proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial et il demande à celui-ci, lorsqu'il interviendra à la fin du débat, d'indiquer, même à titre provisoire, comment il conçoit la poursuite des travaux sur le sujet.

53. M. ŠTURMA fait observer que les travaux sur le sujet semblent viser l'élaboration de principes généraux qui ne seront pas directement exécutoires et pourront nécessiter l'adoption de mesures d'application spécifiques telles que des accords internationaux ou des textes législatifs internes. Leur résultat final pourrait donc prendre la forme d'une convention-cadre ou de principes directeurs, et il appartiendra à la Commission d'en décider ultérieurement.

54. Pour ce qui est de l'approche adoptée, M. Šturma souscrit à l'approche fondée sur les droits de l'homme et la coopération mais partage aussi, dans une certaine mesure, la préoccupation exprimée par certains membres de la Commission en ce qui concerne l'énoncé dans les projets d'article de droits et d'obligations. En effet, il n'existe pas, en droit international positif, d'obligation absolue et inconditionnelle de fournir ou d'accepter une assistance. C'est pourquoi il faut comprendre la référence à la coopération comme une obligation de comportement et non de résultat. Tant l'État affecté que celui qui offre son assistance ont l'obligation de négocier et de coopérer de bonne foi compte tenu des besoins identifiés et des capacités disponibles. La coopération suppose aussi une certaine transparence en ce qui concerne l'ampleur de la catastrophe, les besoins et les moyens dont dispose l'État affecté.

55. Les projets d'article élaborés jusqu'ici semblent réaliser un équilibre adéquat entre la souveraineté de l'État et la nécessité de protéger les personnes en cas de catastrophe. Des dérogations à la souveraineté doivent toutefois être admises en cas de catastrophe de grande ampleur lorsque l'État affecté n'a pas les capacités nécessaires.

56. C'est par ailleurs à juste titre que la Commission distingue le sujet à l'examen de la responsabilité de protéger, même si le refus *mala fide*, c'est-à-dire arbitraire ou discriminatoire, de l'assistance peut, par les souffrances qu'il cause à de nombreuses victimes, aboutir à une situation comparable à celles justifiant la mise en œuvre de la responsabilité de protéger. Comme l'ont rappelé M. Petrič et Sir Michael, il s'agit pour de nombreuses personnes d'une question de vie ou de mort.

57. En ce qui concerne les nouveaux projets d'article proposés dans le rapport à l'examen, le projet d'article A devrait être remanié tant dans sa forme que quant au fond. Sa relation avec l'article 5 doit être précisée, tout comme la nature de l'obligation de coopérer. Il soulève également des questions d'ordre rédactionnel, y compris au sujet de l'inclusion éventuelle d'autres formes d'assistance. Enfin, et surtout, il conviendra de déterminer à quel endroit le projet d'article A doit figurer ; pour M. Šturma, il devrait constituer le paragraphe 2 de l'article 5. Toutes ces questions pourront toutefois être réglées par le Comité de rédaction.

58. Quant au projet d'article 13, M. Šturma pense avec M. Forteau qu'il est justifié, en ce qu'il prévoit des garanties additionnelles pour la souveraineté de l'État affecté, qui peut subordonner la fourniture de l'assistance à certaines conditions, mais il estime qu'il ne faut pas mettre sur le même plan droit international et droit interne, car ce dernier doit être conforme au premier. Il semble par ailleurs qu'une disposition supplémentaire, article ou paragraphe, soit nécessaire pour rappeler à l'État qui demande ou accepte l'assistance son obligation d'adopter les mesures législatives, administratives ou autres voulues pour faciliter la fourniture de l'assistance.

59. En conclusion, M. Šturma estime que le sujet n'est pas une mauvaise idée et que les travaux doivent se poursuivre afin d'arriver à un résultat qui réponde aux besoins concrets de la communauté internationale.

60. M. McRAE fait observer que le Rapporteur spécial procède dans son rapport à une analyse approfondie des vues exprimées par les gouvernements à la Sixième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale en 2011. Le grand intérêt manifesté par les membres de la Sixième Commission pour le sujet est certes bienvenu et constitue une raison supplémentaire d'aboutir à un résultat utile. Toutefois, à ce stade des travaux, les vues des États ne devraient pas limiter la liberté d'action de la Commission du droit international en l'amenant à se demander si 6 ou 10 États appuient le libellé de tel ou tel projet d'article.

61. Avant de faire des observations spécifiques sur le cinquième rapport du Rapporteur spécial et en particulier sur les nouveaux projets d'article qui y sont proposés, M. McRae entend faire des observations générales sur le sujet, compte tenu en particulier du débat qui a déjà eu lieu à la séance précédente. Dans le cadre de ce sujet, le Rapporteur spécial a toujours dû maintenir un équilibre délicat entre tenter de protéger les intérêts des personnes affectées par les catastrophes et veiller à ne pas apparaître comme portant indûment atteinte à la souveraineté des États. D'emblée, le Rapporteur spécial a défini le sujet du point de vue de la protection des individus, qui a été l'axe principal de sa démarche, mais il a pris grand soin, dans ses rapports et dans les projets d'article qu'il a proposés, de ne pas aller trop loin dans cette protection de crainte de susciter des préoccupations relatives à la souveraineté. Ainsi que M. Petrič l'a déjà souligné, ces préoccupations sont au cœur du débat depuis le début de l'examen du sujet, et M. McRae rappelle qu'il a lui-même fait observer il y a quelques années que celui-ci risquait de devenir la protection des États, et non celle des personnes, en cas de catastrophe.

62. À cet égard, les projets d'articles 10 et 11 appellent des observations. Ils ont été rédigés avec soin et sont le résultat d'un compromis auquel il a été difficile de parvenir. L'État affecté a l'obligation de rechercher l'assistance, mais il n'a aucune obligation positive de l'accepter; il a seulement l'obligation de ne pas la refuser arbitrairement. Lors du débat qui a eu lieu en séance plénière et au Comité de rédaction à la session précédente, nul n'a pu donner d'exemple d'une situation dans laquelle un État n'ayant pas la capacité de réagir seul à une catastrophe naturelle n'a pas sollicité ou utilisé une assistance extérieure. Le projet d'article 10 ne fait donc que refléter la pratique. Nul n'a non plus donné d'exemple d'un État ayant refusé arbitrairement l'assistance qui lui était offerte; M. Petrič a évoqué la situation dans laquelle un État niait l'existence d'une catastrophe, mais une telle situation ne relève pas de l'article 10 ni de l'article 11. On cite souvent le cas du Myanmar, mais, comme M. Tladi l'a expliqué à la séance précédente après avoir étudié la question d'une manière approfondie, cela n'est pas ce qui s'est passé au Myanmar en 2008. De plus, lorsqu'un État avec lequel l'État affecté a d'importantes divergences politiques arrive dans les eaux territoriales de celui-ci peu après la catastrophe naturelle sous la forme d'un bâtiment de guerre et dit qu'il est là pour aider, il y a toutes les raisons d'être soupçonneux. Dire non peut être regrettable, et peut procéder d'une interprétation erronée de la motivation de l'État en question, mais on ne peut dire que cela soit arbitraire. M. McRae ne saurait non plus souscrire à la critique selon laquelle le mot « arbitraire » manque de clarté. Ce terme est fréquemment utilisé en droit interne et, accompagné d'exemples appropriés dans le commentaire, donne les indications voulues sur le point de savoir quand un État peut refuser l'assistance et quand il ne le peut pas. De fait, l'acheminement de l'assistance à bord d'un navire de guerre d'un pays « ami » dont on a toutes les raisons de se méfier est le type de situation que M. Vasciannie, qui a plaidé éloquemment et efficacement pour que les questions de souveraineté ne soient pas négligées, avait à l'esprit. Obliger l'État affecté à accepter l'assistance sans conditions ouvrirait la porte aux ingérences politiques sous le couvert de secours en cas de catastrophe. De plus, c'est précisément cette menace contre la souveraineté qui doit préoccuper les membres de la Commission.

63. À cet égard, l'approche de M. Murase est beaucoup plus pragmatique. Ce dernier préconise de mettre au point des arrangements pratiques susceptibles d'être utilisés en cas de catastrophe pour faire en sorte que l'assistance parvienne à ceux qui en ont besoin, c'est-à-dire de mettre l'accent sur la protection des personnes sans trop se préoccuper de la souveraineté lorsque la catastrophe s'est déjà produite. Bien entendu, un accord type sur le statut des forces en cas de catastrophe peut être très utile à cet égard. L'important est que aussi bien le projet d'article 10 que le projet d'article 11 soient conformes à la pratique des États. Les États frappés par une catastrophe sollicitent effectivement des secours, et ils ne manquent pas de demander une assistance ou d'accepter celle qu'il leur est offerte, ni ne refusent arbitrairement de l'accepter, comme M. Vasciannie l'a lui-même reconnu. De plus, s'il existe un exemple de ce que M. Petrič a qualifié de comportement *mala fide*, ce n'est vraiment pas le type de comportement que la Commission devrait avaliser en refusant de formuler des projets d'article. Pour M. McRae, la pratique des

États montre que les obligations énoncées aux projets d'articles 10 et 11 reflètent ce que les États font effectivement. Ainsi, il faut bien prendre garde à ne pas donner à penser qu'il n'y a pas d'obligations dans ce domaine, et ne pas se contenter de décrire la coopération ou de formuler des pratiques optimales. Comment les personnes peuvent-elles être protégées en cas de catastrophe si personne n'a aucune obligation d'agir de manière à assurer leur protection? En disant que les États peuvent faire ce qu'ils veulent, sous réserve d'une obligation générale de coopérer, la Commission ne remplit pas réellement son rôle. Si son objectif est d'assurer la protection des personnes en cas de catastrophe, demander aux États de continuer de faire ce qu'ils font déjà ne semble pas constituer une atteinte induë à leur souveraineté. La tâche de la Commission est d'identifier les obligations juridiques qui existent déjà ou qui devraient être formulées dans le cadre du développement progressif du droit. À cet égard, peu importe que le résultat de ses travaux prenne la forme d'un projet d'articles ou de directives; c'est en effet aux gouvernements qu'il appartiendra en dernier ressort de décider ce qu'ils entendent faire du texte que la Commission adoptera.

64. Ces observations sur le fait qu'il n'est pas souhaitable que la Commission s'abstienne de mettre une obligation à la charge de l'État affecté valent également pour ce qui est d'énoncer, à la charge des États, une obligation d'offrir ou de fournir leur assistance. Il faut en l'espèce se garder de tirer trop de conclusions de ce qui a été dit à la Sixième Commission. Si l'on demande aux États s'ils ont l'obligation de faire quelque chose qu'aucun traité ne leur impose, il est très probable qu'ils répondent non, et il était presque certain qu'ils répondraient comme ils l'ont fait à la question que la Commission leur a posée l'an dernier. Ce que disent les États à la Sixième Commission est certes important, et à cet égard l'analyse qu'en donne le Rapporteur spécial est utile, et la Commission doit en tenir compte pour adopter le projet d'articles en première et en seconde lecture. Il ne s'agit cependant pas du seul élément à prendre en considération, car on ne détermine pas la pratique des États en leur demandant ce qu'ils pensent dans le cadre de la Sixième Commission; on établit cette pratique au moyen de recherches rigoureuses, et non d'un sondage d'opinion.

65. C'est pourquoi M. McRae pense avec M. Forteau que la cohérence exige à tout le moins que l'on impose aux États une obligation de fournir une assistance. Certes, cette obligation ne peut être absolue, et ne peut s'appliquer qu'aux États ayant les moyens de l'exécuter. Là encore, si l'on met de côté ce que les États disent à la Sixième Commission et si l'on observe ce qu'ils font, nombre d'entre eux sont fiers de pouvoir offrir une assistance et sont prompts à le faire. Obliger les États à offrir ou fournir une assistance n'est pas incompatible avec leur pratique, car cela revient à dire que les États doivent faire ce qu'ils font déjà. Si dire cela constitue par ailleurs un développement progressif du droit – ajoutant l'*opinio juris* à la pratique constante des États – alors il s'agit d'un développement progressif tout à fait positif dans le cadre d'un projet visant à protéger les personnes.

66. De fait, et s'agissant des dispositions spécifiques proposées dans son cinquième rapport par le Rapporteur spécial, celui-ci semble ne pas vouloir imposer aux États l'obligation de fournir une assistance; or, c'est précisément

ce que fait le projet d'article A, comme plusieurs membres l'ont relevé. On peut être certain que cela n'a pas échappé au Rapporteur spécial qui, en qualifiant cette obligation d'obligation de comportement et non de résultat, visait assurément à faire par des moyens détournés ce qu'il pensait ne pas pouvoir faire ouvertement. Cependant, comme l'a dit M. Murase, cela ne fonctionne pas, car la disposition des articles relatifs au droit des aquifères transfrontières sur laquelle le projet d'article A se fonde n'énonce pas une obligation de comportement²⁰⁰. Pourquoi ne pas prévoir à la charge des États ayant les moyens de le faire une obligation modérée de fournir une assistance qu'ils fourniront de toute façon? Par ailleurs, comme d'autres membres l'ont relevé, le projet d'article A pose un autre problème. Bien qu'en apparence il vise la coopération, en réalité il concerne l'assistance. Or s'il est utile d'indiquer le type d'assistance qui peut être fourni, cette disposition n'explique pas l'obligation de coopérer. Peut-être est-ce une question de titre et peut-être ce projet d'article doit-il simplement être autonome et ne pas renvoyer directement au projet d'article 5 comme il le fait actuellement. Dans la mesure où les projets d'articles 10 et 11 concernent l'étendue de l'obligation de coopérer, le projet d'article A pourrait constituer une disposition autonome sur la fourniture de l'assistance. Dès lors que l'objectif général est bien compris, cette question peut être réglée par le Comité de rédaction.

67. Pour ce qui est du projet d'article 13, M. McRae pense, comme d'autres membres, que cette disposition ne recouvre que partiellement le chapitre du rapport qui décrit très utilement les diverses conditions dans lesquelles l'assistance est fournie. Si le projet d'article 13 demeure tel quel, sa substance figurera dans le commentaire et non dans le corps de l'article lui-même. Pour l'essentiel, le rapport définit les conditions qui doivent être réunies, tant du point de vue de l'État affecté que des États et autres entités fournissant une assistance, pour que celle-ci soit fournie efficacement et sans ingérence indue dans les affaires intérieures de l'État affecté. Pourraient être envisagés plus explicitement dans le projet d'article 13 la facilitation de l'acheminement transfrontière de l'assistance, les questions d'immigration et de douane, l'accord type sur le statut des forces évoqué par M. Murase, l'obligation de respecter le droit interne et l'identification et l'évaluation des besoins. M. McRae souscrit donc à la proposition de Sir Michael tendant à ce que le Rapporteur spécial élabore un projet d'article plus complet traitant de ces questions à l'intention de la Commission plénière ou du Comité de rédaction.

68. Quant au projet d'article 14, ainsi que l'ont fait observer d'autres membres, il ne rend pas non plus totalement compte de la situation. Dans son libellé actuel, il donne à penser que l'État fournissant son assistance a une sorte de veto sur la cessation de cette assistance. Telle n'est pas l'intention du Rapporteur spécial qui indique clairement au paragraphe 182 de son rapport que l'État affecté reste maître de la durée pendant laquelle l'assistance est fournie. Cela devrait être indiqué clairement au projet d'article 14. C'est en dernier ressort l'État affecté qui décide de la durée de l'assistance, mais, dans la pratique, la date précise de la cessation de celle-ci fera l'objet de consultations entre cet État et l'État fournissant son assistance. De plus, ces consultations devraient sans aucun doute viser à déterminer

si la situation s'est suffisamment améliorée pour que l'assistance ne soit plus nécessaire. Là encore, c'est un point qui peut être développé au Comité de rédaction.

69. M. McRae indique que, sous réserve de ces considérations, il est favorable au renvoi des projets d'article proposés au Comité de rédaction. Il souscrit également à la proposition tendant à ce que le Rapporteur spécial indique comment il conçoit la suite des travaux. Il encourage celui-ci à les poursuivre sans se laisser perturber par les critiques dont son travail peut parfois faire l'objet ou par les désaccords qu'il peut susciter.

70. M. MURPHY s'associe aux félicitations adressées au Rapporteur spécial pour son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, qui expose l'état d'avancement des travaux et contient de nouveaux projets d'article étayés par un travail de recherche approfondi. M. Murphy convient que la synthèse des observations formulées par les États à la Sixième Commission est très utile et pourrait servir de modèle pour les futurs rapports de la Commission sur le sujet à l'examen et sur les autres sujets. Le sujet en question est d'une importance cruciale : chaque mois, voire chaque semaine, de terribles catastrophes surviennent dans diverses régions du monde, qu'elles soient d'origine naturelle – tremblements de terre, tsunamis, éruptions volcaniques, sécheresse ou épidémies – ou humaine – mauvaise gestion des ressources ou privations volontairement imposées aux populations dans le but d'assurer la préservation ou le maintien du pouvoir exécutif. Si la Commission parvient à élaborer des règles ou des directives utiles, qui contribuent à favoriser la coopération entre les États pour faire face à ces catastrophes, ses efforts n'auront pas été vains.

71. M. Murphy s'en tiendra à des observations très générales sur les nouveaux projets d'article proposés dans le cinquième rapport, qui devraient être renvoyés au Comité de rédaction, et attend avec intérêt de pouvoir entrer dans le détail lorsque celui-ci les examinera. Cependant, comme d'autres membres nouvellement élus à la Commission, il voudrait faire deux observations d'ordre général sur l'ensemble du projet d'articles.

72. M. Murphy convient tout d'abord qu'à l'heure actuelle il n'existe en droit international aucune obligation pour les États de fournir une assistance à un État affecté qui en fait la demande. Le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 53 de son cinquième rapport qu'une telle obligation contraignante pourrait être considérée comme une «ingérence inacceptable dans le pouvoir de décision souverain de l'État». M. Murphy dirait plutôt que cette obligation n'étant en rien étayée par une pratique constante des États et par l'*opinio juris*, il serait peu judicieux de l'énoncer dans un projet d'articles. En même temps, il s'associe aux réserves exprimées quant au fait que certains projets reposent sur une approche fondée sur les «droits» ou sur les «obligations» des États, en particulier en ce qui concerne la recherche de l'assistance (art. 10), l'offre d'assistance (art. 12) ou l'acceptation d'une assistance (art. 11). Bien que les termes «droit» ou «obligation» n'apparaissent pas dans le nouveau projet d'article A, celui-ci dispose que les États «fournissent» certaines formes de coopération, ce qui revient en réalité à énoncer une obligation. L'approche fondée sur les

²⁰⁰ Voir *supra* la note 193.

notions de « droit » ou « d'obligation » pose notamment un problème parce que, comme le montrent les importants travaux de recherche entrepris par le Rapporteur spécial, l'existence de droits ou d'obligations n'est guère étayée par la pratique des États ni par l'*opinio juris*. Les États ont certes coutume de solliciter, d'offrir ou d'accepter de l'assistance en cas de catastrophe, et divers instruments internationaux (non contraignants pour la plupart) encouragent et facilitent celle-ci. Pour autant, il ne semble pas que les États s'accordent généralement à considérer, y compris dans leurs déclarations à la Sixième Commission, que la recherche, l'offre ou l'acceptation d'une assistance relèvent de droits ou d'obligations découlant du droit international. La pratique constante des États ne crée pas, en tant que telle, des droits ou des obligations en droit international et il serait peu avisé de dire aux États que le fait d'offrir volontairement une assistance en cas de catastrophe crée une obligation internationale contraignante d'agir de la sorte à l'avenir. Consacrer une telle obligation aurait pour effet de les dissuader d'offrir une assistance, ce qui n'est pas le but recherché par la Commission. Par ailleurs, il n'est guère convaincant d'affirmer que ces « droits » et « obligations » s'appliquent également aux organisations internationales, voire aux acteurs non étatiques, comme le prévoit le projet d'article A. Sans doute convient-il, après ce rappel de la *lex lata*, de préciser que, contrairement à ce qu'a affirmé Sir Michael, il n'est pas opportun d'écarter toute préoccupation relative à la pratique des États. Si le développement progressif du droit relève certainement du mandat de la Commission, celle-ci ne devrait pas ignorer la *lex lata* si elle veut que les États jugent ses travaux utiles et acceptables.

73. Dégager de telles « obligations » pose un autre problème qui a trait aux conséquences du non-respect de celles-ci par un État. De manière générale, le droit attache certaines conséquences au non-respect d'une obligation. Dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen, quelles seraient ces conséquences si un État affecté refusait l'assistance extérieure et que d'autres États considéraient sa décision « arbitraire » au sens de l'article 11 ? Comment les États concernés peuvent-ils réagir en cas de non-respect par l'État affecté de son obligation de consentir à recevoir une telle assistance ? On voit mal comment consacrer une obligation de fournir de l'assistance si l'on ne peut pas répondre à cette question. Quoi qu'il en soit, M. Murphy doute qu'il soit utile de dégager des droits et des obligations en matière d'assistance en cas de catastrophe. Les États affectés recherchent dans la plupart des cas de l'assistance et l'acceptent. Pour résumer, mieux vaut ne pas se concentrer indûment sur la détermination de droits et d'obligations, et opter pour un libellé qui encouragerait simplement les États à offrir et à accepter l'assistance nécessaire en cas de catastrophe.

74. M. Murphy s'associe par ailleurs aux membres de la Commission qui ont estimé que le projet d'articles devrait comporter davantage de dispositions pratiques. Il appuie pleinement la proposition faite par M. Murase à la séance précédente tendant à ce qu'un accord type sur le statut des forces soit élaboré. Un tel accord pourrait servir de base aux États affectés pour consentir à la présence de forces militaires étrangères sur leur territoire à des fins d'opérations de secours en cas de catastrophe. Si la Commission parvenait à proposer un modèle permettant

d'aboutir rapidement à un tel accord, elle rendrait un service bien plus utile que si elle formulait des droits et des obligations abstraits. M. Murphy voudrait ajouter à ce qu'a dit M. Murase que, si l'utilisation d'unités militaires est majeure en cas de catastrophe, les secours non militaires ont également un rôle important à jouer. Comme les efforts militaires, ces efforts civils peuvent être paralysés faute d'accord préalable avec l'État affecté sur la situation du personnel et de son matériel dans le pays. Par conséquent, si la Commission élabore un accord type sur le statut des forces, elle devrait veiller à ce qu'il comporte des dispositions couvrant les efforts de secours non militaires.

75. Enfin, même si la Commission n'a, à sa connaissance, jamais procédé de la sorte, M. Murphy pense qu'elle devrait finaliser ses travaux en élaborant un projet en deux parties. La première comporterait une série de projets de directive ou de principe du type de ceux qui figurent actuellement dans le projet d'articles, modifiés comme il se doit, et la seconde un ou plusieurs projets d'accord type qui serviraient de cadre pour parvenir rapidement à des accords bilatéraux entre l'État assistant et l'État affecté sur les modalités pratiques des secours en cas de catastrophe.

76. M. HASSOUNA voudrait revenir sur un point de sa déclaration qui a peut-être été mal compris par Sir Michael. Il ne voulait pas dire que les membres et les anciens membres de la Commission ne devraient pas publier d'articles ou faire de commentaires en public. Il convient au contraire de s'en féliciter puisque cela permet de promouvoir le rôle de la Commission et son importante contribution au droit international. Il voulait simplement dire que les membres et les anciens membres devraient attendre que la Commission soit parvenue à un résultat, en particulier lorsqu'il s'agit de travaux préliminaires et que les questions des différentes approches, tendances et options possibles pour traiter un sujet sont encore examinées, tant dans le cadre de séances privées que publiques. À défaut, les conclusions des membres risquent d'être fondées sur des postulats erronés, ou de présenter une fausse image des travaux en cours, ce qui va à l'encontre des efforts déployés par la Commission pour améliorer ses méthodes de travail.

77. Sir Michael WOOD remercie M. Hassouna de ses précisions et convient avec lui que les membres ou les anciens membres de la Commission devraient se garder de tirer publiquement des conclusions sur des questions débattues au Comité de rédaction ou, de manière plus générale, dans le cadre de séances privées. Cela étant, il ne voit pas pourquoi ils devraient également se garder de faire des commentaires sur ces questions lorsque celles-ci sont également débattues dans le cadre de séances publiques donnant lieu à l'établissement de comptes rendus.

78. Le PRÉSIDENT dit qu'il appartient à chaque membre de s'exprimer de façon à ne pas compromettre les objectifs recherchés par la Commission dans le cadre de ses travaux en cours et de décider jusqu'où il peut aller lorsqu'il évoque le travail public de la Commission dans des articles.

La séance est levée à 12 h 55.

3140^e SÉANCE*Mercredi 4 juillet 2012, à 10 h 5**Président*: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATIONS DE REPRÉSENTANTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux représentants du Conseil de l'Europe, M^{me} Belliard, Présidente du Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public (CAHDI), et M. Lezertua, Directeur du conseil juridique et du droit international public et Jurisconsulte, et les invite à s'adresser à la Commission.

2. M^{me} BELLiard (Présidente du Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public), faisant un bref historique du CAHDI à l'intention des nouveaux membres de la Commission, explique que le Comité a été créé au départ en tant que sous-comité du Comité européen de coopération juridique. Il est devenu par la suite, en 1991, un comité à part entière relevant directement du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Deux fois par an, il réunit les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères de 55 États et les représentants de plusieurs organisations internationales. Le CAHDI est chargé d'examiner les questions relatives au droit international public, de procéder à des échanges de vues et à la coordination des approches des États membres à l'égard de diverses questions dans le domaine du droit international et de formuler des avis juridiques. Son mandat pour la période 2012-2013 est dans une large mesure similaire à celui des deux années précédentes, le seul changement notable étant qu'il est désormais précisé que le CAHDI peut donner des avis sur la demande du Comité des ministres ou d'autres comités directeurs ou ad hoc, sous réserve que les demandes de ces derniers passent par le Comité des ministres. Le renouvellement de son mandat a permis au CAHDI de réexaminer ses priorités et de réaffirmer l'importance qu'il attache aux demandes d'avis ou d'échange de vues qui lui sont adressées. L'accent a été également mis sur le rôle du CAHDI en tant qu'observatoire européen des réserves aux traités internationaux et en tant qu'administrateur de plusieurs bases de données sur les immunités des États, l'organisation et les fonctions des bureaux du conseiller juridique des ministères des affaires étrangères, et la mise en œuvre des sanctions décidées par les Nations Unies. La liaison avec la Commission du droit international et la

Sixième Commission, et le maintien des contacts avec les juristes et les services juridiques d'autres organes et organisations internationaux ont été également classés parmi les activités cruciales.

3. Le CAHDI n'a pas chômé au cours des douze mois précédents. Il a tenu sa quarante-deuxième réunion en septembre 2011 et la quarante-troisième en mars 2012. À ces réunions, il a répondu à plusieurs demandes d'avis ou d'échange de vues et il a été consulté à deux reprises sur l'avant-projet de rapport du Secrétaire général du Conseil de l'Europe sur le passage en revue des conventions du Conseil, l'une des premières priorités du Secrétaire général étant d'examiner la pertinence de ces conventions et de présenter un rapport complet à ce sujet au Comité des ministres avant la fin du mois de septembre 2011. À la quarante-deuxième réunion, les délégations sont certes tombées d'accord sur l'importance de ce travail mais elles ont estimé qu'elles avaient besoin de plus de temps pour établir une analyse juridique détaillée du rapport. À la quarante-troisième réunion, le CAHDI a procédé à un échange de vues quant au fond sur le rapport et a adopté des observations dans lesquelles il a souligné que, le Conseil de l'Europe étant une organisation régionale, il devrait d'abord s'employer à encourager ses propres États membres à ratifier ses conventions avant d'envisager l'adhésion de non-membres. Le CAHDI a relevé un manque de cohérence dans la manière dont les conventions sont classées dans l'avant-projet de rapport et il a avancé l'idée que davantage d'États pourraient être incités à devenir parties aux conventions si celles-ci étaient ventilées en quatre groupes: conventions largement ratifiées et considérées comme essentielles; conventions peu ratifiées mais considérées comme essentielles; autres conventions actives; et conventions inactives. Le CAHDI est favorable à ce que l'on utilise des critères de classement objectifs pour chaque groupe. Il a par ailleurs préconisé une classification non exhaustive des conventions du Conseil de l'Europe afin de tenir compte des divergences de vues entre États membres sur le sujet. Il a en outre recommandé d'inclure dans chaque groupe des exemples de conventions sur lesquelles toutes les délégations sont d'accord et de consulter régulièrement les comités directeurs sur la classification des conventions afin de pouvoir déterminer si le système doit être modifié en cas d'évolution de la situation. Enfin, il a appelé l'attention sur la compétence des États parties aux conventions, s'agissant en particulier des dispositions relatives aux réserves, de la mise en œuvre d'un mécanisme de suivi ou de la dénonciation des conventions. Ces observations ont été dans une large mesure prises en compte dans le rapport que le Secrétaire général a présenté au Comité des ministres²⁰¹.

4. Sur la demande du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), le CAHDI a rendu un avis sur l'introduction d'une procédure simplifiée applicable à la modification de certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Plus particulièrement, le CDDH a demandé au CAHDI de se pencher

²⁰¹ «Rapport du secrétaire général sur le passage en revue des conventions du Conseil de l'Europe» [document d'information, SG/Inf(2012)12], consultable sur le site Web du Conseil de l'Europe (www.coe.int/fr/web/conventions/review-of-the-council-of-europe-conventionsreview-of-the-council-of-europe-conventions).

sur la question de savoir si l'adoption d'un statut de la Cour incorporant certaines dispositions de la Convention et incluant éventuellement d'autres éléments qui ne se trouvent pas dans la Convention serait compatible avec le droit international public et le droit interne des États membres. L'idée est en l'occurrence de faire en sorte que certaines dispositions relatives à la Cour européenne des droits de l'homme puissent être modifiées sans qu'il y ait besoin de lourdes procédures de ratification de ces modifications par les parlements nationaux.

5. Un projet d'avis faisant ressortir les principales interrogations suscitées par une telle procédure simplifiée a été adopté par le CAHDI à sa réunion de septembre 2011. La première interrogation a trait aux modalités juridiques d'introduction de cette procédure. Une solution consisterait à ajouter à la Convention une clause précisant quelles dispositions peuvent être modifiées de cette façon, l'autre solution étant d'adopter un statut de la Cour. Dans un cas comme dans l'autre, il faudra qu'un protocole portant modification de la Convention soit adopté et ratifié par tous les États membres selon une procédure conforme à leur droit interne.

6. La deuxième interrogation porte sur la procédure simplifiée elle-même, à savoir la nature des dispositions qui pourront être ainsi modifiées et les conditions qui régissent leur adoption. Il semble que les dispositions susceptibles d'être modifiées de la sorte devraient être limitées à celles relatives à des questions d'organisation qui n'ont pas d'incidence sur les droits et les obligations des États ou des requérants. C'est la seule façon d'éviter de très lourdes procédures d'approbation dans certains États. S'agissant de la méthode d'adoption, il est ressorti des renseignements fournis par diverses délégations à propos des conditions posées par leur droit interne que la plupart préféreraient l'adoption à l'unanimité. Le CAHDI a toutefois indiqué que d'autres solutions pourraient être envisagées si ces dernières rencontrent une approbation générale. Les délégations ont insisté sur le fait que ces réponses ne préjugent en aucune manière la question de savoir s'il sera nécessaire ou non pour certains États membres de transposer les dispositions ainsi adoptées dans leur droit interne. Le Comité a estimé ne pas être en mesure de procéder à ce stade à une analyse plus poussée de la question qui lui était posée par le CDDH. Il est néanmoins tout à fait disposé à réexaminer un projet de proposition qui serait effectivement élaboré et à donner son avis sur ce texte. Il ne lui a pas encore été demandé de le faire.

7. S'agissant des relations entre le CAHDI et d'autres organisations, les contacts avec les juristes et les services juridiques d'autres organisations et organes internationaux ont porté sur des sujets fréquemment examinés par le CAHDI.

8. M. Stephen Mathias, Sous-Secrétaire général aux affaires juridiques de l'ONU, a examiné avec le CAHDI la question de la responsabilité de protéger. Il a rendu compte des derniers faits nouveaux touchant les juridictions pénales internationales et le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux pénaux, en soulignant également l'importance de l'équité et de la transparence dans les régimes de sanctions des Nations Unies. À cet égard, il a rendu hommage au

travail accompli par M^{me} Kimberly Prost, Médiatrice²⁰² du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité, en date du 15 octobre 1999. M. Luis Romero Requena, Directeur général du Service juridique de la Commission européenne, s'est exprimé sur l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit international public, et a appelé à cette occasion l'attention sur le fait que le droit de l'Union européenne doit être interprété à la lumière du droit international coutumier, ce qui en limite la portée. Il a également décrit les ajustements auxquels il faudra procéder si l'on veut que l'Union, en tant qu'organisation supranationale, puisse adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. M. Maurizio Moreno, Président de l'Institut international des droits de l'homme de San Remo, a parlé de son institut et décrit les défis posés au droit international humanitaire par suite du changement de nature de la guerre traditionnelle. Enfin, M. David Scharia, juriste à la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme de l'ONU, a donné au CAHDI des informations sur la coopération qui existe de longue date entre le Comité et le Conseil de l'Europe.

9. Le CAHDI suit de très près les travaux de la Commission du droit international. Parmi les sujets régulièrement inscrits à l'ordre du jour du CAHDI, il y a notamment l'immunité des États et des organisations internationales, et le droit et la pratique concernant les réserves aux traités et les déclarations interprétatives. Sa base de données est certes davantage axée sur l'immunité des États, mais le CAHDI organise souvent des échanges de vues sur l'immunité des représentants de l'État. Les États l'informent régulièrement des éléments nouveaux de leur jurisprudence sur le sujet. Le CAHDI se félicite donc de la nomination d'un nouveau Rapporteur spécial sur ce sujet. Dans sa fonction d'observatoire européen des réserves aux traités internationaux, le CAHDI examine régulièrement de près une liste de réserves qui pourraient susciter des objections et participe donc activement au « dialogue réservataire ». Il se réfère souvent au Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission à sa soixante-troisième session²⁰³, qui comporte une mine de renseignements sur un sujet très complexe.

10. En 2011, le CAHDI a entendu avec plaisir l'exposé de M^{me} Escobar Hernández sur les travaux de la Commission à sa soixante-troisième session, et il attend avec intérêt l'exposé de Sir Michael Wood sur les travaux de la soixante-quatrième session. La quarante-quatrième réunion du CAHDI, qui doit se tenir à Paris en septembre 2012, sera suivie d'un séminaire sur le thème du juge et du droit international coutumier, qui a été inspirée par l'inscription au programme de travail de la Commission du sujet de Sir Michael, « Formation et identification du droit international coutumier ». Le CAHDI apprécie grandement ses échanges de vues avec la Commission.

11. M. LEZERTUA (Directeur du Conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Jurisconsulte), brochant un tableau des faits nouveaux au Conseil de l'Europe dans le domaine du droit international

²⁰² Le Bureau du Médiateur a été établi par la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité, en date du 17 décembre 2009, et M^{me} Prost a été nommée par le Secrétaire général le 3 juin 2010 (S/2010/282).

²⁰³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 24 et suiv., par. 75 et 76, et *ibid.*, vol. II (3^e partie).

public, dit que de novembre 2011 à mai 2012, le Comité des ministres a été présidé par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'un des membres fondateurs du Conseil et le premier État à ratifier la Convention européenne des droits de l'homme. Sous la présidence du Royaume-Uni, le Comité a concentré son attention sur la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme et le renforcement de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme; la réforme du Conseil de l'Europe, qui comprend, outre les aspects juridiques mentionnés par l'intervenant précédent, des volets budgétaires, organisationnels, institutionnels et politiques; et le renforcement de l'état de droit.

12. En mai, la présidence est passée à l'Albanie, qui l'a assumée pour la première fois depuis qu'elle a rejoint le Conseil de l'Europe en 1995. Comme ses prédécesseurs, l'Albanie s'emploiera à maintenir la continuité des priorités du Comité. De ce fait, la réforme de l'organisation, lancée par le Secrétaire général en 2009, et bénéficiant du soutien de tous les États membres, demeurera au centre des préoccupations du CAHDI.

13. Le Secrétaire général, dans son rapport préliminaire sur le sujet évoqué à la soixante-troisième session de la Commission²⁰⁴, s'est efforcé d'établir une distinction entre les conventions clefs et les conventions inactives; de suggérer quelles conventions il serait utile d'actualiser; de promouvoir l'adhésion de l'Union européenne et, éventuellement, d'États non membres aux conventions du Conseil de l'Europe; et de proposer des mesures propres à conférer une plus grande visibilité à ces conventions, à accroître le nombre des adhésions à ces instruments et à renforcer leur impact. Le rapport final du secrétaire général²⁰⁵ sur le sujet est en cours d'examen par le Groupe des rapporteurs sur la coopération juridique.

14. S'agissant des activités du Bureau des traités, la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon de produits médicaux et infractions pénales similaires menaçant la santé publique (Convention médicrime), adoptée par le Comité des ministres le 8 décembre 2010 et ouverte à la signature à Moscou le 28 octobre 2011, a déjà été signée par 15 États. Il s'agit du premier instrument juridiquement contraignant qui criminalise la contrefaçon, la fabrication et la distribution de produits médicaux qui sont commercialisés sans autorisation ou n'ont pas satisfait aux normes sanitaires. Ouvert à la signature de tous les pays, cet instrument offre un cadre pour la coopération internationale et l'amélioration de la coordination au niveau national. En mai 2012, le Conseil de l'Europe et l'Office danois des médicaments ont organisé, au cours de la présidence danoise de l'Union européenne, une conférence destinée à appeler l'attention sur l'importance de la signature et de la ratification de cette convention.

15. Le 13 juin 2012, le Comité des ministres a adopté le quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, qui, outre l'actualisation de certaines dispositions de la Convention, vise à renforcer la coopération internationale en matière d'extradition. Il sera ouvert à la signature le 20 septembre 2012. Le troisième

Protocole additionnel à la Convention, visant à simplifier et accélérer la procédure d'extradition en cas de consentement de la personne concernée, est entré en vigueur le 1^{er} mai 2012.

16. Une étude menée conjointement par le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Nations Unies en 2009²⁰⁶ a permis de constater que le trafic d'organes, de tissus et de cellules, et la traite d'êtres humains aux fins de prélèvements d'organes sont des problèmes de dimension mondiale constituant des violations des droits humains fondamentaux et des menaces directes pour la santé publique et individuelle. Le Comité d'experts sur le trafic d'organes, de tissus et de cellules humaines a donc été chargé d'établir un projet de convention de droit pénal contre le trafic d'organes humains et, si nécessaire, un projet de protocole additionnel à ce projet de convention relatif à la lutte contre le trafic de tissus et de cellules humaines.

17. Le processus de modernisation de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel a débuté en janvier 2011 par une consultation publique visant à identifier les préoccupations des gouvernements, de la société civile et du secteur privé dans ce domaine. L'un des buts principaux de ce processus est de s'attaquer aux défis posés dans le domaine de la vie privée par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Le Comité consultatif de la Convention est en train d'examiner des propositions visant à actualiser la Convention et transmettra celles qui auront été approuvées au Comité des ministres.

18. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme a constitué l'une des grandes questions posées au Conseil au cours de l'année écoulée. Un groupe de travail informel composé de 14 experts, pour moitié venant d'États membres de l'Union, a transmis en juin 2011 un projet d'accord d'adhésion²⁰⁷ et les documents connexes au Comité directeur pour les droits de l'homme, qui a lui-même transmis ces documents au Comité des ministres pour examen. Le 13 juin 2012, le Comité des ministres a décidé de charger le Comité directeur d'engager des négociations avec l'Union européenne en vue de finaliser les instruments juridiques qui énoncent dans le détail la procédure d'adhésion. Le groupe ad hoc établi à cette fin s'est réuni le 21 juin 2012 et compte tenir deux autres réunions avant la fin de l'année.

19. Parmi les réunions et conférences de haut niveau organisées par le Conseil de l'Europe au cours de l'année écoulée, il y a lieu de citer la dix-septième Conférence des ministres responsables des collectivités locales et régionales, tenue à Kiev en novembre 2011 et centrée sur la réponse des collectivités locales à la récession en Europe,

²⁰⁶ Conseil de l'Europe/Nations Unies, «Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs», 2009, disponible en ligne à l'adresse suivante, www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf (consulté le 2 février 2016).

²⁰⁷ «Projet révisé de rapport explicatif de l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme» [CDDH-UE(2011)08].

²⁰⁴ *Annuaire...* 2011, vol. I, 3101^e séance, par. 16.

²⁰⁵ Voir *supra* la note 201.

la coopération transfrontière et les partenariats entre le Comité des ministres et la Conférence des ministres. Au cours de la présidence du Royaume-Uni, le Comité a organisé une conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est tenue à Brighton en avril 2012 et a permis de faire le bilan des progrès réalisés depuis les deux conférences précédentes sur ce même sujet et de formuler des recommandations concrètes portant sur des aspects de l'action de la Cour, notamment la possibilité de modifier la Convention européenne des droits de l'homme pour conférer à la Cour le pouvoir de délivrer, sur demande, des avis consultatifs touchant l'interprétation de la Convention dans des cas précis.

20. Enfin, le Conseil tiendra sa trente et unième Conférence des ministres de la justice à Vienne en septembre. Le thème de la Conférence sera «Les réponses de la justice à la violence urbaine».

21. Le Conseil de l'Europe attache une grande importance à la coopération avec la Commission et demeure convaincu que cette coopération peut apporter une contribution notable au développement du droit international.

22. Le PRÉSIDENT remercie M. Lezertua pour son exposé et invite les membres de la Commission, s'ils le souhaitent, à poser des questions à M^{me} Belliard et M. Lezertua.

23. Sir Michael WOOD demande à M^{me} Belliard comment elle perçoit la relation entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne dans le domaine du droit international public, et si elle pense que le Conseil de l'Europe est l'organe le plus actif dans ce domaine. En ce qui concerne la classification des conventions en quatre catégories, il demande si cette classification a été rendue publique.

24. S'adressant à M. Lezertua, il signale qu'il s'est vu interdire l'accès à certaines parties du site Web du CAHDI au motif qu'il n'en est pas membre. Il souhaite donc avoir plus d'informations sur le site et sur son développement. Il note également que les représentants de 55 États ont participé à la session du CAHDI alors que le Conseil de l'Europe ne compte que 47 États membres. Il souhaiterait donc obtenir un complément d'information sur le statut des huit États participants qui ne sont pas membres du Conseil.

25. M. MURASE dit que la Commission du droit international est perçue par beaucoup comme de plus en plus dépassée et marginalisée au sein du processus d'élaboration des traités des Nations Unies. Alors que lui-même est entré à la Commission trois années auparavant plein d'espoir et d'ambition, il a depuis perdu ses illusions sous l'effet de phénomènes tels que le manque de transparence, la lenteur des progrès et la rareté des sujets appropriés. Il s'agit là d'affaires internes à la Commission mais il tient à appeler l'attention sur certaines questions relatives aux travaux de la Sixième Commission puisqu'il croit comprendre que le CAHDI joue un rôle de coordination pour certains sujets relatifs à cette dernière.

26. Lorsqu'il était en poste au secrétariat de la Sixième Commission, dans les années 1980, il a été impressionné par le niveau de maîtrise par les délégations des questions

à l'examen, notamment des travaux de la Commission du droit international. Or, à la toute dernière session de la Sixième Commission, à laquelle il a participé en tant que représentant de son pays, il a relevé que de nombreux membres de cet organe étaient des délégués moins expérimentés qui faisaient souvent des observations sur les travaux de la Commission du droit international sans avoir lu la documentation de base pertinente. Certaines démarches se préparent qui visent à substituer l'UNESCO à la Sixième Commission en tant qu'enceinte pour l'élaboration de traités.

27. La Sixième Commission est également tenue, aux termes de l'article 15 du statut de la Commission du droit international, de proposer à cette dernière des sujets appropriés. Or, la Commission n'a reçu aucune proposition de ce type de la part de l'Assemblée générale. L'élection des membres de la Commission relève aussi de la compétence de l'Assemblée générale et il semble bien que sa composition a besoin d'être réformée, pour accorder plus d'attention à l'équilibre entre les sexes et introduire éventuellement des quotas générationnels. Il faut également se pencher sur la question de l'absentéisme. Il y a donc lieu d'espérer que, dans le cadre de ses réunions, le CAHDI examinera tous ces points.

28. M. HASSOUNA demande à M^{me} Belliard s'il arrive au CAHDI de rendre des avis consultatifs sur des points importants de droit international sans que cela lui ait été demandé par le Comité des ministres. Il veut aussi savoir si le CAHDI a envisagé d'instaurer des relations avec des organisations autres que celles mentionnées dans son exposé, s'agissant en particulier des organisations régionales. À son avis, un échange de vues entre le CAHDI et ces organisations serait mutuellement bénéfique.

29. M^{me} BELLIARD (Présidente du Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public) dit que le CAHDI joue un rôle essentiel dans les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne touchant le droit international public. Les services juridiques de l'Union européenne sont de plus en plus confrontés à des questions relatives au droit international public, comme en témoignent les différends portés devant la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme.

30. S'agissant du classement des conventions en quatre catégories, le but de l'opération était d'identifier les conventions essentielles auxquelles les États membres, et peut-être aussi des États non membres, devraient être encouragés à adhérer mais également d'identifier les instruments qui sont devenus obsolètes. Ce travail de classification se révèle certes difficile à mettre en œuvre mais l'idée est juste et devrait être poursuivie. La liste qui figure dans le projet de rapport du Secrétaire général sur le passage en revue des conventions est délibérément non exhaustive afin d'éviter des débats concernant son contenu.

31. À propos des observations de M. Murase, le CAHDI est une instance de discussion et non un organe de prise des décisions. Il peut lui arriver d'être en accord avec le Secrétariat de l'ONU mais il n'y a aucune tentative de s'accorder sur des positions communes. Au sujet de l'intervention de M. Hassouna, le CAHDI établit son

propre ordre du jour et peut faire dans ses rapports des observations sur toute question qui, à son avis, le mérite. Il faut reconnaître que le CAHDI devrait peut-être tisser des liens plus étroits avec davantage d'organismes internationaux, en particulier les organisations régionales, mais il y a lieu de noter toutefois que, dans la mesure où le CAHDI ne tient que deux sessions par an, avec des ordres du jour qui ne laissent place qu'à un nombre limité d'invités, il peut difficilement ajouter des organisations à son programme.

32. M. LEZERTUA (Directeur du Conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Jurisconsulte) dit que l'examen de la question de savoir pourquoi l'Union européenne n'a adhéré qu'à un nombre relativement faible de conventions du Conseil de l'Europe a été suspendu dans l'attente d'un accord sur les termes de son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Une fois que ce point aura été réglé, il sera possible de reprendre les pourparlers visant à identifier les obstacles à son adhésion à d'autres conventions du Conseil de l'Europe.

33. Le projet de rapport du Secrétaire général sur le passage en revue des conventions prévoit un certain nombre de mesures, dont la promotion de certaines conventions spécifiques, l'introduction d'un volet axé sur les conventions dans le programme de travail du Conseil de l'Europe et un examen général des conventions du Conseil par les comités directeurs en vue d'évaluer leur pertinence.

34. Il a été récemment décidé de réaménager le site Web du CAHDI afin de lui apporter les améliorations nécessaires. Il est à espérer que la prochaine fois que des représentants du CAHDI visiteront la Commission du droit international, les membres de celle-ci pourront constater que ces améliorations sont utiles.

35. Outre les représentants des États membres du Conseil de l'Europe, participent également aux réunions ordinaires du CAHDI des représentants d'États ayant le statut d'observateur auprès du Conseil, à savoir le Canada, les États-Unis d'Amérique, le Japon, le Mexique et le Saint-Siège. Les États observateurs participent souvent aux réunions ordinaires du CAHDI, ce qui montre que l'intérêt pour les travaux de ce dernier vont au-delà des organes européens. La résolution du Comité des ministres du 9 novembre 2011 sur les comités intergouvernementaux et les organes subordonnés, leur mandat et leurs méthodes de travail publiée sous la cote CM/Res(2011)24 régit dans le détail la participation aux réunions ordinaires des comités du Conseil de l'Europe tels que le CAHDI, y compris la question de la participation des États non membres qui n'ont pas le statut d'observateur auprès du Conseil.

36. Le CAHDI établit lui-même l'ordre du jour de ses réunions et adresse directement ses rapports au Comité des ministres. Il peut de son propre chef demander que telle ou telle question soit examinée aux échelons les plus élevés de l'organisation.

37. M. NOLTE croit comprendre que le classement des conventions du Conseil de l'Europe en différentes catégories ne serait producteur, en tant que tel, d'aucun

effet juridique. En revanche, il ne voit pas comment, lorsqu'une convention est classée comme étant «inactive» par exemple, et que les États parties ont à l'unanimité exprimé leur accord avec un tel classement, il serait possible de ne pas en conclure que les dispositions de cette convention sont obsolètes et n'ont plus force de loi. La qualification «inactive» semble donc bien, dans ce cas, productrice d'effets juridiques. Il serait bon d'avoir des éclaircissements sur ce point.

38. M. KITTICHAISAREE fait remarquer qu'un mémorandum du secrétariat du Conseil de l'Europe en date du 14 mars 2011, établi par la Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques, contient un avis du Comité européen pour les problèmes criminels concernant la compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare*²⁰⁸. Selon ledit Comité, étant donné qu'il n'y a pas consensus international sur la définition et la portée du principe de la compétence universelle, sa mise en œuvre étant dans la pratique souvent assortie de limitations juridiques définies dans la législation nationale, le Conseil de l'Europe devrait s'en tenir à sa neutralité actuelle à l'égard de ce principe et renforcer l'application du principe *aut dedere aut judicare* en tant que moyen efficace de poursuivre les auteurs de crimes de guerre dans les cas où la compétence universelle ne peut pas être exercée. Il y a donc lieu de se demander si, conformément à cet avis, le Conseil de l'Europe a avancé dans la voie du renforcement de l'application du principe *aut dedere aut judicare*.

39. M^{me} BELLIARD (Présidente du Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public), répondant à M. Nolte, dit que la classification des conventions du Conseil de l'Europe n'est pas en soi productrice d'effets juridiques. Le simple fait qu'un traité soit désigné comme «convention essentielle», par exemple, ne signifie pas que certains États membres qui n'ont pas ratifié ce traité seraient néanmoins liés par ses dispositions. Les listes de conventions classées par le CAHDI ont un caractère purement indicatif, et les comités directeurs pertinents du Conseil de l'Europe sont responsables de la gestion du résultat du réexamen de ces conventions. De nombreux critères différents sont certes utilisés pour évaluer la pertinence des conventions du Conseil de l'Europe mais les mesures découlant de ces évaluations sont toujours prises au cas par cas.

40. M. LEZERTUA (Directeur du Conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Jurisconsulte), répondant à M. Kittichaisaree, dit que les dispositions de nombreuses conventions du Conseil de l'Europe reprennent le principe *aut dedere aut judicare*, et qu'il en fournira la liste à la Commission.

41. M. KAMTO demande comment les conventions du Conseil de l'Europe auxquelles l'Union européenne a adhéré sont mises en œuvre dans le cadre du système juridique de l'Union. Il serait intéressant de savoir quel

²⁰⁸ «Projet d'avis du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) sur la recommandation 1953 (2011) de l'Assemblée parlementaire intitulée "L'obligation des États membres et observateurs du Conseil de l'Europe de coopérer pour réprimer les crimes de guerre"» [CDPC (2011) 5], disponible à l'adresse suivante: <https://rm.coe.int/168070d55d>.

organe est responsable de la conformité aux dispositions de ces conventions et quel organe est responsable du suivi de cette conformité. Il serait intéressant de savoir aussi si les États qui ont demandé le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe doivent être des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

42. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que les échanges d'expériences et d'informations entre le CAHDI et la Commission du droit international sont importants pour les deux organes. Elle se demande si, compte tenu de la décision d'améliorer le site Web du CAHDI, il est envisagé d'ouvrir aux utilisateurs extérieurs l'accès aux bases de données du Conseil de l'Europe contenant des renseignements fournis par les différents États membres, regroupés par sujet, certains de ces renseignements étant directement en rapport avec les travaux de la Commission.

43. Il serait intéressant de savoir quelles sont les perspectives de reprise des consultations informelles au sujet de la Cour pénale internationale qui ont eu lieu sous l'égide du Conseil de l'Europe. Cette initiative serait peut-être opportune si l'on considère que la première Conférence d'examen du Statut de Rome de la Cour pénale internationale a eu lieu en 2010 et que le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur de ce statut a été célébré le 1^{er} juillet 2012.

44. M. MURPHY demande si la base de données du CAHDI sur la pratique des États en matière d'immunités contient des informations qui seraient directement en rapport avec les travaux de la Commission sur l'immunité personnelle. Il apprécierait également toute information que les représentants du CAHDI pourraient fournir sur l'échange de pratiques informelles lors de la réunion de mars 2012 du CAHDI à propos des possibilités pour les ministères des affaires étrangères de soulever dans les procédures en cours devant les tribunaux nationaux des questions de droit international public touchant les immunités des États ou des organisations internationales.

45. M^{me} BELLIARD (Présidente du Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public), répondant à la question de M. Kamto concernant le statut des traités dans le droit de l'Union européenne, dit que, dès que l'Union adhère à un traité, celui-ci fait partie de son système juridique. Étant donné que l'Union européenne est dotée de la personnalité juridique internationale, elle est responsable en droit international pour tous les accords qu'elle conclut sous la supervision de la Cour de justice de l'Union européenne. Lorsque l'Union européenne sera devenue partie à la Convention européenne des droits de l'homme, l'application de cet instrument sera également surveillée par la Cour européenne des droits de l'homme.

46. S'agissant de la question de M^{me} Escobar Hernández concernant la Cour pénale internationale, le CAHDI n'a eu aucun contact avec la Cour ces derniers temps mais envisage de reprendre ces contacts à l'avenir.

47. Sur la question de M. Murphy, le CAHDI examine les questions relatives aux immunités. Les discussions à ce sujet sont très ouvertes mais ne débouchent pas sur des rapports détaillés qui pourraient être particulièrement utiles pour la Commission.

48. M. LEZERTUA (Directeur du Conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Jurisconsulte) dit que le statut d'observateur au Conseil de l'Europe est régi en premier lieu par la résolution statutaire (93) 26 du Comité des ministres relative à ce statut, en date du 14 mai 1993, qui n'établit aucune restriction fondée sur l'origine géographique ou toute autre condition pour les États candidats au statut d'observateur. Les États observateurs ont le droit de participer à pratiquement toutes les activités du Conseil. Tout État peut se voir accorder le statut d'observateur s'il est disposé à accepter les principes fondamentaux de l'organisation, à savoir la démocratie, l'état de droit et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et souhaite coopérer avec le Conseil de l'Europe pour promouvoir et défendre ces principes.

49. Il est également possible de demander au Secrétaire général d'accorder le statut d'observateur pour les travaux de tel ou tel comité, le CAHDI par exemple. Il s'agit en l'occurrence d'une procédure simple qui confère à l'État demandeur le droit de participer aux travaux du comité en question sans droit de vote.

50. Une autre possibilité consiste à devenir invité spécial à l'Assemblée parlementaire, statut qui est accordé par les membres de l'Assemblée à certains États au titre de leurs relations parlementaires avec l'Assemblée. Ce statut se limite toutefois à la participation à l'Assemblée et ne permet aucune activité intergouvernementale.

51. Enfin, la plupart des conventions du Conseil de l'Europe comportent à présent des clauses permettant au Comité des ministres d'inviter des États non membres n'ayant pas le statut d'observateur à adhérer aux conventions en question et à participer aux activités correspondantes, notamment au mécanisme de suivi. Certaines de ces conventions ont recueilli un appui et un intérêt notables, par exemple la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées.

52. À propos de la question du site Web soulevée par M^{me} Escobar Hernández, certaines bases de données contiennent effectivement des informations fournies par les États membres mais l'accès à ces informations est en règle générale réservée aux membres du CAHDI. Le Comité peut bien sûr étudier la possibilité d'ouvrir certaines de ces bases de données une fois qu'un certain délai s'est écoulé et que l'information en question n'est plus trop récente. La question est sensible dans la mesure où les États fournissent cette information à titre confidentiel. Il faut donc qu'il y ait consensus des membres pour que des mesures puissent être prises en vue d'ouvrir l'accès au public, à la Commission ou aux organisations internationales.

53. Comme l'a dit M^{me} Belliard, l'heure est venue de rétablir des contacts avec la Cour pénale internationale. S'agissant des consultations informelles, M^{me} Escobar Hernández voulait peut-être parler des consultations organisées par les États membres du Conseil de l'Europe pour faciliter la ratification du Statut de Rome. Ces consultations se sont achevées avec l'entrée en vigueur de cet instrument.

54. En ce qui concerne la question posée par M. Murphy, la base de données actuelle contient des renseignements sur les questions relatives aux seules immunités de l'État partie mais au cours des séances à huis clos du CAHDI, des informations sur des affaires faisant intervenir l'immunité d'organisations internationales ou d'agents d'un État ont été également examinées. Ces renseignements ne peuvent pas être entrés dans la base de données sans le consentement express du CAHDI. Les rapports des réunions sont toutefois publiés après leur approbation par le Conseil des ministres.

55. Le PRÉSIDENT remercie M^{me} Belliard et M. Lezertua de leurs déclarations.

Protection des personnes en cas de catastrophe (suite)
[A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652 et A/CN.4/L.812]

[Point 4 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

56. M. SABOIA félicite le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport qui est, comme à l'accoutumée, clair, documenté et objectif. Il le remercie également de son exposé complet et bien argumenté, qui clarifie certaines des questions qui ont suscité des divergences de vues apparues au cours du débat de la Sixième Commission à la soixante-sixième session de l'Assemblée générale en 2011. Au stade avancé auquel se trouve actuellement le débat sur ce sujet, l'intervenant limitera ses observations aux questions qui semblent avoir suscité des doutes et des préoccupations parmi les membres, ainsi qu'aux nouveaux projets d'articles proposés.

57. Le rapport contient un compte rendu détaillé du long débat que la Sixième Commission a consacré aux projets d'articles déjà adoptés à titre provisoire (par. 10 à 54). Ce compte rendu est effectivement utile, la Commission devant garder à l'esprit les vues des États, mais, comme l'a dit M. McRae, les délibérations de la Sixième Commission ne doivent pas constituer un corset pour la Commission. Les membres de celle-ci sont censés apporter à la Commission le meilleur de leur jugement et de leurs efforts sur le sujet.

58. Les projets d'articles 10 et 11 ont suscité de nombreuses observations et certaines inquiétudes, même si le débat sur ces textes a été officiellement mené à son terme. Ces dispositions ont été soigneusement conçues de manière à instaurer un délicat équilibre des obligations et des droits qui règle la question primordiale de la protection des personnes tout en soulignant le rôle premier de l'État affecté, et la nécessité de respecter sa souveraineté et d'éviter toute ingérence dans ses affaires intérieures. Il n'y a pas de contradiction entre ces deux articles. Comme l'explique clairement le paragraphe 1 du commentaire²⁰⁹, le projet d'article 10 est lié aux projets d'article 9 et 5. Il est un corollaire de l'idée selon laquelle la souveraineté confère des droits aux États et leur impose des obligations, comme l'indiquait M. Alejandro Alvarez dans son opinion individuelle en

l'affaire du *Détroit de Corfou*. La protection des personnes est donc un devoir des États et, selon plusieurs instruments internationaux et les observations de leurs organes de suivi cités dans le commentaire au projet d'article 10, l'État affecté est tenu de demander une assistance dans la mesure où la catastrophe dépasse sa capacité nationale de réaction. Cela est toutefois sans préjudice de la conservation par l'État affecté de son rôle premier et de son droit de choisir parmi les autres États, l'ONU et d'autres acteurs qui peut lui apporter l'assistance qui correspond le mieux à ses besoins spécifiques.

59. Le projet d'article 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure) énonce un régime de consentement assorti de réserves dans le domaine des opérations de secours en cas de catastrophe qui reposent sur la notion de caractère dual de la souveraineté comportant aussi bien des droits que des devoirs, comme cela est expliqué dans les paragraphes 1 et 3 du commentaire. Plusieurs intervenants ont fait valoir que le terme « arbitrairement » utilisé au paragraphe 2 du projet d'article était vague et difficile à définir dans la pratique. Au paragraphe 7 du commentaire²¹⁰, le Rapporteur spécial a énoncé plusieurs critères possibles pour déterminer si une décision de refuser son consentement est arbitraire. Par ailleurs, au cours du débat de la Sixième Commission, une suggestion constructive a été faite par la délégation de la Thaïlande²¹¹ et pourrait être gardée à l'esprit lorsque le projet d'article sera révisé en seconde lecture.

60. Faisant quelques observations générales sur le débat en séance plénière de la session en cours, l'intervenant fait sien le point de vue selon lequel il ne serait pas judicieux de parler d'un équilibre entre la souveraineté et les droits de l'homme, le véritable équilibre devant être établi entre le respect des droits de l'État affecté et la nécessité d'apporter une assistance à des personnes qui en ont besoin. Les règles relatives aux droits de l'homme sont des normes adoptées d'un commun accord par les États pour protéger des individus ou groupes, elles sont autonomes en tant qu'obligations de tous les États à l'égard des personnes placées sous leur juridiction et ne comportent aucun élément de réciprocité. Ce sont des règles universelles, indépendantes, correspondant à un sujet de préoccupation légitime de la communauté internationale.

61. Il convient de remercier M. Petrič qui a rappelé le caractère dynamique de notions telles que celles de juridiction interne. Le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies a, jusque dans les années 1960, empêché l'Organisation de s'attaquer au crime d'apartheid et à toute contestation d'une violation des droits de l'homme. Sous l'effet de pressions politiques, les idées ont par la suite évolué et il a été décidé que l'apartheid était un sujet de préoccupation pour la communauté internationale tout entière²¹². Cette évolution a ouvert la voie au système onusien actuel de surveillance des droits de l'homme qui est le fruit de traités et de l'action des organes de défense des droits de l'homme.

²¹⁰ Ibid., p. 166.

²¹¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 24^e séance (A/C.6/66/SR.24), par. 91.

²¹² Voir, entre autres, les résolutions 1375 (XIV) de l'Assemblée générale, en date du 17 novembre 1959, et 1761 (XVII) du 6 novembre 1962, et la résolution S/134 (1960) du Conseil de sécurité du 1^{er} avril 1960.

²⁰⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 162 et 163.

62. L'observation selon laquelle il n'y aurait pas lieu de mentionner les droits de l'homme des personnes touchées par les catastrophes est assez surprenante si l'on considère que ces droits n'ont jamais été contestés par personne. Les personnes touchées par une catastrophe risquent fort d'être soumises à un traitement qui les lèse dans leurs droits et leur dignité, en particulier lorsque la catastrophe occasionne un déplacement prolongé dans des conditions difficiles. Bien entendu, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'État affecté, dépassé par les effets de la catastrophe, soit à blâmer pour toutes les souffrances endurées par sa population, mais il n'en demeure pas moins qu'il y a certainement des raisons de garder les droits de l'homme à l'esprit même si l'on admet que certaines dérogations sont inévitables.

63. Sans entrer dans le détail, il y a lieu d'approuver la position adoptée par le Rapporteur spécial dans le chapitre de son cinquième rapport sur la question posée par la Commission au chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session²¹³ (par. 55 à 78).

64. En ce qui concerne le chapitre suivant sur le développement de l'obligation de coopérer, on ne peut que souscrire à l'analyse faite par le Rapporteur spécial dans les paragraphes 79 à 116 du rapport, et à sa conclusion selon laquelle, dans le contexte actuel, le devoir de coopérer est une obligation de moyens et non une obligation de résultat. Le devoir de coopérer est un pilier important du système des Nations Unies, en particulier quand les enjeux sont d'ordre économique, social et humanitaire. Il convient néanmoins de souligner que, dans certains cas, lorsque ce devoir peut être défini par des objectifs ou des obligations mesurables soumis à la supervision des organes de suivi des traités, le devoir de coopérer peut aussi comporter des éléments d'obligation de résultat.

65. Il a été suggéré en ce qui concerne la section C de ce chapitre, qui décrit les différentes catégories de coopération pertinentes en matière de secours en cas de catastrophe, que l'on mentionne la coopération dans d'autres domaines, ceux de la préparation préalable et de la prévention en particulier, ainsi que pour les phases postcatastrophes, s'agissant de la reconstruction et du développement durable par exemple. Il convient toutefois de ne pas oublier que l'ampleur des dommages personnels subis dans une catastrophe est souvent le résultat de la pauvreté, notamment l'absence de logements sûrs et adéquats et d'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Il vaudrait mieux inclure une mention précise de ces facteurs. En tout état de cause, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il compte traiter des phases pré- et postcatastrophes à un stade ultérieur.

66. Il y a lieu d'appuyer le projet d'article A, qui fournit une version plus concrète du devoir de coopérer dans le contexte des secours en cas de catastrophe. La liste figurant dans ce projet d'article n'est en principe pas exhaustive et la Commission pourrait y incorporer certaines des propositions faites au cours du débat en séance plénière, par exemple la suggestion de M. Forteau d'y inclure une référence à l'assistance financière.

67. Le projet d'article 13 a effectivement besoin de plus de substance, y compris pour mettre quelque peu en garde contre le risque que les conditions imposées n'entravent la fourniture rapide et efficace de l'assistance. Cette question pourrait toutefois être traitée au Comité de rédaction.

68. Le projet d'article 14 a également besoin d'être quelque peu amélioré, dans un souci de précision et de cohérence, sachant que l'on part du principe que l'État affecté conserve le pouvoir de déterminer quand il doit être mis fin à l'assistance.

69. En ce qui concerne les observations selon lesquelles il serait nécessaire de mentionner davantage les aspects opérationnels de l'assistance, il y a lieu de rappeler que la FICR a spécifiquement demandé que la Commission laisse les questions opérationnelles de côté²¹⁴ en raison du risque de chevauchement avec les règles de la Fédération²¹⁵ dans les situations où les compétences de celle-ci sont incontestables. La tâche de la Commission a au contraire été définie comme étant de fournir un large cadre général fait de règles juridiques sur les principes de droit applicables et les droits et les devoirs des principaux acteurs. En conséquence, même si la proposition de M. Murase tendant à rédiger un modèle d'accord sur le statut des forces pour les situations de catastrophe est très intéressante et pourrait bien être utile, la Commission doit se demander si une telle démarche n'impliquerait pas une modification du champ du sujet; les vues du Rapporteur spécial sur cette proposition seraient des plus utiles.

70. En conclusion, les projets d'articles devraient être renvoyés au Comité de rédaction, en remerciant de nouveau le Rapporteur spécial de sa remarquable contribution.

La séance est levée à 12 h 45.

3141^e SÉANCE

Jeudi 5 juillet 2012, à 10 h 10

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Hommage à la mémoire de M. Choung Il Chee, ancien membre de la Commission

1. Le PRÉSIDENT dit qu'il lui incombe malheureusement d'informer les membres du décès de M. Choung Il Chee, survenu le 1^{er} mai 2012. Membre de la Commission

²¹⁴ Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/615, par. 28.

²¹⁵ Voir *supra* la note 190.

²¹³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 43 et 44.

de 2002 à 2006, éminent juriste et membre de diverses associations universitaires, il avait participé à plusieurs conférences internationales importantes, concernant notamment les pêcheries et l'environnement. Professeur de droit international public à l'Université Hanyang à Séoul, il était aussi l'auteur de nombreux ouvrages et articles et avait contribué de manière substantielle à l'enrichissement des ressources bibliographiques du droit international. Sa vaste expérience, ses connaissances approfondies, sa manière amicale et collégiale resteront dans la mémoire de tous ceux qui l'ont connu.

À l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence.

2. M. PARK voudrait remercier, en son nom et au nom de la Mission permanente de la République de Corée auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, les membres du bureau et plus généralement l'ensemble des membres de la Commission du droit international d'avoir pris l'initiative d'organiser le présent hommage. Après avoir terminé ses études à l'Université de Séoul, M. Choung Il Chee avait étudié le droit international et les relations internationales à l'Université de Georgetown et à l'Université de New York aux États-Unis, pays où il a enseigné pendant dix ans. Il était ensuite retourné en République de Corée au milieu des années 1970, et y avait également enseigné et réalisé d'importants travaux de recherche. Expert en matière de pêcheries, il avait participé à plusieurs conférences dans le domaine du droit maritime et il laisse plusieurs ouvrages faisant autorité, publiés en coréen et en anglais.

3. M. MURASE dit qu'il a appris avec tristesse le décès de M. Choung Il Chee, qu'il avait eu l'occasion de rencontrer à plusieurs reprises lors de réunions de la Société japonaise de droit international à Tokyo. C'était un homme sincère, franc et direct; il détestait par dessus tout l'hypocrisie et ne cachait pas ses sentiments à l'égard du passé colonial du Japon en Corée, qu'il critiquait sévèrement et évoquait parfois dans le cadre des travaux de la Commission. Il s'éloignait alors un peu des questions débattues, mais il avait après tout parfaitement le droit de le faire en tant que ressortissant d'un pays ayant subi de graves atrocités. M. Murase, qui déteste lui aussi l'hypocrisie et comprenait la colère de M. Choung Il Chee, dit qu'il aurait agi de la même manière. Marqué par le décès, le 15 juillet 1907, du diplomate coréen Yi Jun, venu à La Haye pour plaider la cause de l'indépendance coréenne à la seconde Conférence internationale de la paix, M. Choung Il Chee rappelait avec éloquence que de tels faits ne devaient pas se reproduire.

4. M. CANDIOTI s'associe à tous ceux qui ont exprimé leur tristesse face au décès de M. Choung Il Chee et dit qu'il a eu l'honneur de siéger à ses côtés de 2002 à 2006. Il se souvient d'un homme affable et sympathique, doté de solides connaissances en matière de droit international et particulièrement engagé dans les travaux de la Commission. Au nom du Groupe des pays d'Amérique latine, M. Candiotti voudrait adresser ses condoléances aux proches du défunt et à la République de Corée.

5. M. KAMTO dit que les annonces successives de décès d'anciens membres de la Commission sonnent comme un rappel de la fragilité de la condition humaine. Il est un

enseignement que les membres actuels peuvent en tirer: ils doivent accomplir au mieux leur tâche avec rigueur et courtoisie afin de pouvoir conserver le meilleur souvenir de ce lieu et des moments qu'ils y auront partagés. M. Kamto a eu le privilège et l'honneur de bien connaître le professeur Chee, devenu membre de la Commission après lui en 2002, et qui siégeait non loin de lui. Il se souvient d'un homme exquis, grand connaisseur de la situation internationale de l'après-Seconde Guerre mondiale, et garde en mémoire leurs conversations sur la période des années 1960, quand la Corée du Sud était au même niveau de développement que certains pays africains.

6. M. Choung Il Chee était toujours prêt à apporter son aide. Homme scrupuleux, il dégagait une forte impression d'honnêteté et possédait de grandes qualités humaines. M. Kamto gardera de lui le meilleur souvenir et voudrait, au nom du Groupe des pays africains, prier M. Park de transmettre ses condoléances attristées à sa famille et son amitié émue au Gouvernement de la République de Corée.

7. M. PETRIČ dit que M. Chee n'était plus membre de la Commission lorsque lui-même a pris ses fonctions mais qu'il a tout de même eu l'occasion de le rencontrer à deux reprises. Il avait alors constaté qu'outre des connaissances juridiques solides sa pensée dépassait largement le domaine du droit et témoignait d'une connaissance approfondie des relations internationales et des questions politiques, qualité essentielle pour un juriste. Au nom du Groupe des pays d'Europe de l'Est et autres États, M. Petrič voudrait présenter ses condoléances aux proches du défunt et au Gouvernement de la République de Corée.

Protection des personnes en cas de catastrophe (suite)
[A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652 et A/CN.4/L.812]

[Point 4 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

8. M. NIEHAUS remercie vivement le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe. Particulièrement clair et cohérent, ce document sera très précieux pour la suite des travaux sur le sujet examiné, qui est à la fois primordial et d'actualité, comme en témoigne la succession de catastrophes d'origine naturelle ou humaine qui menacent la vie de milliers, voire de centaines de milliers, de personnes, et appellent des réponses rapides et efficaces. Les travaux de la Commission seront utiles s'ils aboutissent à des règles claires et concrètes à même de contribuer à résoudre des problèmes majeurs.

9. Sir Michael a eu raison de rappeler qu'il ne fallait pas rouvrir le débat sur les projets d'article déjà adoptés mais se concentrer sur le contenu du cinquième rapport, en particulier les projets d'articles A (Obligation de coopérer), 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance) et 14 (Cessation de l'assistance). Ce ne sera pas toujours facile parce que ces nouveaux projets d'article sont étroitement liés à des questions telles que la nécessité de promouvoir les principes humanitaires et la

coopération tout en veillant au respect des principes de souveraineté de l'État et de non-intervention, auxquelles il faudra probablement revenir. Compte tenu de la nature même du sujet, la Commission devrait élaborer des règles qui puissent être mises en œuvre rapidement, donc des règles simples et concrètes. À cet égard, la proposition de M. Murase tendant à élaborer un accord-type sur le statut des forces, qui serait appliqué à titre provisoire jusqu'à la conclusion d'un accord définitif, mérite d'être appuyée.

10. La coopération peut et doit être mise en œuvre dans de nombreux domaines qui sont tous d'égale importance. C'est pourquoi le projet d'article A, relatif à l'obligation de coopérer, est légitime et opportun. Le projet d'article 13, qui répond à la nécessité d'un équilibre approprié entre la fourniture d'assistance, d'une part, et le respect des principes de souveraineté et de non-intervention, d'autre part, mérite lui aussi d'être appuyé. Les considérations relatives à l'évaluation des besoins, aux paragraphes 151 à 153 du rapport, sont de la plus grande importance, de même que celles relatives au contrôle de qualité aux paragraphes 154 à 156. À cet égard, l'expérience montre que, même si la volonté d'aider est réelle, des secours d'une qualité insuffisante peuvent être préjudiciables aux bénéficiaires. Les précisions apportées sur les questions de l'ampleur et de la nature de l'aide, aux paragraphes 157 à 160, sont également essentielles.

11. Peut-être faudrait-il aborder également une question tout aussi importante que l'évaluation des besoins et le contrôle de la qualité, qui se pose malheureusement dans de nombreux domaines d'activité, notamment l'action humanitaire et la coopération, à savoir la corruption. Dans un passé plus ou moins récent, l'aide internationale a parfois davantage bénéficié à des fonctionnaires et membres de gouvernements corrompus qu'aux destinataires légitimes. Ainsi, en 1972, après le tremblement de terre ayant détruit Managua, capitale du Nicaragua, l'aide internationale massivement accordée a-t-elle été détournée en grande partie au profit de la famille du dictateur Somoza. Plus récemment, après le tremblement de terre survenu en Haïti, une partie de l'aide internationale a été détournée vers d'autres pays puis distribuée à titre onéreux aux victimes qui auraient dû la recevoir gratuitement. Il faudrait donc prévoir la possibilité pour les donateurs d'exercer des contrôles appropriés de sorte que de tels faits, certes marginaux, ne se reproduisent pas.

12. Concernant le projet d'article 14, M. Niehaus dit qu'il importe en effet de bien déterminer le moment auquel cesse l'assistance, en prévoyant entre l'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance des consultations dont il faudrait préciser les modalités. L'affirmation selon laquelle tout État devrait offrir une assistance humanitaire sauf si cela risque de compromettre gravement sa propre situation économique, sociale ou politique pose la question de savoir qui évalue les capacités des États. Si, comme on peut le supposer, cette évaluation incombe à l'État censé prêter assistance, il sera difficile de croire à son objectivité s'il y renonce, raison de plus pour laisser les États libres de fournir ou non l'assistance sollicitée par un État affecté. Enfin, il est évident que le droit de l'État affecté de subordonner la fourniture de l'assistance à certaines conditions doit être exercé conformément à sa législation nationale et au droit international, ainsi

qu'énoncé au projet d'article 13. Sur la base de ces observations, M. Niehaus est favorable au renvoi des projets d'article évoqués au Comité de rédaction.

13. M. NOLTE voudrait lui aussi féliciter le Rapporteur spécial, qui présente une fois de plus un excellent rapport étayé par des travaux de recherche approfondis et qui va dans la bonne direction. Ce rapport souligne la complexité du sujet et sa dimension tragique, évoquée par M. Petrić en des termes qui ne laissent pas indifférent. Avant d'en venir aux nouveaux projets d'article proposés par le Rapporteur spécial, M. Nolte précisera son point de vue sur plusieurs questions d'ordre général, soulevées par le Rapporteur spécial lui-même dans sa synthèse des débats à la Sixième Commission et par certains membres.

14. M. Nolte ne souhaite pas plus que M. McRae et d'autres membres rouvrir le débat ou revenir sur des décisions déjà prises. Il voudrait plutôt contribuer au renforcement du consensus sur le fait qu'il ne s'agit pas de rechercher un équilibre abstrait entre souveraineté et droits de l'homme mais d'évaluer l'importance relative de principes et de règles dans des situations et au regard de questions bien précises. Sir Michael a d'ailleurs utilement rappelé ce point de départ.

15. Le projet d'article 10, relatif à l'obligation de l'État affecté de rechercher assistance lorsque la catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention, a suscité les critiques d'un assez grand nombre d'États à la Sixième Commission. La Commission doit-elle, comme M. McRae semble le suggérer, ignorer ces déclarations et mettre l'accent sur le fait que les États recherchent généralement de l'assistance face à une catastrophe dépassant leur capacité d'intervention ou doit-elle considérer, comme le préconise notamment M. Murphy, que la pratique ne suffit pas à démontrer l'existence de l'*opinio juris* nécessaire? Pour M. Nolte, on ne peut pas répondre à cette question en examinant uniquement la pratique et l'*opinio juris*. Il faut tenir compte du contexte plus général des obligations relatives aux droits de l'homme, qu'elles soient conventionnelles ou coutumières. Une des obligations fondamentales des États en la matière est de garantir le droit à la vie, à l'intégrité physique et à l'alimentation, ce qui suppose nécessairement que les États recherchent de l'assistance face à une catastrophe dépassant leur propre capacité d'intervention, étant entendu qu'ils ne sont pas tenus d'accepter n'importe quel type d'assistance. Compte tenu de ces considérations juridiques, il est possible d'affirmer que la pratique uniforme, ou presque uniforme, consistant pour les États à rechercher de l'assistance lorsqu'une catastrophe dépasse leur capacité d'intervention, est la manifestation d'une *opinio juris* générale. En ce sens, l'obligation de rechercher de l'assistance énoncée dans le projet d'article 10 n'est pas une obligation nouvelle que la Commission «imposerait» mais une règle de droit international bien établie. Par conséquent, le projet d'article 10 ne crée aucun motif supplémentaire de responsabilité de l'État. C'est pourquoi M. Nolte convient avec M. McRae que la Commission peut retenir sans risques le libellé proposé.

16. Certains États et de nouveaux membres de la Commission ont critiqué le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 11 aux termes duquel le consentement de l'État affecté

à l'assistance extérieure ne doit pas être refusé « arbitrairement », posant la question classique de savoir qui était censé décider du caractère arbitraire du refus. Il est vrai que la formulation d'un critère juridique, même aussi général et vague que celui de l'arbitraire, va nécessairement de pair avec l'idée que son applicabilité ne doit pas être déterminée de manière unilatérale par les États qui doivent y satisfaire. Cependant, cela suppose également que cette applicabilité ne puisse être déterminée unilatéralement par un ou plusieurs États en fonction de leurs préférences. Le critère en question, relativement souple, est le critère minimal que doivent respecter les États, qui ont l'obligation, fondée sur les droits de l'homme, de protéger la vie et l'intégrité physique, et de répondre aux besoins alimentaires de base de leur population. Pour M. Tladi, le projet d'article 11 sera dépourvu de signification tant qu'on n'aura pas défini le mot « arbitrairement ». Or, l'intérêt de cet adverbe est précisément de laisser une importante marge de manœuvre tout en contraignant les parties concernées à justifier leur position au regard de l'objectif général d'efficacité des secours.

17. Certains membres ont estimé que le projet d'article 12, relatif au droit d'offrir une assistance, reflétait une approche étroite, axée sur les droits et les obligations, alors que la question concrète la plus importante était celle de la coopération. Cette critique vaut bien sûr pour tous les autres projets d'article énonçant des droits et obligations juridiques dans un domaine où la volonté de coopérer, la générosité et l'esprit d'ouverture des États et des autres acteurs jouent un rôle crucial. Cela étant, il ne faut pas opposer de manière fictive le fait de définir des droits et des obligations, et celui d'encourager la coopération volontaire. La Commission doit certainement se soucier de l'utilité pratique de ses travaux – sur laquelle M. Nolte reviendra ultérieurement – mais aussi s'acquitter de son mandat qui est de définir et de développer des principes et des règles juridiques. Le droit d'offrir une assistance n'est pas de nature à entamer en quoi que ce soit la dimension volontaire de la fourniture de l'assistance.

18. Il en va différemment s'agissant d'une éventuelle obligation de fournir une assistance et, à cet égard, il n'est guère surprenant que les États aient pratiquement tous répondu par la négative à la question de son existence. Établir une telle obligation soulèverait d'épineuses questions d'attribution de la responsabilité et d'évaluation de la capacité relative des différents États. La Commission devrait donc se garder de poursuivre dans cette voie, même s'il est concevable que, dans des situations données, certains États puissent avoir des obligations précises en matière de fourniture d'assistance. Ainsi, il peut arriver que le territoire de l'État victime d'une catastrophe soit presque entouré par celui d'un autre État, lequel pourrait avoir alors l'obligation d'autoriser l'acheminement de l'aide par d'autres États ou acteurs. Une telle autorisation serait non seulement nécessaire pour que les États tiers puissent prêter assistance, mais constituerait elle-même une forme d'assistance, qui pourrait être conçue de telle sorte qu'il n'en résulte aucuns frais pour l'État voisin. De manière plus générale, les États tiers pourraient même être tenus, dans le cadre du droit international et en fonction de leurs capacités, d'empêcher les violations les plus graves des droits de l'homme dans d'autres États. Cette notion, introduite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *l'Application de la Convention*

pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), pourrait être développée et appliquée à l'avenir à certaines situations de catastrophes majeures. La Commission devrait éviter de se prononcer sur une éventuelle obligation de fournir une assistance afin de ménager la possibilité d'une évolution ultérieure du droit dans ce domaine.

19. En ce qui concerne le projet d'article A, relatif à l'obligation de coopérer, M. Nolte relève, comme de nombreux autres membres, un contraste entre la richesse du chapitre du rapport consacré à cette obligation et le caractère assez limité du projet d'article correspondant. Il encourage le Rapporteur spécial à être plus ambitieux et à essayer d'étoffer cet important projet d'article. Le principe de coopération est un principe juridique reconnu et il peut, dans certaines situations, supposer des obligations concrètes selon la nature et l'importance de l'objectif à atteindre. À cet égard, il n'est pas sûr que la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat soit très utile. C'est après tout l'objectif de fournir une assistance efficace et en temps voulu, et de faciliter cette assistance qui doit être la considération dominante; cet objectif doit être souligné et peut même, dans certaines situations, donner naissance à des obligations de résultat. Là encore, comme d'autres membres, M. Nolte est sceptique quant à l'utilité de prendre pour modèle le paragraphe 4 de l'article 17 des articles relatifs au droit des aquifères transfrontières²¹⁶. Ce paragraphe 4 est formulé sous la forme d'une obligation unilatérale, alors qu'au moment d'explicitier l'obligation de coopérer la Commission devrait souligner le caractère réciproque de celle-ci. En outre, si le fait que le paragraphe 4 de l'article 17 mentionne d'abord la coopération « scientifique » parmi les formes de coopération possibles est peut-être compréhensible dans le contexte des aquifères transfrontières, ce type de coopération ne semble pas être prioritaire dans la plupart des situations de catastrophe.

20. Plusieurs membres ont noté que le projet d'article 13, relatif aux conditions posées à l'assistance, constituait une disposition assez limitée étant donné la richesse des éléments présentés à cet égard par le Rapporteur spécial dans son rapport. Là encore, le Rapporteur spécial et la Commission elle-même devraient aller plus loin sur plusieurs points. Il faudrait préciser que la suspension de l'application de certaines règles en cas de catastrophe n'est pas seulement une question de bonne volonté et de générosité, mais qu'elle soulève aussi d'importantes questions touchant l'état de droit. Les lois ne peuvent pas et ne devraient pas être ignorées aussi facilement, pas même en cas de catastrophe, et la Commission ne doit pas donner à penser qu'elle encourage les dérogations désinvoltes à l'état de droit, même dans les situations exceptionnelles. La véritable question est de savoir si l'ordre juridique interne des États prévoit l'instauration d'un état d'urgence suspendant l'application de certaines lois applicables en temps normal. Il s'agit d'une question de préparation aux catastrophes, qui relève donc de la phase précédant celles-ci. Par ailleurs, selon le paragraphe 173 du rapport,

²¹⁶ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008 de l'Assemblée générale, annexe. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II, 2^e partie, p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

l'État affecté peut poser comme condition, en application du principe du développement durable, que l'assistance améliore la situation et ne se limite pas à rétablir celle qui existait avant la catastrophe. Si, du point de vue strictement logique, une telle condition peut effectivement être considérée comme découlant du principe du développement durable, on peut douter qu'elle soit réellement utile dans la plupart des cas et se demander s'il est judicieux que la Commission donne l'impression d'encourager la formulation de telles conditions, qui risquent de dissuader les États et certains acteurs d'apporter leur aide.

21. Pour ce qui est du projet d'article 14, M. Nolte pense, comme les orateurs précédents, que son libellé actuel risque de donner à penser que les consultations sont une condition nécessaire de la cessation de l'assistance. Il ne faudrait pas non plus se contenter d'énoncer le droit de l'État affecté de mettre fin unilatéralement à l'assistance. Comme il est très difficile de formuler un projet d'article relatif à la cessation qui ne se prête pas à des interprétations erronées ou contradictoires, M. Nolte se demande si ce projet d'article 14 ne devrait pas tout simplement être abandonné, étant entendu que la cessation de l'assistance serait régie par les règles générales sur la nécessité du consentement, l'obligation de ne pas refuser arbitrairement celui-ci et le droit de poser des conditions à l'assistance. Une autre possibilité serait d'ajouter au libellé actuel du projet d'article 14 une clause « sans préjudice » qui renverrait aux principes généraux énoncés précédemment.

22. Enfin, la proposition de M. Murase tendant à ce que la Commission élabore un accord type sur le statut des forces et l'annexe au projet d'articles est très intéressante et mérite qu'on s'y arrête. Un tel accord type pourrait effectivement constituer un instrument très utile dans la pratique. Il n'est toutefois peut-être pas souhaitable de limiter les travaux que pourra entreprendre la Commission à cet égard à l'élaboration d'un accord type sur le statut des forces, car on risquerait ce faisant de donner l'impression erronée que les secours en cas de catastrophe sont généralement et au premier chef une question d'ordre militaire. On peut aussi se demander s'il est possible pour la Commission d'élaborer un accord type complet sur le statut des forces ou même souhaitable qu'elle le fasse. Pour ces deux raisons, peut-être est-il préférable qu'elle formule un ensemble de ce que l'on pourrait appeler des « règles fondamentales relatives au personnel étranger associé à des secours en cas de catastrophe » propres à faciliter et accélérer la négociation et l'élaboration d'accords spécifiques entre les parties concernées. Quoi qu'il en soit, M. Nolte pense comme M. Saboia que l'on devrait, pour ce qui est de décider si la Commission doit entreprendre l'élaboration d'un accord type quel qu'il soit, s'en remettre largement au Rapporteur spécial. Il en est de même du point de savoir jusqu'où la Commission doit pousser l'étude d'autres questions pratiques précises. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial a rappelé à la Commission que la FICR avait invité celle-ci à tenir compte des compétences respectives de chacun²¹⁷, et peut-être la Commission devrait-elle, comme l'a suggéré Sir Michael, se contenter de renvoyer aux travaux

d'organes comme la FICR, qui ont non seulement les compétences concrètes nécessaires mais dont les travaux sont aussi généralement reconnus.

23. M. GEVORGIAN dit que les travaux de la Commission sur le sujet viennent à point nommé étant donné la fréquence et l'ampleur croissante des catastrophes, qui coûtent la vie à des dizaines de milliers de personnes et causent des dégâts matériels considérables. L'importance du sujet est confirmée par le fait qu'en dépit de sa complexité, les projets d'article élaborés jusqu'ici par la Commission ont été dans l'ensemble bien accueillis par la Sixième Commission. En ce qui concerne la forme que devrait prendre le résultat des travaux – projet d'articles, recommandations ou directives –, il serait prématuré d'en décider et la Commission sera mieux à même de le faire ultérieurement.

24. Il est difficile d'évaluer les projets d'article figurant dans le cinquième rapport sans une compréhension approfondie des questions de principe et surtout de l'équilibre à réaliser entre la souveraineté et la coopération. M. Gevorgian souscrit à cet égard à l'opinion exprimée par Sir Michael en ce qui concerne le principe de la souveraineté et les obligations de l'État en matière de droits de l'homme. À la lumière du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission, il est très important que la Commission aborde cet aspect du sujet avec prudence et en se fondant sur les normes en vigueur du droit international. Il est peu probable que de nouvelles normes en la matière, par exemple une obligation juridique de fournir une assistance, recueillent l'appui des États Membres. Il convient en effet d'être réaliste : le débat à la Sixième Commission a montré que les États étaient contre l'établissement à l'article 10 d'une obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance. Comme l'ont dit à juste titre de nombreux membres de la Commission, et notamment M. Hassouna, une telle disposition soulève toute une série de questions juridiques, dont celle de savoir qui est habilité à déterminer qu'une catastrophe s'est produite ou que la catastrophe dépasse les capacités d'intervention de l'État affecté.

25. Par ailleurs, si l'on énonce des obligations juridiques strictes, l'État qui y manquerait engagerait sa responsabilité internationale, ce qui soulève d'autres questions auxquelles il n'est pas certain que l'on puisse donner des réponses adéquates. L'article 10 doit donc être reformulé non sous la forme d'une obligation juridique contraignante mais sous celle d'une disposition juridique destinée à guider l'action des États. Il doit s'agir d'une obligation morale et politique, et non d'une obligation juridique au sens strict, de manière à ménager davantage de souplesse.

26. De même, de nombreux États ont rejeté l'idée d'une obligation d'offrir une assistance. Ainsi que le souligne à juste titre le Rapporteur spécial dans les paragraphes 55 à 78 de son rapport, en droit international positif il n'existe à la charge des États aucune obligation juridique de fournir une assistance à un État affecté qui le demande. L'offre d'assistance devrait être envisagée dans le cadre de la mise en œuvre du principe de la coopération entre les États en vue de protéger les personnes en cas de catastrophe.

²¹⁷ Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/615, par. 28.

27. Du point de vue des modalités concrètes de cette coopération, le travail accompli par le Rapporteur spécial et reflété dans le chapitre de son rapport sur les conditions de la fourniture d'assistance est extrêmement utile, en particulier pour ce qui est des conditions auxquelles l'État affecté peut subordonner l'assistance. Il est en effet important que le projet d'article 13 consacre l'idée que, dans l'exercice de sa souveraineté, l'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance. Comme de nombreux membres l'ont noté, ce projet d'article est très concis et il devrait être développé pour écarter le risque que les États affectés ne l'interprètent de manière indûment large et subordonnent l'acceptation de l'assistance à des conditions privant leur consentement de tout effet.

28. Pour ce qui est du projet d'article A, M. Gevorgian appuie l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, qui a consisté à calquer cette disposition sur le paragraphe 4 de l'article 17 du projet d'articles relatif au droit des aquifères transfrontières. Cependant, comme l'ont relevé de nombreux membres, le terme «coopération» semble être dans ce projet d'article employé dans un sens différent de celui qui est le sien au projet d'article 5, auquel renvoie le projet d'article A. De plus, l'emploi du présent – «fournissent» – dénote une obligation qui ne correspond pas à la pratique. Pour M. Gevorgian, il conviendrait que ce projet d'article soit libellé de manière à ne pas pouvoir être interprété comme énonçant une obligation juridiquement contraignante de fournir une assistance.

29. En ce qui concerne le projet d'article 14, relatif à la cessation de l'assistance, il semble lui aussi énoncer une obligation juridique, celle, pour l'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance, de se consulter. Il semble y avoir là un manque de logique : la fourniture de l'assistance exige le consentement de l'État affecté, qui peut poser des conditions, mais, une fois que l'assistance a commencé, aucune partie ne peut y mettre fin sans consultations. Pour M. Gevorgian, la cessation de l'assistance doit être envisagée de manière suffisamment souple pour que l'État affecté qui estime qu'il n'a plus besoin d'aide ou l'État fournissant une assistance qui juge qu'il n'a plus la capacité de le faire puissent mettre fin à l'assistance.

30. Par ailleurs, M. Gevorgian juge intéressante la proposition de M. Murase tendant à ce que la Commission établisse un accord type sur le statut des forces qui fournissent une assistance en cas de catastrophe. Annexé au projet d'articles, un tel texte serait extrêmement utile dans la pratique. M. Gevorgian indique que, dans le cadre de ses activités professionnelles, il lui a souvent été posé, au sujet de l'assistance en cas de catastrophe, des questions auxquelles il était difficile de répondre, par exemple au sujet de l'entrée sur le territoire de l'État affecté de médicaments étrangers dans le cadre de l'assistance médicale, ou des règles de quarantaine pouvant être applicables aux chiens qui accompagnent les secouristes et des documents devant être présentés à cet égard. Des dizaines de questions de ce type se posent dans les situations de catastrophe et il faut y répondre rapidement. C'est pourquoi un accord type serait d'une grande utilité mais il n'est pas sûr que la Commission soit l'instance la mieux placée pour élaborer un tel instrument, car il s'agit de questions extrêmement techniques.

31. M. KAMTO dit que le cinquième rapport du Rapporteur spécial sur la protection des personnes en cas de catastrophe a suscité, depuis que son examen a commencé, un riche débat, à la fois inquiétant sur les aspects généraux et très intéressant sur les aspects techniques des projets d'article, en particulier les trois nouvellement proposés.

32. Sur le plan général, on peut distinguer la question de la démarche suivie par le Rapporteur spécial et celle, récurrente, de la forme que devrait prendre le produit final des travaux de la Commission sur le sujet. En ce qui concerne la démarche, le Rapporteur spécial fait un résumé détaillé et remarquablement complet des observations formulées par les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. M. Murphy y a vu un modèle du genre et il a raison. Cependant, M. Kamto souscrit pleinement aux observations de M. McRae, appuyé par M. Saboia sur ce point : les observations des États ne sauraient être une sorte de «lit de Procuste» pour la Commission. Celle-ci n'est pas une chambre d'enregistrement des moindres battements de paupières des États à la Sixième Commission. Elle doit être à l'écoute de cette dernière et non pas à sa remorque, sinon elle perdrait son identité propre et sa raison d'être. Il faut que la Commission soit et demeure un organe d'experts, certes au service des États, mais avant tout un organe d'experts, qui travaille suivant les normes les plus élevées du droit international. C'est sur cette base, et non sur sa capacité à faire le travail diplomatique ou politique de la Sixième Commission à la place de celle-ci, qu'elle gagnera le respect de cette dernière et de ceux qui suivent ses travaux.

33. Pour ce qui est de la forme du produit final des travaux en cours, ce point est lié au premier : il est la conséquence logique de l'obsession de la Commission touchant la Sixième Commission. La Commission a un statut qui définit sa mission, mais tout se passe comme si elle ne voulait plus développer progressivement le droit ni le codifier. En particulier, dans sa nouvelle composition, elle semble vouloir réserver à la codification – et la codification seule – on ne sait quels sujets qui impliqueraient des règles si bien établies en droit international qu'il n'y aurait aucun effort à faire pour les dégager parce qu'elles tomberaient sous le sens. Dès qu'un sujet suppose le développement progressif du droit international en proportion plus ou moins importante, la Commission devient frileuse. Elle préfère se réfugier derrière des entités juridiques bizarres comme des conclusions d'étude, un guide, des lignes directrices, ou des principes généraux tellement généraux qu'ils ne seraient que de peu de secours en pratique pour les États. M. Kamto souligne qu'il n'est pas contre l'innovation et qu'il admire la capacité d'imagination des uns et des autres, et qu'il sait aussi que la forme finale d'un travail peut conditionner de façon significative son contenu. La Commission doit, chaque fois que cela est possible, proposer aux États un corpus de normes susceptible de mettre de l'ordre juridique dans un domaine donné, mais aussi de faire progresser le droit international dans certains domaines. C'est pourquoi il souscrit pleinement à la proposition de M. Saboia, selon laquelle il convient de s'enquérir de l'opinion du Rapporteur spécial sur la forme finale qu'il souhaite voir donner à son travail plutôt que de lui imposer une forme particulière.

À cet égard, le Rapporteur spécial doit s'efforcer de proposer chaque fois que cela est possible des règles pratiques et précises fondées sur ce que la pratique internationale, depuis plus d'un quart de siècle que la communauté internationale pratique l'assistance, voire « l'ingérence », humanitaire, offre en la matière. À cette fin, le CICR ou tout autre organisme intéressé peut, quand cela est possible, apporter sa contribution au travail de la Commission, mais non faire de cette matière un domaine réservé. Quelles que soient les compétences du CICR dans la mise en œuvre de l'assistance internationale, le développement progressif et la codification du droit international relèvent de la Commission.

34. Sur les plans juridique et technique, la survenance d'une catastrophe met en jeu – et à rude épreuve – à la fois la compétence territoriale et la compétence personnelle de l'État. En vertu du droit international, celui-ci est tenu, en tant que souverain, d'exercer un contrôle sur son territoire et tout ce qui s'y passe; sur la même base, il a le devoir d'assurer la protection des personnes qui y résident. Les autres États n'y ont pas d'intérêt direct et le droit international leur interdit d'empiéter sur ces compétences. Ils ne peuvent donc intervenir qu'à la demande de l'État affecté. Ce principe est bien posé par le Rapporteur spécial.

35. En revanche, l'obligation de coopérer, dont l'existence en droit international est incontestable – au moins en tant que principe général de droit international, et dans certains domaines particuliers en tant que norme spécifique et règle de droit directement applicable et contraignante – ne peut pas s'imposer aux États en cas de catastrophe naturelle. Les États ne sont pas tenus de coopérer dans l'absolu; ils sont appelés à coopérer autant que faire se peut car, comme d'autres membres l'ont dit, il n'existe pas d'obligation de coopérer en cas de catastrophe qui soit objectivement établie en droit positif. Dire que les États ont une obligation de coopérer dans l'exploitation d'une ressource commune ou la protection d'une espèce menacée d'extinction, par exemple, est une chose; mais dire qu'ils ont une obligation de coopérer en prêtant assistance en cas de catastrophe en est une autre. La distinction entre obligation de résultat et obligation de moyen est peu pertinente en l'occurrence puisqu'il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, d'une obligation. L'obligation de coopérer peut être ferme dans le contexte des relations entre l'État affecté et les organismes des Nations Unies, les sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les organisations internationales, mais doit en revanche être plus souple dans le contexte des relations entre États et entre les États tiers et l'État affecté.

36. Le principe de l'obligation de coopérer est posé dans le projet d'article 5; en revanche, dans le projet d'article A, il ne s'agit plus d'affirmer ce principe mais d'expliquer le contenu de la coopération, en quoi elle doit consister. Remplacer l'intitulé actuel du projet d'article A par « Contenu de l'obligation de coopérer », par exemple, suffirait peut-être à résoudre la difficulté qu'il semble soulever.

37. En ce qui concerne le projet d'article 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance), la référence qui est faite au droit international, sans autre précision, paraît d'autant plus vague que l'on ignore encore quelles règles

du droit international s'appliquent en cas de catastrophe. Au lieu de « en conformité avec sa législation nationale et le droit international », l'expression « en conformité avec sa législation nationale et les présents projets d'article ainsi que d'autres règles de droit international » serait plus exhaustive et conviendrait mieux.

38. Enfin, comme plusieurs autres membres de la Commission l'ont relevé, le libellé actuel du projet d'article 14 sur la cessation de l'assistance paraît beaucoup trop sommaire. On pourrait l'enrichir en tenant compte de plusieurs suggestions. Le texte actuel pourrait constituer le paragraphe 1 et l'on pourrait ajouter deux autres paragraphes qui se liraient comme suit :

« 2. L'État affecté peut mettre fin à tout moment à l'assistance, lorsque le prolongement de celle-ci est de nature à porter atteinte à sa sécurité et à son indépendance nationales.

« 3. Le fournisseur de l'assistance extérieure ne peut rester sur le territoire de l'État affecté au-delà de la date de cessation fixée par cet État. »

39. La référence faite, au paragraphe 2 proposé, à l'indépendance nationale découle du principe fondamental selon lequel l'assistance en cas de catastrophe ou la coopération doivent respecter la souveraineté de l'État affecté et ne doivent évidemment pas viser à porter atteinte à son indépendance nationale. La mention de la sécurité répond à des considérations pratiques. Le principe posé au paragraphe 3 proposé a pour objet de rassurer l'État affecté quant au fait que, d'une part, l'assistance qui lui est prêtée en cas de catastrophe ne peut avoir d'autre finalité que de l'aider à faire face à une situation critique et que, d'autre part, lorsqu'une date de cessation de l'assistance a été arrêtée, soit à son initiative parce qu'il n'y a selon lui plus de raisons pour que l'assistance se poursuive et que le fournisseur d'assistance reste sur son territoire, soit d'un commun accord avec ce dernier, cette date sera respectée.

40. M. Kamto précise que ces propositions découlent largement de l'analyse faite par le Rapporteur spécial aux paragraphes 184 à 186 de son cinquième rapport, et se dit favorable à l'envoi des projets d'articles A, 13 et 14 au Comité de rédaction.

41. M^{me} JACOBSSON, félicitant le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe et le précieux résumé des débats de la Sixième Commission qu'il y a inclus, se dit une fois de plus impressionnée par l'habileté avec laquelle il maintient le cap sur l'objectif de la protection de la personne tout en préservant le principe de base selon lequel l'État a le rôle principal en ce qui concerne la direction, la maîtrise, la coordination et la supervision des secours et de l'assistance sur son territoire.

42. Dans la présentation de son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que la notion de « cycle d'une catastrophe » était fréquemment utilisée dans les documents de l'ONU, de la FICR et d'autres organisations, estimant à juste titre que la Commission devrait elle aussi s'y référer dans ses travaux.

43. M^{me} Jacobsson pense que l'idée de M. Murase que la Commission élabore un accord type sur le statut des forces mérite d'être examinée, étant donné l'importante contribution du personnel militaire aux opérations d'assistance. Toutefois, elle signale que, dans certains pays, comme le sien par exemple, la structure de gestion des opérations de secours est différente et ce sont les autorités civiles qui sont responsables de la planification d'urgence et des interventions de secours, au niveau national comme international, ce qui ne veut pas dire que des personnels et du matériel militaires ne sont pas engagés. À son avis, un accord type sur le statut des forces ne suffit pas ; il faut un accord type plus général, comme le montrent certains des traités bilatéraux que la Suède a signés dans ce domaine. Elle prend l'exemple de l'accord de collaboration récemment conclu entre la Suède et la Lettonie relatif à la coopération pour la prévision, la prévention et la réponse en cas de catastrophes²¹⁸, qui contient à la fois un article sur les conditions générales de franchissement des frontières et un autre qui prévoit que, lorsque l'assistance est fournie par du personnel militaire et au moyen de navires, d'aéronefs ou de véhicules militaires, une autorisation spéciale est nécessaire pour entrer sur le territoire.

44. Si un accord type sur le statut des forces peut être d'une grande utilité pratique, un accord type d'assistance est également indispensable. Le plus souvent, les accords d'assistance sont conclus avant la survenance d'une catastrophe et portent sur les trois phases – avant, pendant et après –, c'est-à-dire l'intégralité du cycle. Ces accords prévoient souvent des mesures de coopération, comme des formations ou des entraînements communs, qui, outre leur intérêt pratique, sont aussi un important moyen d'apaiser les tensions entre les pays.

45. M^{me} Jacobsson suggère donc qu'un accord type d'assistance et un accord type sur le statut des forces soient annexés au projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, et précise qu'ils ne seront pas nécessairement en conflit avec la loi type²¹⁹ et les lignes directrices²²⁰ relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe établies par la FICR en 2011 et 2007, respectivement, puisque la finalité de ces deux documents est différente.

46. Comme le Rapporteur spécial, M^{me} Jacobsson estime qu'il est difficile d'établir l'existence, au moins dans le droit international coutumier, d'une obligation de prêter assistance à l'État affecté qui en fait la demande. En revanche, les États ont choisi de conclure des accords bilatéraux et régionaux dans lesquels ils s'engagent à prêter assistance à d'autres États, principalement des États voisins. La Suède, par exemple, a signé de nombreux traités bilatéraux sur des sujets divers en relation avec la mise en place d'une coopération entre les parties dans les situations d'urgence.

²¹⁸ Accord entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement du Royaume de Suède relatif à la coopération pour la prévision, la prévention et la réponse en cas de catastrophes (Riga, 17 juin 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2301, n° 41019, p. 283.

²¹⁹ La loi type est consultable sur le site Web de la FICR à l'adresse : www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20FRENCH.pdf.

²²⁰ Voir *supra* la note 190.

47. M^{me} Jacobsson n'est pas convaincue que l'absence de réponses à la demande de renseignements adressée aux États au sujet de leur législation nationale reflète une absence de législation. Il faudrait peut-être reformuler la question et demander aussi quels types d'accords bilatéraux et régionaux existent et de quelle manière ils sont envisagés dans la législation nationale et dans la pratique.

48. M^{me} Jacobsson n'est pas non plus certaine que l'on doive charger un organe indépendant d'évaluer le respect par les États des obligations découlant des projets d'articles 9 et 10. Lorsqu'un État manque aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international, on peut recourir aux voies diplomatiques et procédures de règlement des différends normales. On ne voit donc pas quelle serait l'utilité d'un nouvel organe, ni quel type d'organe cela pourrait être. Pour des raisons évidentes, aucun des organismes ou organisations existants, que ce soit le CICR, la FICR ou un organisme ou une institution des Nations Unies, ne pourrait tenir ce rôle. Les traités bilatéraux d'assistance mutuelle contiennent souvent des clauses de règlement des différends, qui jouent un rôle important de prévention.

49. Comme d'autres membres de la Commission, M^{me} Jacobsson ne croit pas qu'il y ait d'arbitrage à faire entre les droits de l'homme et le principe de souveraineté de l'État. Les droits de l'homme existent indépendamment du respect de la souveraineté d'un État. Il n'y a pas d'exigence de réciprocité, et le fait qu'un État puisse déroger à ses obligations ne signifie pas que les droits de l'homme cessent d'exister.

50. M^{me} Jacobsson salue l'initiative qu'a prise le Rapporteur spécial de préciser, dans un nouveau projet d'article, en quoi consiste l'obligation de coopérer. Certains ont estimé, et elle comprend leur avis, que les exemples de coopération donnés dans ce projet d'article A ne correspondent pas à ce que l'on entend habituellement par « obligation de coopérer ». Toutefois, la coopération entre États peut prendre de nombreuses formes. La Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies²²¹ prévoit un devoir de coopérer, lequel est également énoncé dans de nombreux traités. Dans un cas comme dans l'autre, manquer à cette obligation constitue une violation du droit. Cependant, le fait qu'il existe diverses formes de coopération ne pose pas de problème dans le contexte des travaux de la Commission. Il conviendrait seulement de changer l'intitulé du projet d'article, qui pourrait par exemple être rebaptisé « Mesures de coopération » titre déjà utilisé dans de nombreux accords intergouvernementaux.

51. Le raisonnement qui est à la base du projet d'article 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance) est clair et cohérent. Le projet d'article s'appuie sur les accords, lois types et lignes directrices existants, notamment la loi type de la FICR relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe, ce qui lui confère un certain poids et montre bien que le raisonnement qui le sous-tend est déjà largement accepté.

²²¹ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

52. Comme d'autres membres de la Commission, M^{me} Jacobsson souhaiterait que soit préparée une nouvelle version du projet d'article 13, qui expliciterait davantage l'obligation des acteurs prêtant assistance de coopérer dans le respect de la législation nationale et de conditions de qualité et en fonction des besoins identifiables. En outre, l'encadrement des conditions par le droit international et le droit interne devrait faire l'objet d'un projet d'article 13 *bis*, dans lequel il serait clairement établi que l'État affecté ne peut pas subordonner la fourniture d'assistance à des conditions contraires aux principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et de non-discrimination, les raisons en étant expliquées dans le commentaire du projet d'article. Cela serait également l'occasion de donner des éclaircissements sur les rapports entre la non-discrimination et la nécessité de répondre à des besoins spécifiques. De même, il ne peut être admis aucune restriction aux droits de l'homme, à moins qu'il ne s'agisse de droits susceptibles de dérogation. Que, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 170 de son rapport, «les catastrophes mettent en jeu de nombreux droits de l'homme, comme les droits à l'alimentation et à l'eau et le droit à un logement» est une chose; accepter que de tels droits puissent être soumis à une restriction générale est une tout autre chose.

53. Il est bon que le Rapporteur spécial ait fait clairement mention du Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015²²² et de la nécessité d'adopter une perspective sexospécifique, car la prise en compte des besoins spécifiques des hommes et des femmes, ainsi d'ailleurs que de la diversité culturelle et d'autres éléments, rendra l'assistance beaucoup plus efficace, plus rapide, mieux adaptée et plus rentable. Si, aujourd'hui, la problématique hommes-femmes est de plus en plus systématiquement prise en compte dans l'assistance humanitaire, elle passe encore quelque peu au second plan dans les situations de catastrophe, ainsi que l'a constaté la dernière Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, tenue en 2011.

54. Enfin, M^{me} Jacobsson est d'avis, comme d'autres membres de la Commission, que le projet d'article 14 demande encore à être précisé car, dans sa forme actuelle, on n'en voit pas clairement toutes les implications. Elle est favorable à ce que les trois projets d'article proposés par le Rapporteur spécial soient soumis au Comité de rédaction.

55. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ félicite le Rapporteur spécial pour son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, solidement étayé et argumenté, et d'une grande utilité pour les travaux en cours de la Commission, comme à l'accoutumée. Comme l'a très justement souligné le Rapporteur spécial dans ses rapports, l'obligation de coopérer – et plus généralement le principe de la coopération – est au cœur même de la question de la protection des personnes en cas de catastrophe, et il est donc très intéressant de voir l'importance nouvelle qui lui est accordée dans le cinquième rapport. Il y a lieu aussi de saluer le soin avec lequel le Rapporteur

spécial s'emploie à maintenir l'équilibre entre la nécessité de l'assistance et le respect de la souveraineté de l'État.

56. La volonté de prendre en considération les aspects pratiques de l'assistance, qui affleure du projet d'article A, est également très positive. Toutefois, et même si la formulation de ce nouveau projet d'article lui paraît globalement acceptable, M^{me} Escobar Hernández ne partage pas le point de vue du Rapporteur spécial sur la nature de ce projet d'article ni sur sa relation avec l'obligation de coopérer. Pour elle, l'obligation de coopérer (objet du projet d'article 5) et les formes de la coopération (projet d'article A) sont de nature différente. Le projet d'article 5 est de nature structurelle et pose un principe tandis que le nouveau projet d'article A se situe au niveau opérationnel. Le nouveau projet d'article n'explique pas l'obligation de coopérer mais énonce ce qui en découlera. Si l'on voit bien l'utilité qu'il pourra avoir dans le cadre général du projet d'articles, on devra réfléchir à la place qu'il conviendra de lui donner, tâche qui reviendra sans doute au Comité de rédaction.

57. En ce qui concerne le projet d'article 13 et les conditions posées à la fourniture de l'assistance, M^{me} Escobar Hernández juge très intéressants les arguments avancés par le Rapporteur spécial dans son rapport. Cependant, le projet d'article 13 n'évoque que des conditions extrêmement limitées, qui semblent liées au respect de la législation nationale et du droit international. Il pourrait s'interpréter de manière différente et moins restrictive si l'on envisageait séparément les deux parties de la phrase, mais il n'en reste pas moins qu'il ne couvre pas toutes les questions essentielles concernant la conditionnalité de l'assistance qui ont été minutieusement abordées par le Rapporteur spécial dans son rapport. Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il envisager de le reformuler et d'y ajouter un paragraphe, ou d'élaborer d'autres projets d'article. Traiter la question de la conditionnalité plus amplement permettrait d'accroître la sécurité juridique, d'éloigner la menace toujours présente de l'arbitraire et de renforcer le régime juridique de la protection des personnes en cas de catastrophe.

58. En ce qui concerne le projet d'article 14, il ne fait aucun doute que la cessation de l'assistance est l'un des moments dans lesquels se posent clairement le problème de la relation dialectique entre la protection des personnes en cas de catastrophe et le respect de la souveraineté de l'État, ainsi que celui de la nécessité d'assurer l'équilibre entre ces deux éléments. Le contexte dans lequel cette étape intervient est important: l'État affecté a accepté l'assistance d'un État tiers et a pu poser des conditions à la fourniture de cette assistance. D'importants efforts ont été déployés par les différents acteurs, et les personnes sinistrées ont commencé à recevoir de l'aide, ce qui fait naître des attentes et probablement aussi des droits, qui seraient frustrés par la cessation de l'assistance. Tous ces éléments doivent être pris en considération au moment de se prononcer sur la cessation de l'assistance. De ce point de vue, il semble que le projet d'article 14, bien qu'utile, soit très limité et s'intéresse plus à la définition de la durée globale de l'assistance qu'au moment où l'assistance prend fin et aux circonstances et conditions dans lesquelles elle peut se terminer. Le Rapporteur spécial jugera peut-être utile de formuler des propositions complémentaires tenant

²²² Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, Kobe (Hyogo, Japon), 18-22 janvier 2005 (A/CONF.206/6), chap. I, résolution 2, «Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015: pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes».

compte des différents aspects qui entrent en jeu dans la cessation de l'assistance et de revoir la formulation du projet d'article 14.

59. Par ailleurs, M^{me} Escobar Hernández juge très intéressante et à prendre en considération la proposition de M. Murase d'élaborer un accord type sur le statut des forces. En effet, les forces armées participent très souvent aux opérations de secours en cas de catastrophe, et il existe même dans certains pays, comme c'est le cas en Espagne par exemple, des unités militaires chargées de l'assistance dans les situations d'urgence ou de catastrophe naturelle. La proposition de M. Nolte d'élargir les travaux en cours à la définition d'un statut juridique des différentes catégories de personnel participant à la fourniture de l'assistance est également fort intéressante.

60. Sur le point de savoir s'il conviendrait d'élargir l'examen de la question de la protection des personnes en cas de catastrophe à certaines formes de coopération dans les domaines de la préparation aux catastrophes, de leur prévention et de l'atténuation de leurs effets, M^{me} Escobar Hernández dit que l'évolution des débats sur cette question et de la façon dont elle est traitée par le Rapporteur spécial met en relief son importance, et que le Rapporteur spécial souhaitera peut-être envisager de l'analyser de manière plus approfondie à l'avenir.

61. Enfin, M^{me} Escobar Hernández recommande que, compte tenu de leur intérêt évident, les projets d'article présentés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport soient soumis au Comité de rédaction.

62. M. SINGH dit que le Rapporteur spécial a fort utilement résumé les observations faites par les États à la Sixième Commission sur le sujet à l'examen. Le Rapporteur spécial a noté que les délégations avaient souligné l'intérêt et l'actualité du sujet, étant donné la multiplication des pertes provoquées par les catastrophes naturelles, déclaré que l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international effectuée par la Commission du droit international contribuerait puissamment au développement du droit encadrant la réponse aux catastrophes et loué les efforts faits par la Commission pour préciser le cadre juridique régissant l'accès en cas de catastrophe, ce qui permettrait d'améliorer l'efficacité et la qualité de l'aide humanitaire, et d'atténuer les conséquences des catastrophes. Il a relevé que plusieurs représentants avaient félicité la Commission d'avoir su concilier l'impératif de protéger les personnes affectées par une catastrophe et celui de respecter les principes de souveraineté de l'État et de non-ingérence. Certaines délégations ont souligné que la réponse aux catastrophes devrait toujours reposer sur le plein respect de la souveraineté de l'État affecté et ne devrait en aucun cas permettre de politiser l'aide humanitaire ou d'en user comme prétexte pour s'ingérer dans les affaires intérieures de l'État affecté. L'importance de la solidarité internationale en cas de catastrophe a également été soulignée. En ce qui concerne la question, posée par la Commission dans son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011), de savoir si l'obligation de coopérer avec l'État affecté comprend une obligation pour les États de fournir

leur assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande²²³, le Rapporteur spécial, après avoir analysé les réponses des États et examiné plusieurs instruments internationaux relatifs à l'atténuation des effets des catastrophes, a réaffirmé à juste titre la conclusion à laquelle il était déjà parvenu, à savoir que l'obligation de coopérer en matière de secours n'emporte pas, à l'heure actuelle, d'obligation pour les États de fournir assistance à la demande de l'État affecté. Les réponses des États sollicités sont en général fondées sur leur capacité de fournir l'assistance recherchée et, dans la pratique, les États fournissent effectivement cette assistance en cas de catastrophe, en vertu du principe de solidarité. Au paragraphe 80 de son rapport, le Rapporteur spécial a souligné à bon droit que la coopération jouait un rôle central dans le contexte des secours d'urgence et était indispensable pour pouvoir répondre efficacement et rapidement aux situations de catastrophe. Compte tenu de ce rôle essentiel, il importe d'approfondir les critères fonctionnels de cette obligation exposés au projet d'article 5 et le type de coopération attendue de l'État touché et des acteurs portant assistance. Lorsqu'il s'est efforcé de préciser les contours de l'obligation de coopérer, le Rapporteur spécial a estimé que la nature de la coopération était fonction de son objet, qui, dans le contexte actuel, était de fournir une assistance en cas de catastrophe, et que l'obligation des États de coopérer à la fourniture de secours d'urgence devait concilier trois impératifs majeurs, dont M. Singh convient, à savoir que cette obligation ne peut empiéter sur la souveraineté de l'État touché, doit prendre la forme d'une obligation de comportement des États portant assistance, et doit être pertinente et limitée à l'assistance en cas de catastrophe.

63. En ce qui concerne le projet d'article A, qui est fondé sur une étude détaillée et complète de la nature de l'obligation d'apporter une assistance aux États et des catégories de coopération, M. Singh souscrit à l'énumération faite par le Rapporteur spécial des domaines particuliers dans lesquels les États tiers doivent fournir une assistance. Il est utile d'avoir précisé que la coopération pouvait être « autre » car cela donne aux États la latitude nécessaire pour répondre aux besoins dans des situations particulières. Le libellé du projet d'article 13 sur les conditions posées à la fourniture d'assistance est approprié car l'État affecté conserve le droit, en application de sa législation nationale, de diriger, de gérer, de coordonner et de superviser l'assistance fournie sur son territoire. Cependant, comme certains membres l'ont relevé, il serait bon d'étoffer ce projet d'article.

64. Le Rapporteur spécial a noté que, pour déterminer l'étendue des conditions qu'il était justifié de poser, il était nécessaire de rappeler les principes fondamentaux de la souveraineté de l'État et de la non-ingérence, et que l'État touché pouvait poser des conditions à la fourniture de l'aide, notamment le respect de sa législation nationale et la couverture des besoins établis. Il a néanmoins souligné que les principes fondamentaux de la souveraineté de l'État et de la non-ingérence devaient être envisagés au regard des responsabilités assumées par les États, dans l'exercice de leur souveraineté, envers d'autres États et envers les personnes se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un État. En conséquence, toute condition

²²³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 44.

posée par l'État affecté doit être raisonnable et ne doit pas contrarier le devoir qu'a cet État d'assurer la protection des personnes se trouvant sur son territoire. De surcroît, l'État affecté a le devoir corrélatif de faciliter la fourniture prompte et efficace de l'aide, et notamment de déroger, le cas échéant, à la législation nationale. Aux paragraphes 120 à 181 de son rapport, le Rapporteur spécial a également étudié en détail plusieurs questions, notamment le devoir de faciliter l'entrée des équipes, des fournitures et du matériel de secours en cas de catastrophe, dont il faudrait rendre compte plus concrètement dans le texte des projets d'article.

65. Le projet d'article 14 relatif à la cessation de l'assistance a lui aussi un caractère très utile et pratique car les consultations qu'il prévoit permettront à l'État affecté et à l'État qui prête assistance de définir les modalités concrètes nécessaires, notamment pour poursuivre les activités de secours qui peuvent encore être requises après le retrait de l'État prêtant assistance – et il serait bon de rendre compte de cet aspect dans le projet d'article. M. Kamto a proposé d'y insérer un nouveau paragraphe sur la cessation unilatérale par l'État affecté de l'assistance en cas de non-respect des conditions imposées. Selon M. Singh, il s'agit d'une question différente qui, bien qu'elle soit importante, devrait faire l'objet d'un projet d'article distinct. La proposition de M. Murase tendant à ce que la Commission réfléchisse à l'élaboration d'un accord type sur le statut des forces en cas de catastrophe est intéressante. À ce sujet, M. Singh estime, comme M. Nolte, que cet accord ne devrait pas être limité aux effectifs militaires mais devrait s'appliquer à tout le personnel étranger de secours en cas de catastrophe.

66. M. CANDIOTI dit que, d'une manière générale, il est d'accord avec la façon dont le Rapporteur spécial a posé le sujet. Les projets d'articles 1 à 12 ont été avertis en première lecture et ne nécessitent pas un nouvel examen. M. Candiotti partage aussi la position du Rapporteur spécial au sujet de la question formulée par la Commission au chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011) et estime que l'obligation de coopérer en cas de secours n'entraîne pas, à l'heure actuelle, pour les États une obligation juridique de fournir une assistance. Certes, il existe une obligation d'offrir une assistance, mais pas nécessairement de l'apporter, à moins qu'il n'y ait des accords particuliers qui fixent clairement cette obligation ou que celle-ci ne soit imposée par des organisations internationales compétentes en matière de secours. En ce qui concerne la question posée au chapitre III du rapport annuel de la Commission, il est indispensable d'assurer une collaboration beaucoup plus étroite entre les travaux du Rapporteur général chargé de ce chapitre et les rapporteurs spéciaux, présidents de groupes de travail et autres pour ce qui est de la formulation des questions posées aux États et qui intéressent particulièrement la Commission. Dans les chapitres de son rapport concernant le développement de l'obligation de coopérer et les conditions de la fourniture d'assistance, respectivement, le Rapporteur spécial a présenté une analyse remarquable de l'obligation de coopérer et des conditions de la fourniture d'assistance, qui permet de mesurer la complexité et les difficultés de ces questions, mais aussi les diverses possibilités en matière de fourniture d'assistance en cas de catastrophe. Les nouveaux projets d'article proposés par le

Rapporteur spécial, en particulier les projets d'articles A et 13, devraient peut-être être complétés par des projets d'article donnant des exemples ou énonçant les principales formes et modalités de coopération. S'agissant des conditions de la fourniture d'assistance, on pourrait aussi envisager d'insérer un projet d'article distinct de type énonciatif fournissant des exemples et énumérant les divers aspects des conditions de la fourniture d'assistance. Cela n'aurait rien d'exceptionnel puisque les articles sur le droit des aquifères transfrontières contiennent un article de ce type qui énumère les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a une utilisation équitable et raisonnable des aquifères. De même, les récents articles sur les effets des conflits armés sur les traités contiennent en annexe une liste indicative des traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer²²⁴. Comme d'autres membres, M. Candiotti estime que les projets d'articles A et 13 devraient être complétés et étoffés pour préciser l'étendue et le sens de la coopération internationale, et montrer ce que celle-ci suppose en matière d'assistance et de protection des personnes en cas de catastrophe. Le projet d'article 14 pourrait lui aussi être amélioré à la lumière des propositions qui ont été faites. En conclusion, M. Candiotti souhaite que les trois projets d'article figurant dans le cinquième rapport soient envoyés au Comité de rédaction.

67. M. KITTICHAISAREE dit que l'intitulé du sujet à l'examen, «Protection des personnes en cas de catastrophe», parle de lui-même et que l'approche adoptée est à l'évidence centrée sur les personnes et non sur la souveraineté de l'État. En 2011, la Thaïlande a été frappée par des inondations qui comptent parmi les pires de son histoire – elles ont touché près de 60 provinces et ont parfois duré plusieurs mois. Après cette catastrophe, la Commission nationale des droits de l'homme de la Thaïlande a organisé un séminaire pour recueillir les témoignages des personnes qui avaient été les plus affectées. Ce séminaire a permis de tirer trois enseignements, auxquels M. Kittichaisaree souscrit pleinement et dont la Commission devrait tenir compte pour ne pas méconnaître le point de vue des personnes affectées par une catastrophe. Premièrement, celles-ci ont le droit de recevoir rapidement des informations exactes émanant du Gouvernement et des organismes compétents, afin d'être bien préparées à faire face à la catastrophe et à la gérer, et, partant, à atténuer les conséquences négatives et les souffrances qui en découlent. Deuxièmement, elles devraient pouvoir participer véritablement à la prévention et à la gestion des catastrophes et, à cette fin, le Gouvernement devrait leur donner des occasions appropriées de le faire avant, pendant et après les catastrophes. Troisièmement, le Gouvernement doit protéger les personnes contre les catastrophes et secourir les personnes affectées de manière rapide, appropriée et non discriminatoire, dans le strict respect des droits de l'homme.

68. Cela étant, les États souverains ont un intérêt légitime à protéger leurs intérêts nationaux et leur sécurité nationale. La Commission doit donc parvenir à un équilibre approprié entre le projet d'article 10, qui prévoit que l'État affecté a l'obligation de rechercher de l'assistance, et le projet d'article 11, qui régit le consentement

²²⁴ Résolution 66/99 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

de l'État affecté à l'assistance extérieure, et en particulier son paragraphe 2, qui fait obligation à l'État affecté de ne pas refuser son contentement arbitrairement. Le mot « arbitrairement » a suscité de nombreux débats au sein de la Sixième Commission. Si l'on envisage la question du point de vue de l'État souverain, on conçoit que celui-ci puisse être préoccupé par la préservation de la sécurité nationale et de l'intérêt national. En outre, le membre de phrase « dépasse sa propre capacité » n'est peut-être pas approprié, car on risque de porter atteinte au sentiment de fierté nationale en supposant qu'un État n'a que des capacités limitées de protéger sa population, mais aussi de remettre en cause le classement de cet État en tant que destinataire de l'investissement étranger : en effet, si l'État ne peut pas empêcher que des centres industriels soient touchés par les inondations, il ne peut donc pas protéger les investissements étrangers et sa note baissera, tandis que le coût des assurances augmentera – aspect qui n'a pas été expliqué clairement jusqu'ici.

69. Dans le projet d'article 12, intitulé « Droit d'offrir son assistance », M. Kittichaisaree propose de remplacer le terme « droit » par les mots « obligation positive ». En ce qui concerne les projets d'articles A, 13 et 14, il est en principe d'accord avec l'approche adoptée par le Rapporteur spécial et fera des propositions lorsque les textes seront remaniés. Enfin, si la Commission exclut de revenir sur les projets d'article qu'elle a adoptés provisoirement en première lecture, il craint que la Sixième Commission ne lui demande de rédiger sur ce sujet un projet de directives plutôt qu'un projet d'articles sur la base duquel une convention pourrait être élaborée.

70. M. TLADI dit qu'il a souhaité prendre de nouveau la parole pour pouvoir répondre en une seule fois à tous les commentaires auxquels il estime devoir réagir, plutôt que d'ouvrir un mini-débat à la fin de chaque intervention. Tout d'abord, Sir Michael a contesté qu'il soit nécessaire de rechercher un équilibre entre droits de l'homme et souveraineté dans le projet d'articles, car les droits de l'homme avaient leur propre mécanisme d'équilibre et qu'il était dangereux de chercher à les équilibrer avec quoi que ce soit. Cette assertion pose à plusieurs égards des problèmes d'ordre juridique. D'une part, les droits de l'homme ne comportent pas a priori d'équilibre interne : le « mécanisme » auquel fait allusion Sir Michael est constitué en réalité des limites imposées aux droits de l'homme dans des instruments élaborés au terme de négociations – et n'a donc rien d'inhérent aux droits de l'homme. D'autre part, même si les droits de l'homme comportent un équilibre interne – pour autant que cette expression ait un sens –, on pourrait en dire autant de la souveraineté, qui n'est pas davantage une notion absolue, mais que, curieusement, personne ne cherche à équilibrer avec quoi que ce soit. En fait, très peu de notions juridiques sont absolues. Bien que Sir Michael ait indiqué que ce point ne lui semblait pas très important, ses propos seront consignés dans le compte rendu de la séance et M. Tladi tient à rectifier quelques inexactitudes. Que l'assertion de Sir Michael concernant la nature des droits de l'homme soit vraie ou fausse, il reste que c'est dans le cadre du sujet de l'expulsion des étrangers, et non de celui à l'examen, que M. Tladi, à la première partie de la session, a dit – propos que M. Saboia a appuyés – qu'il fallait établir un équilibre entre droits de l'homme et souveraineté. À la première séance de la

seconde partie de la session, M. Tladi a indiqué qu'il fallait établir un équilibre entre les principes essentiels qui sous-tendent la fourniture de l'assistance humanitaire en cas de catastrophe, à savoir, d'une part, le respect de la souveraineté de l'État affecté et, d'autre part, la nécessité de répondre aux besoins des personnes affectées. Deuxièmement, Sir Michael a laissé entendre que les projets d'article en question – sans doute le paragraphe 2 du projet d'article 11 et le projet d'article 10, qui sont les seules dispositions avec lesquelles M. Tladi a des difficultés – n'étaient en réalité pas fondés sur la pratique des États, mais que la Commission devait néanmoins les conserver. Cela va à l'encontre des arguments avancés par M. McRae, sur lesquels M. Tladi reviendra un peu plus tard. L'observation de Sir Michael est étrange à plusieurs titres. D'abord, parce que, comme le montrent les comptes rendus des séances passées, c'est souvent lui qui insiste sur la pratique des États, afin qu'elle serve de base aux travaux de la Commission, et les débats intéressants qu'il a eus à ce sujet avec M. Dugard en témoignent ; pour sa part, M. Tladi serait fort aise que Sir Michael adopte la même approche lorsque la Commission examinera le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ensuite, parce que, contrairement à ce qu'affirme Sir Michael, les projets d'article en question sont précisément, d'après le quatrième rapport du Rapporteur spécial, fondés sur la pratique des États. Si l'on suppose que Sir Michael a raison et que les projets d'article ne se fondent pas sur la pratique des États, sur quoi se fondent-ils donc ? Sir Michael n'a pas proposé d'autre fondement possible pour les projets d'article, au motif qu'il ne souhaitait pas engager un débat de fond sur des questions qui avaient déjà été débattues.

71. M. Tladi va donc se faire l'avocat du diable : peut-être Sir Michael estime-t-il, parce qu'il souhaite garantir la plus grande protection possible aux personnes affectées par les catastrophes, que les projets d'article trouvent leur fondement dans la logique. Cela étant, comme M. Tladi l'a déjà dit et comme M. McRae l'a ensuite expliqué, les États, en règle générale, ne refusent pas l'assistance offerte, surtout quand la catastrophe dépasse leurs propres capacités. On voit donc mal pourquoi les obligations prévues aux projets d'articles 10 et 11 découleraient d'un désir d'assurer une protection maximale. M. Petrič a fait observer à juste titre qu'il pouvait exister des situations dans lesquelles les gouvernements agissent de mauvaise foi. Cependant, dans ces situations exceptionnelles, que M. Tladi qualifierait de « situations sous un gouvernement dément », il est peu probable, comme l'a relevé M. Murphy, qu'un gouvernement de cette espèce ait une illumination à la lecture de ces obligations ésotériques sans aucun moyen de coercition à l'appui, alors que même la menace d'une action collective n'a en général que peu d'effet sur ce type de régime. Tout ce qui précède conduit inéluctablement à une seule conclusion : le projet d'article 10 et le paragraphe 2 du projet d'article 11 ne sont pas fondés sur la pratique des États, pas plus qu'ils ne répondent à une quelconque nécessité.

72. Selon lui, M. McRae a fait valoir que la notion d'« arbitraire » était courante en droit et a illustré son propos en citant l'exemple du système de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cependant, celui-ci comprend un mécanisme de règlement des différends qui

permet de préciser ce qu'il faut entendre par une notion aussi vague et indéterminée que l'arbitraire, tandis que le projet d'articles qu'élabore la Commission n'envisage aucun mécanisme de règlement des différends, et encore moins un qui ressemblerait à celui de l'OMC. Comme l'a noté M. Hassouna, dans un système où c'est l'interprétation donnée à un texte qui en détermine la teneur, le règlement de questions aussi importantes et délicates que celles à l'examen ne doit pas reposer uniquement sur la bonne foi des États. M. Nolte a lui aussi présenté un excellent argument concernant l'objectif que sert l'utilisation de l'arbitraire comme critère: en effet, c'est précisément parce qu'il y aura toujours une raison de ne pas accepter l'assistance que l'arbitraire ne saurait constituer un critère pertinent – le problème, c'est de savoir si la raison est convaincante, pas s'il y a une raison. Dès lors, si l'État affecté refuse l'assistance pour une raison qui n'est pas jugée suffisante par la majorité des acteurs concernés, que se passe-t-il? M. Tladi doute qu'un débat sur le bien-fondé de la raison pour laquelle l'État affecté refuse cette assistance soit d'un grand secours pour les personnes affectées par la catastrophe, comme l'a montré l'exemple de l'Éthiopie qu'a rappelé M. Petrič: même si l'obligation énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 11 avait existé à l'époque, le pays n'aurait probablement pas cédé aux appels à accepter une assistance étrangère.

73. Contrairement à Sir Michael, M. McRae a dit que les projets d'article se fondaient bel et bien sur la pratique des États. Or, la pratique à laquelle il se réfère est le fait que les États offrent couramment et régulièrement une assistance, et acceptent celle qui leur est offerte. Comme M. Murphy l'a fait valoir éloquemment, ce n'est pas là le type de pratique qui peut mener à la création de droits et d'obligations. Plus important, on voit mal, si les États sont tellement désireux de recevoir et d'offrir une assistance, pourquoi les dispositions à l'examen devraient revêtir le caractère de droits et d'obligations. De même, selon M. McRae, le fait que les États acceptent couramment de solliciter une assistance devrait créer une obligation de fournir une assistance. Or, les États ont d'une manière générale rejeté ce point de vue, qui n'est partagé que par M. Forteau au sein de la Commission. M. Nolte a soulevé un point très intéressant en indiquant que les instruments existants relatifs aux droits de l'homme prévoient déjà l'obligation de solliciter une assistance et celle de ne pas la refuser arbitrairement. Or, M. Tladi a du mal à croire que le droit à la vie, par exemple, constitue l'expression d'une *opinio juris* établissant l'obligation de solliciter une assistance et de ne pas refuser celle-ci arbitrairement. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice montre clairement que l'*opinio juris* doit être fondée sur une norme précise, et qu'on ne peut pas s'inspirer d'une norme pour en créer une autre: si tel était le cas, le droit à la vie exigerait l'interdiction de la peine de mort.

74. Enfin, M. Tladi tient à préciser, puisque Sir Michael a jugé que ses propos étaient durs, qu'il approuve l'intention qui sous-tend les projets d'article, et qui consiste à encourager les États à solliciter et à offrir une assistance, et à accepter celle-ci. Simplement, il doute que le meilleur moyen d'y parvenir soit d'adopter une approche reposant sur des droits et des obligations, et il proposera des solutions de remplacement lors de l'examen des projets d'article en seconde lecture.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

75. M. McRAE (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur la protection des personnes en cas de catastrophe se compose de M. Hassouna, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Murase, M. Nolte, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood, qui en ont déjà fait partie à la session précédente, et de M. Forteau, M^{me} Escobar Hernández, M. Kittichaisaree, M. Murphy, M. Park et M. Tladi, nouveaux membres de la Commission, et de M. Šturma (membre de droit).

La séance est levée à 13 heures.

3142^e SÉANCE

Vendredi 6 juillet 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Al-Marri, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protection des personnes en cas de catastrophe (*suite*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652 et A/CN.4/L.812]

[Point 4 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer les débats consacrés à son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe (A/CN.4/652).

2. M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial) dit que ces débats ont été nourris d'échanges approfondis sur les fondements et les objectifs du projet d'articles et la mesure dans laquelle les 11 projets d'article adoptés provisoirement à ce jour répondent à ces objectifs. Bien que cela n'ait peut-être pas été pleinement reconnu, certains membres ont saisi cette occasion pour tenter de rouvrir la discussion sur des projets d'article qui avaient déjà été adoptés en première lecture à l'issue de quatre années d'efforts collectifs intenses visant à concilier des positions opposées. Cela étant, les participants ont admis que, conformément à la pratique bien établie de la Commission, leurs commentaires pouvaient être examinés lors de la deuxième lecture du projet d'articles dans son ensemble, à la lumière des

* Reprise des débats de la 3137^e séance.

observations formulées par les États après la présentation du texte à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les avis exprimés au cours de la semaine précédente seraient entre-temps reflétés dans les comptes rendus analytiques des séances et le Rapporteur spécial en tiendrait compte le moment venu.

3. La question de la forme définitive du projet d'articles a été soulevée à plusieurs reprises. La Commission ne s'est pas prononcée puisque la décision incombera à l'Assemblée générale. Le fait que la Commission élabore des projets d'article ne préjuge en rien de cette décision finale. La Commission présentera le résultat de ses travaux sous la forme qui semblera la plus appropriée, que ce soit un projet de convention ou de guide pratique.

4. Le résumé, dans le cinquième rapport, des observations formulées par les États et les organisations internationales à la Sixième Commission a amené certains membres à débattre du rôle que ces observations devraient jouer dans les travaux de la Commission. Le Rapporteur spécial rejoint l'avis – non contredit – de plusieurs membres selon lequel de telles observations représentent un élément certes important mais non déterminant pour les travaux de la Commission sur un sujet que l'Assemblée générale lui a confié.

5. Les membres de la Commission ont décidé à l'unanimité de renvoyer les trois projets d'article, proposés dans le cinquième rapport, au Comité de rédaction, les commentaires s'y rapportant pouvant être examinés au cours du processus de rédaction. Il a été proposé de compléter les projets d'articles A et 13 par des dispositions rendant compte des différents éléments sur lesquels ils se fondent, présentés de manière systématique. Le projet d'article 13, en particulier, devrait énoncer, dans une liste non exhaustive – comme le projet d'article A –, les principaux domaines relevant de son champ d'application. Le Rapporteur spécial approuve cette démarche et se propose de formuler des suggestions tendant à compléter en ce sens le libellé des projets d'articles A et 13 au sein du Comité de rédaction.

6. En réponse à certains commentaires concernant le projet d'article A, le Rapporteur spécial tient à préciser que, si le projet d'article 5 énonce l'obligation de coopérer en cas de catastrophe en des termes généraux, le projet d'article A précise, quant à lui, les principaux domaines dans lesquels une telle coopération devrait avoir lieu. Certains des doutes exprimés récemment étaient liés à l'emploi du verbe « fournissent » dans la première phrase du projet d'article A, qui semblait indiquer l'existence d'une obligation d'apporter certaines formes particulières d'aide au lieu de simplement expliciter l'obligation de coopérer énoncée au projet d'article 5. La solution est de supprimer ce verbe et le Rapporteur spécial proposera donc au Comité de rédaction de modifier le texte en conséquence. Quelques années auparavant, la Commission a adopté une démarche semblable dans les articles sur le droit des aquifères transfrontières²²⁵. L'article 7 de ces articles

consacrait l'obligation générale de coopérer dans l'utilisation et la protection des aquifères transfrontières; le projet d'article 5 du texte à l'examen en fait autant dans le contexte des catastrophes. De même, les articles 16 et 17 sur le droit des aquifères transfrontières précisaient certains domaines dans lesquels l'obligation s'appliquerait; le projet d'article A du projet à l'examen a une fonction similaire pour les situations de catastrophe.

7. M. Valencia-Ospina portera à l'attention du Comité de rédaction d'autres suggestions pouvant être utiles pour améliorer la rédaction des projets d'articles 13 et 14. S'il fait preuve de souplesse face au large éventail de suggestions émanant des membres de la Commission, c'est qu'il est convaincu que le rôle d'un Rapporteur est notamment de concilier des positions diverses afin d'exprimer au mieux la volonté collective de la Commission, sans imposer avec rigidité des préférences personnelles. Il propose ainsi que les projets d'articles A, 13 et 14 soient renvoyés au Comité de rédaction, accompagnés des différentes variantes proposées par des membres, y compris pour le projet d'article 13.

8. Il a été suggéré que la Commission annexe au projet d'articles un accord type fondé sur le modèle d'accord sur le statut des forces entre l'Organisation des Nations Unies et les pays accueillant des opérations de maintien de la paix²²⁶. Il a également été suggéré d'établir un accord type similaire sur l'aide fournie par des acteurs non militaires. Si des modèles aussi détaillés peuvent revêtir un intérêt pratique, M. Valencia-Ospina est d'avis que leur rédaction n'incombe pas à la Commission et, en tout état de cause, ne relève pas du mandat du Rapporteur spécial.

9. M. Valencia-Ospina entend consacrer l'essentiel de son prochain rapport à la prévention, la préparation et l'atténuation des effets des catastrophes. Il gardera à l'esprit, en élaborant les projets d'article, certains des commentaires formulés pendant l'examen du cinquième rapport (par exemple ceux concernant les mesures qui devraient être inscrites dans les législations nationales et les mesures destinées à protéger le personnel humanitaire, en particulier le personnel de l'ONU). Dans un rapport suivant, il proposera également des projets d'article sur l'emploi de termes et diverses dispositions destinées à sauvegarder le rôle de l'ONU, de la FICR et du CICR.

10. Si la Commission n'était pas satisfaite des versions révisées des projets d'articles A, 13 et 14 adoptées par le Comité de rédaction, M. Valencia-Ospina présenterait volontiers des propositions plus détaillées. Pour conclure, il remercie les membres qui ont participé aux débats sur le cinquième rapport pour leurs contributions.

11. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles A, 13 et 14 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 10 h 30.

²²⁵ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008 de l'Assemblée générale, annexe. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire...* 2008, vol. II, 2^e partie, p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

²²⁶ Modèle d'accord sur le statut des forces pour les opérations de maintien de la paix, Rapport du Secrétaire général (A/45/594).

3143^e SÉANCE

Mardi 10 juillet 2012, à 10 h 5

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrić, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État²²⁷ (A/CN.4/650 et Add.1, sect. A, et A/CN.4/654)

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

1. Le PRÉSIDENT invite la Rapporteuse spéciale à présenter son rapport préliminaire sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/654).

2. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'étant donné que c'est la première fois qu'elle s'adresse à la Commission en séance plénière en sa qualité de Rapporteuse spéciale sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elle fera deux brèves déclarations avant de présenter son rapport préliminaire. Tout d'abord, elle est reconnaissante aux membres de la Commission de l'avoir nommée Rapporteuse spéciale, ce qui est un honneur et un véritable privilège. Elle fera tout son possible pour s'acquitter de cette tâche et ne peut qu'espérer qu'à la fin du quinquennat en cours, son travail aura été à la hauteur des attentes de la Commission. Deuxièmement, elle souhaite exprimer toute la reconnaissance et la gratitude qu'elle doit à M. Kolodkin, précédent Rapporteur spécial sur ce sujet, tant pour le travail qu'il a accompli pendant cinq années que pour ses précieuses contributions – les trois rapports²²⁸ qui, avec le mémorandum du Secrétariat²²⁹, constituent la base historique des travaux de la Commission – dont il faudra tenir dûment compte à mesure de l'examen du sujet.

3. Le rapport préliminaire a été distribué dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Il convient cependant d'apporter quelques corrections d'ordre rédactionnel à la version espagnole – aux

²²⁷ À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé M^{me} Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Kolodkin qui n'était plus membre de la Commission.

²²⁸ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

²²⁹ A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission).

paragraphe 66 et 73, il faut remplacer « fonctionnaire » par « représentant de l'État » et, au paragraphe 70, remplacer *ratione personae* par *ratione materiae* – ainsi qu'à la version anglaise – à la onzième ligne du paragraphe 49, il faut remplacer *immunity* par *impunity*, à la dernière ligne du paragraphe 54, remplacer *contention* par *consensus* et, aux paragraphes 66 et 73, remplacer « fonctionnaire » par « représentant de l'État ». Ces termes employés à mauvais escient étant susceptibles d'induire le lecteur en erreur, M^{me} Escobar Hernández prie les membres de la Commission de bien vouloir prendre bonne note des corrections indiquées.

4. Le rapport préliminaire compte trois chapitres. Dans l'introduction, M^{me} Escobar Hernández retrace brièvement l'historique des travaux effectués par la Commission sur le sujet à l'examen. Ensuite, elle fait le point sur l'état d'avancement des travaux pour ce qui est du fond du sujet, elle expose les principaux éléments des rapports présentés par M. Kolodkin et les grandes lignes des débats qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Dans le chapitre suivant, elle s'efforce de recenser les thèmes qui ne font pas l'objet d'un consensus et qu'il faut donc considérer comme en attente d'examen par la Commission. Enfin, elle propose un plan de travail systématique qui montre comment elle estime devoir traiter le sujet dans ses rapports futurs, tant pour ce qui est du fond que de la méthode de travail à suivre. Elle rappelle également que, le 30 mai 2012, elle a mené avec les membres de la Commission des consultations officieuses ouvertes que l'on peut considérer comme un premier débat informel sur le sujet. Elle a intégré dans son rapport les opinions exprimées à ces occasions, dans la mesure du possible compte tenu du degré d'avancement du texte qu'elle avait déjà rédigé à l'époque et du caractère préliminaire du rapport. Étant donné que les membres de la Commission disposent tous du rapport, il n'est pas indispensable de résumer celui-ci et M^{me} Escobar Hernández se propose donc de concentrer son exposé sur certaines questions d'ordre méthodologique ou de fond sur lesquelles il lui semble important de mettre l'accent pour aider la Commission à engager un débat mieux structuré – bien entendu, elle n'a, ce faisant, aucune intention de limiter ou d'orienter ce débat. Par souci de clarté et de simplicité, elle a structuré son intervention en deux groupes d'observations portant les unes sur la méthodologie, les autres sur le fond.

5. Premièrement, en ce qui concerne l'état actuel du sujet, qui est essentiel car il conditionne la forme qui sera donnée aux travaux futurs, il est impossible, nonobstant les importants travaux préparatoires qui ont été réalisés, de conclure que les questions à l'examen ont été tranchées et qu'on peut envisager une solution définitive, ni que les débats menés ont été concluants. Au contraire, les rapports du précédent Rapporteur spécial et les débats à la Commission et à la Sixième Commission ont montré que le sujet à l'examen était très complexe et délicat, et que ses principaux points étaient loin de susciter ne serait-ce qu'un début de consensus. En conséquence, si les travaux futurs devront nécessairement tenir compte des trois rapports de M. Kolodkin, ils devront aussi prendre en considération les avis exprimés par les membres de la Commission et les États au sujet de ces rapports. En particulier, il faudra tenir compte des points de vue

et perspectives exposés à ce jour, qui sont nombreux et variés – car, à défaut, cela risque d’entraver les travaux de la Commission. Il faut donc impérativement commencer par recenser les très rares points de consensus et les très nombreuses divergences de vues qui existent, ce que M^{me} Escobar Hernández s’est employée à faire dans son rapport préliminaire, qui constitue un nouveau point de départ pour la Commission.

6. Deuxièmement, M^{me} Escobar Hernández souhaite faire une observation qui est également d’ordre méthodologique et qui renvoie, de manière générale, au mandat de la Commission. Dans les rapports de M. Kolodkin comme lors des débats de la Commission – y compris les consultations officieuses menées en mai – et de la Sixième Commission, la question s’est posée de savoir si le sujet devait être traité exclusivement du point de vue de la *lex lata* ou s’il fallait au contraire l’envisager aussi dans une perspective *de lege ferenda* – en d’autres termes, si la Commission devait se limiter à un simple travail de codification ou faire aussi œuvre de développement progressif du droit international. Comme sur bien d’autres questions, les avis sont partagés, même s’il semble à M^{me} Escobar Hernández que la majorité souhaite suivre ces deux approches concomitamment. Sans vouloir entrer dans un débat récurrent au sein de la Commission et en axant son propos uniquement sur le sujet à l’examen, elle considère que celui-ci ne saurait être traité exclusivement du point de vue de la *lex lata* ou de la codification. Au contraire, comme il a été indiqué à de multiples reprises au cours du quinquennat écoulé, ce sujet est certes un thème classique du droit international, mais il doit être examiné à la lumière des faits nouveaux et de l’évolution que connaît le droit international depuis le dernier tiers du XX^e siècle. Il n’aura échappé à aucun observateur avisé que la situation juridique qui prévaut aujourd’hui n’est pas la même que celle qui primait dans la première moitié du XX^e siècle, ni même dans les deux décennies qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale. En fait, seuls les changements qui se sont produits au cours des trois décennies passées et les nouvelles pratiques qui se sont développées au cours de la même période expliquent que la communauté internationale s’intéresse à nouveau à un sujet considéré jusqu’à récemment comme incident, voire peu pertinent et négligeable. Faire l’impasse sur ces changements au sein de la communauté internationale et du droit international contemporain aurait pour effet de dénaturer les travaux de la Commission, les rendant inutiles et stériles puisqu’ils ne tiendraient pas compte des nouveaux principes, valeurs et réalités juridiques dans lesquels la notion de l’immunité en général, et de l’immunité pénale en particulier, évolue et doit évoluer aujourd’hui. Compte tenu de ces éléments, M^{me} Escobar Hernández estime que la Commission doit traiter le sujet à l’examen du double point de vue de la codification et du développement progressif du droit international – même si, pour des raisons d’ordre pratique, il paraît logique de prendre en considération d’abord, mais pas exclusivement, les éléments qui relèvent de la codification, c’est-à-dire les composantes de la *lex lata*.

7. Troisièmement, M^{me} Escobar Hernández estime qu’il faut traiter le sujet à l’examen de façon que les projets d’article que la Commission approuvera s’insèrent de manière cohérente dans le système juridique international

dans son ensemble. Cette approche systémique du sujet dans le cadre de l’ordre juridique international suppose que la Commission s’interroge sur la relation entre l’immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l’État et les principes structurels et les valeurs juridiques que protège et sert le droit international. M. Kolodkin a analysé en détail dans ses trois rapports le problème du fondement juridique de ce type d’immunité et des principes et des valeurs sur lesquels celui-ci s’appuie. Cependant, les débats qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission ont montré qu’il fallait tenir compte aussi d’autres principes et valeurs de la communauté internationale reconnus et protégés par le droit international, notamment la protection des droits de l’homme et la lutte contre l’impunité. C’est pourquoi, sans prétendre modifier la portée du sujet à l’examen, M^{me} Escobar Hernández considère que l’on ne peut traiter celui-ci sans tenir compte de l’équilibre entre les différents principes et valeurs juridiques internationaux en jeu, et, plus particulièrement, sans tenir compte (à titre de principe, si cela est possible) des faits nouveaux qui se sont produits dans le droit pénal international au cours des dernières décennies. Cette nouvelle branche dynamique du droit international ne se limite pas, il faut le rappeler, à l’établissement d’un véritable système de juridiction pénale internationale, mais elle comprend aussi la mise en place ou le renforcement de techniques nationales de lutte contre l’impunité en général et contre les crimes internationaux les plus graves en particulier, notamment les règles d’attribution de compétence aux tribunaux nationaux et les techniques de coopération et d’assistance juridique internationales, qui sont d’égale importance. Même si cela ne doit pas nécessairement donner lieu à une transposition automatique dans le sujet à l’examen de chacun des principes et normes invocables devant la juridiction pénale internationale en matière d’immunité, il est certain qu’on ne peut pas non plus les méconnaître purement et simplement lorsque l’immunité est invoquée devant les tribunaux nationaux. Il en va de même, bien que ce soit à un niveau en partie différent, de la relation inégale qui existe entre responsabilité de l’État et responsabilité de l’individu, et entre immunité de l’État et immunité pénale de l’individu. Cette relation doit faire l’objet d’un traitement particulier dans le sujet à l’examen, là aussi à la lumière des principes et des valeurs essentiels du système juridique international, si la Commission ne veut pas élaborer un projet d’articles sur l’immunité de juridiction pénale étrangère qui, au lieu de régler les problèmes qui se posent dans la pratique, introduirait de nouveaux éléments de controverse et d’incohérence dans le système. M^{me} Escobar Hernández est sincèrement convaincue que le mandat et la nature même de la Commission exigent que ses membres, par leurs travaux, contribuent à renforcer le caractère systémique et la cohérence du système juridique international, et que cet objectif doit se retrouver dans les rapports qu’elle élaborera à l’avenir.

8. Enfin, il est nécessaire de structurer les débats sur le sujet à la Commission et à la Sixième Commission. Comme elle l’a relevé au début de son intervention, M^{me} Escobar Hernández estime que ce débat a pris une forme trop générale, ce qui n’a pas contribué à rapprocher les différents points de vue sur les divers aspects du sujet. Pour sa part, elle considère que le sujet est extrêmement complexe et délicat, et qu’il est difficile, sinon impossible,

de le traiter du point de vue méthodologique comme un tout constitué. Au contraire, la Commission aurait tout intérêt à en traiter les différents aspects en appliquant la politique des petits pas, c'est-à-dire en examinant l'un après l'autre des groupes de thèmes clairement définis, ce qui permettrait à M^{me} Escobar Hernández de présenter tous les ans des rapports sur des questions de fond distinctes. Ces rapports devraient comprendre des projets d'article portant sur chacune des questions analysées, de manière à susciter un débat concret au sein de la Commission puis, en temps voulu, au sein de la Sixième Commission. M^{me} Escobar Hernández a pleinement conscience du fait que nombre des questions de fond qu'il faudra traiter à l'avenir ont un caractère transversal et sont donc récurrentes dans les travaux de la Commission, mais elle est convaincue qu'un nouvel effort pour examiner systématiquement ces questions permettra de progresser dans les travaux de manière rapide, sûre, prévisible et efficace. C'est pourquoi elle a distribué un document officiel à cette fin lors des consultations officielles qu'elle a menées. C'est également pour la même raison qu'elle a, dans le dernier chapitre de son rapport préliminaire, regroupé ces questions en quatre grands groupes qui doivent, selon elle, être traités dans les rapports qu'elle soumettra à la Commission à ses prochaines sessions.

9. M^{me} Escobar Hernández a souhaité appeler d'abord l'attention des membres sur ces considérations méthodologiques pour insister, d'une part, sur l'importance qu'elle leur accorde et, d'autre part, sur le fait que la position que la Commission adoptera en la matière influera sur la manière de traiter les divers aspects du sujet sur le fond. Bien que son rapport ait un caractère préliminaire, elle n'a pas renoncé pour autant à y faire figurer les questions de fond qui sont au cœur du sujet à l'examen. Elle s'est donc efforcée de recenser ces questions et, plus précisément, les questions concrètes sur lesquelles il est impossible de discerner un consensus, que ce soit dans les rapports de M. Kolodkin ou dans les débats auxquels ils ont donné lieu. Elle a également, dans l'avant-dernier chapitre, relevé des éléments qui pourraient indiquer vers quelle voie orienter les travaux futurs de la Commission. Sans entrer dans le détail de ce chapitre, elle estime essentiel de mentionner les questions fondamentales qu'elle devra traiter dans ses rapports futurs, en précisant les principaux problèmes que soulève chacune, lesquels sont exposés plus longuement dans le rapport préliminaire. Premièrement, il faudra examiner la distinction opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, et les conséquences que cette distinction peut avoir pour l'établissement éventuel de deux régimes juridiques distincts qui seraient applicables à chacune de ces catégories d'immunité. Deuxièmement, le débat devra porter sur le caractère éminemment fonctionnel de ces deux catégories d'immunité et la portée et le sens que cette dimension fonctionnelle a ou devrait avoir pour chacune de ces catégories et pour le régime juridique correspondant qui doit être établi. Troisièmement, il faudra déterminer quelles personnes bénéficient de l'immunité *ratione personae* et s'il est utile ou non d'en dresser la liste en précisant, s'il y a lieu, si cette liste est ouverte ou limitative. Quatrièmement, il faudra définir la notion d'«acte officiel» aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère, en prenant en considération les questions ayant trait à l'éventuelle coexistence de la double responsabilité de l'État et

de l'individu, et de la double immunité de l'État et de l'individu, qui découlent toutes les deux de ces «actes officiels». Il faudra en outre réfléchir aux conséquences que cela devrait entraîner sur la détermination de la catégorie de représentants de l'État qui peuvent bénéficier de l'immunité. Cinquièmement, il faudra analyser la place à accorder aux exceptions à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*, et déterminer s'il est possible ou non de recenser les normes et principes différents qui s'appliqueraient à chacune des deux catégories d'immunité. Sixièmement, il faudra analyser la place à accorder à la protection des principes et des valeurs juridiques de la communauté internationale et, en particulier, à la lutte contre les crimes internationaux les plus graves, s'agissant des limites ou des exceptions à chacune de ces formes d'immunité. Septièmement, il faudra analyser les règles de procédure à mettre en place pour que cette immunité s'exerce dûment dans un cas concret. Ces règles devraient comprendre aussi bien des normes juridictionnelles et procédurales au sens strict que, probablement, les règles régissant les techniques de coopération et d'assistance juridique internationale entre États.

10. Même si les sujets qu'elle vient d'énumérer ont été traités, dans une certaine mesure, dans les trois rapports établis par M. Kolodkin, M^{me} Escobar Hernández estime que les réponses à ces questions n'ont pas été suffisamment argumentées et étayées. En outre, les débats à la Commission et à la Sixième Commission ont montré qu'il n'y avait pas de réponse unique et consensuelle à ces questions, qui devront donc faire l'objet d'un examen plus détaillé dans les rapports futurs de la Rapporteuse spéciale. C'est pourquoi le rapport préliminaire contient un plan de travail dans lequel les questions mentionnées sont structurées en quatre grands groupes aux fins de leur examen systématique. Ces quatre groupes correspondent également à la durée des travaux pendant le quinquennat en cours, ce qui devrait permettre d'achever l'examen du sujet pendant la période considérée. Cela étant, pour des questions d'économie de procédure, il faut s'attendre à ce que certaines de ces questions soient traitées de manière transversale et à ce que l'ordre des différents thèmes ne soit pas toujours respecté.

11. En conclusion, M^{me} Escobar Hernández rappelle que son rapport préliminaire est un rapport «de transition» qui a pour objectif de veiller à ce que tous les travaux réalisés par le passé sur le sujet soient dûment pris en considération tout en garantissant que les travaux futurs tiendront effectivement compte des différentes sensibilités exprimées à ce jour par les membres de la Commission et par les États. Il ne s'agit donc en aucun cas de faire table rase des excellents travaux passés, mais de proposer une nouvelle voie qui permettra de répondre aux nombreuses questions qui ont été soulevées au cours du quinquennat précédent, l'objectif étant de donner une réponse juridique efficace à ce qui est ressenti comme un besoin par les États et la communauté internationale, qui ont, sous des formes très diverses, manifesté la grande importance qu'ils attachent au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État – notamment en demandant expressément à la Commission, par l'entremise de l'Assemblée générale, d'accorder la priorité à ce sujet dans son programme de travail. L'importance de ce sujet est en outre étroitement liée à la défense des

principes et valeurs qui le sous-tendent. C'est pourquoi la Commission devra le traiter de manière équilibrée et avec prudence, sans pour autant méconnaître les nouvelles réalités et tendances qui se sont fait jour ces dernières années en droit international, en particulier en matière de responsabilité pénale pour les crimes internationaux les plus graves, au niveau national comme au niveau international. En tout état de cause, ce travail ne peut être réalisé que dans le cadre de l'effort collectif fourni par un organe collégial tel que la Commission. M^{me} Escobar Hernández attend donc avec un vif intérêt les commentaires et observations que les membres feront après sa présentation.

12. M. NOLTE dit que le rapport de la Rapporteuse spéciale est effectivement un rapport «de transition» comme elle l'a indiqué. Pour autant, la Commission doit être reconnaissante à la Rapporteuse spéciale d'avoir trouvé le temps et l'énergie de le rédiger dans le bref laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où elle a été nommée Rapporteuse spéciale et le début de la deuxième partie de la session. Ce rapport, bien que succinct, contient un grand nombre d'éléments importants. Il vise, pour reprendre les termes de la Rapporteuse spéciale, à préparer le terrain pour un «débat structuré» et a pour objectif de parvenir à une «clarification» tant «méthodologique» que «conceptuelle». Il ne contient donc pas de proposition claire sur des questions de fond, sauf lorsque la Rapporteuse spéciale constate l'existence d'un consensus. Il se limite apparemment à un exposé de questions méthodologiques, conceptuelles et structurelles en vue de dégager les grandes lignes des travaux futurs de la Commission. Il est en effet nécessaire de poursuivre cet objectif et la Rapporteuse spéciale mérite d'être félicitée pour ses efforts et pour la base précieuse que son rapport constitue pour le débat. Cependant, étant donné que le sujet à l'examen est extrêmement épineux à bien des égards et que la Commission en est à discuter de son orientation générale, M. Nolte souhaite faire part d'un certain nombre de réserves. Les clarifications d'ordre méthodologique et conceptuel doivent rester neutres et sans incidence sur les questions de fond. Cela ne signifie pas que M. Nolte considère que la Rapporteuse spéciale a choisi des clarifications qui ne sont pas neutres : il veut simplement s'assurer au plus tôt que le choix d'une méthode ou de distinctions conceptuelles ne penchera pas en faveur de certaines conclusions sur le fond, car ces conclusions devront être étayées indépendamment par d'autres sources.

13. La première réserve a trait au fait que la Rapporteuse spéciale semble suggérer à la Commission d'adopter une méthode abstraite et systématique consistant à déduire des conclusions de certaines distinctions conceptuelles, ce qui rappelle le style systématique de l'approche traditionnelle du droit civil romain. Le rapport – dont M. Nolte a conscience que ce n'était pas l'objet – ne fait guère mention de jugements ou de textes de loi qui pourraient constituer la base d'une analyse de la pratique. Or, un raisonnement orienté vers la pratique et inductif est nécessaire pour définir solidement le droit international, que la Commission s'attache à recenser la *lex lata* ou à faire des propositions au titre de la *lex ferenda*. S'il reconnaît la valeur du raisonnement abstrait et systématique, étant lui-même originaire, comme la Rapporteuse spéciale, d'un pays de droit civil romain, M. Nolte souhaite souligner que les catégories abstraites trouvent leur fondement dans

des faits empiriques et doivent être justifiées en conséquence. Il ne doute pas que la Rapporteuse spéciale en ait bien conscience, mais estime utile de soulever ce point dès l'exorde. Cela se vérifiera sans doute dans la pratique pour ce qui est de la relation entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale de l'individu, dont la Rapporteuse spéciale traite au paragraphe 59 de son rapport, et probablement aussi de la distinction entre «acte officiel» et «acte illégal» opérée au paragraphe 67.

14. La deuxième réserve de M. Nolte tient au fait qu'au paragraphe 29 de son rapport la Rapporteuse spéciale évoque une tendance «vers une limitation des immunités et de leur portée». Cette référence et d'autres dans le rapport pourraient être comprises comme une nouvelle version de l'argument «de la tendance» qui a si souvent été utilisé dans le passé pour limiter l'immunité des États et de leurs représentants. Cet argument est à manier avec prudence. Pour preuve, récemment, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État*, a réfuté la thèse des tribunaux italiens relative à l'existence en droit international d'une tendance à limiter l'immunité de l'État dans le domaine dont il était question et a démontré au contraire que l'immunité de l'État avait été réaffirmée ces dernières années. Or, certains signes montrent que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État pourrait avoir connu une évolution similaire. Cette thèse est développée dans un article à paraître dans la revue *American Journal of International Law*, qui se fonde sur une vaste analyse de la jurisprudence de nombreux pays datant des quinze dernières années²³⁰. Une telle tendance à une réaffirmation de l'immunité devant les juridictions pénales nationales, si elle existe vraiment, concorderait assez bien avec la tendance à la limitation de l'immunité devant les juridictions internationales. À cet égard, il importera de prendre en considération les décisions des 12 et 13 décembre 2011 de la Cour pénale internationale concernant l'absence d'immunité des représentants de l'État devant les juridictions internationales en vertu du droit international coutumier (*Le Procureur c. Omar Ahmad Al Bashir*), qui ont suscité de vives protestations de la part de la Commission de l'Union africaine. Plus généralement, il faudrait être très attentif à ce que l'on entend par «tendance».

15. D'où la troisième réserve de M. Nolte : la Rapporteuse spéciale fait référence à de nombreuses reprises, dans son rapport, aux «valeurs» de la communauté internationale, auxquelles il conviendrait de donner effet, notamment les valeurs associées à la lutte contre l'impunité. La question décisive à ce propos n'est pas de savoir s'il faut donner effet aux valeurs de la communauté internationale – ce qui est une évidence – mais de savoir comment on doit le faire. On peut, à ce sujet, établir un parallèle intéressant avec la question de la «responsabilité de protéger». Cette responsabilité est sans aucun doute une valeur de la communauté internationale, mais, du point de vue du droit international, la question qui se pose est : à qui appartient-il de traduire cette valeur en actes ? Certainement à l'État sur le territoire duquel des crimes internationaux sont commis – qui a même l'obligation de protéger –, ainsi qu'à l'Organisation

²³⁰ I. Wuerth, «Pinochet's legacy reassessed», *American Journal of International Law*, vol. 106, n° 4 (octobre 2012), p. 731 à 768.

des Nations Unies, par des procédures appropriées, mais pas aux États tiers. Telle a été la conclusion du Sommet de 2005²³¹. En ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la situation pourrait bien être analogue du point de vue structurel. De plus, l'argument de la « valeur » ne peut pas se transposer aussi facilement dans les règles et principes du droit international. Les règles du droit international, notamment celles qui concernent l'immunité, représentent elles aussi des valeurs. Il ne suffit pas de rechercher un équilibre entre différentes valeurs. Un tel arbitrage doit se faire dans le cadre des règles générales relatives à la formation et aux preuves de l'existence des normes du droit international coutumier. Bien entendu, il faudrait aussi examiner plus avant la nature plus ou moins juridique des valeurs auxquelles la Rapporteuse spéciale fait référence.

16. La quatrième réserve de M. Nolte concerne les relations entre différents aspects du droit de l'immunité et différents aspects du droit international général. Dans son plan de travail, la Rapporteuse spéciale propose de subdiviser le sujet en plusieurs questions à aborder l'une après l'autre. Certes, il s'agit d'une méthode valable qui a donné de bons résultats dans d'autres domaines, mais il ne faut pas oublier que ces différentes questions sont intimement liées et qu'il faut continuer à tenir compte de leurs interactions. Ainsi, par exemple, même si elles sont distinctes, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* sont deux aspects d'un même principe juridique, qui est l'immunité de l'État. De même, si le sujet à l'examen ne concerne que l'immunité de juridiction pénale, cela ne signifie pas que l'évolution des questions touchant l'immunité en matière civile n'intéresse pas les travaux de la Commission. L'immunité en matière pénale et l'immunité en matière civile ont le même fondement juridique, et il est parfois même difficile de déterminer si une affaire relève de la juridiction pénale ou civile. En étudiant les liens entre les différents aspects du droit de l'immunité, il est possible que l'on découvre des « zones grises » ainsi que la Rapporteuse spéciale les qualifie dans son rapport, qu'il faudra prendre en considération et traiter.

17. La cinquième réserve de M. Nolte a trait à la terminologie. Aux paragraphes 34 et 62 de son rapport, la Rapporteuse spéciale distingue les tenants d'une immunité « absolue » de ceux d'une immunité « limitée ». Une telle distinction n'est guère utile dans le contexte du sujet à l'examen, et risque même de prêter à confusion. En l'occurrence, la question ne se pose même pas puisqu'il est aujourd'hui admis qu'il ne peut y avoir d'immunité absolue. Le précédent Rapporteur spécial a d'ailleurs rappelé l'exception territoriale, largement reconnue, qui veut qu'un État ne puisse pas prétendre à l'immunité pour des actes commis par un de ses représentants sur le territoire de l'État du for. Il n'y a donc pas à choisir entre conception « absolue » et « restrictive » de l'immunité ; il s'agit plutôt de déterminer dans quelle mesure il faudrait imposer des restrictions à l'immunité.

18. La sixième réserve de M. Nolte concerne une observation intéressante que la Rapporteuse spéciale formule au paragraphe 27 de son rapport, à savoir que « les membres

de la Commission qui se sont exprimés sur le sujet [du fondement de l'immunité] n'ont pas établi une distinction suffisante entre l'application des deux concepts – fonctionnel et représentatif – à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae* ». Cette observation laisse entendre que la Rapporteuse spéciale considère qu'un fondement fonctionnel est, d'une certaine manière, et de façon inhérente, plus limité ou restrictif qu'un fondement représentatif de l'immunité. Or, ce que l'on entend par « fonctionnel » est avant tout affaire de définition et ne suppose pas nécessairement une interprétation restrictive. Il est sans doute vrai, comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 57 de son rapport, que le caractère fonctionnel de l'immunité des représentants de l'État est « lié à la préservation des principes et des valeurs de la communauté internationale », mais il s'agit là d'une observation générale qui ne tient pas compte d'un aspect difficile de la question, qui est le point de savoir si la fonction première de l'immunité change avec l'évolution des efforts de lutte contre l'impunité sur le terrain.

19. La septième réserve de M. Nolte concerne la possibilité d'introduire des exceptions à l'immunité *ratione materiae*. La Rapporteuse spéciale, au paragraphe 68 de son rapport, évoque les cas de « la violation de normes de *jus cogens* ou [...] la commission de crimes internationaux » et dit que « la possibilité d'introduire une exception à l'immunité *ratione materiae* semble avoir suscité un plus large appui que dans le cas de l'immunité *ratione personae* ». Peut-être faudrait-il néanmoins traiter séparément les normes de *jus cogens* et les crimes internationaux, et même, du point de vue de l'immunité, distinguer différents types de crimes internationaux. Enfin, il convient de rappeler que la suggestion faite l'année précédente par M. Gaja, selon laquelle des exceptions à l'immunité pourraient découler de différents types de traités, avait alors reçu un certain soutien au sein de la Commission.

20. La huitième réserve de M. Nolte a trait aux aspects procéduraux de l'immunité. Contrairement à la Rapporteuse spéciale, qui fait observer dans son rapport que la Commission a jusqu'à présent moins traité de ces aspects que des questions de fond, il se souvient que la Commission en a débattu assez largement l'année précédente. Il pense en outre que les questions de fond et de procédure sont intimement liées dans ce domaine. Si, par exemple, il était possible d'identifier des règles de procédure qui permettent d'obtenir que les États n'invoquent pas leur immunité dans certains cas, alors la nécessité d'admettre certaines exceptions ne se présenterait pas de la même façon. Ainsi, traiter en premier lieu des aspects procéduraux du sujet permettrait peut-être d'améliorer les chances de trouver un consensus sur certaines questions substantielles.

21. La neuvième réserve de M. Nolte concerne le paragraphe 48 du rapport de la Rapporteuse spéciale, qui stipule que les interventions à la Sixième Commission ont fait apparaître « d'importantes disparités quant à la place à accorder à l'analyse *de lege lata* et l'analyse *de lege ferenda* ». M. Nolte a cependant l'impression que la plupart des États, à la Sixième Commission, ont exprimé le souhait que la Commission analyse la *lex lata*, ce qui n'exclut pas que certains États aient aussi estimé qu'il serait utile qu'elle formule des observations et des conclusions *de lege ferenda*. Son sentiment est que les

²³¹ Résolution 60/1 de l'Assemblée générale, en date du 16 septembre 2005, « Document final du Sommet mondial de 2005 », par. 138 et 139.

États souhaitent pouvoir faire le plus clairement possible la distinction entre les considérations relevant de l'une et de l'autre. C'est aussi le souhait de M. Nolte, qui ne partage pas l'avis de la Rapporteuse spéciale lorsque celle-ci estime, au paragraphe 77 de son rapport, que «le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne peut être considéré sous un seul de ces angles». Il estime quant à lui que le sujet peut, et doit, être traité sous les deux angles, mais que ceux-ci devraient, pour plus de transparence, être analysés autant que possible de façon séparée. Cela n'exclut pas de tenir compte des «nouvelles tendances» et de l'«évolution du droit international» dont la Rapporteuse fait mention au paragraphe 48, mais la Commission devrait avoir le courage de décider si les nouvelles tendances présentent le caractère de *lex lata* ou de *lex ferenda*. Faute de quoi, elle ferait la même chose que les tribunaux italiens dans les affaires qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour internationale de Justice relatifs aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans lequel la Cour a corrigé l'absence de distinction entre *lex ferenda* et *lex lata*.

22. M. HUANG félicite la Rapporteuse spéciale d'avoir réussi, dans un temps très court, à présenter un rapport préliminaire très riche, concis, logique et bien structuré, contenant un plan de travail quinquennal assorti d'objectifs clairs. La nouvelle démarche qu'elle propose insufflera probablement une plus grande énergie aux débats de la Commission sur l'immunité des représentants de l'État et en favorisera l'avancement.

23. La Commission a rédigé plusieurs projets d'article sur la question, qui sont devenus partie intégrante de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques²³² et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires²³³, et certains ont été utilisés dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²³⁴. Ces travaux, qui ont contribué à l'harmonisation et à l'amélioration du régime des immunités, sont l'un des héritages les plus glorieux de la Commission. Cependant, sur cette question très importante de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, il n'existe toujours pas de normes harmonisées. Il faut en premier lieu rassembler et compiler des renseignements sur la pratique des États, et la Commission a dans cette tâche un rôle positif à jouer. Elle devrait donc, conformément à la résolution 66/98 de l'Assemblée générale du 9 décembre 2011 (par. 8), accorder la priorité au sujet à l'examen.

24. Il se pose inévitablement la question du lien entre les travaux du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin, à qui l'on doit beaucoup, et ceux de M^{me} Escobar Hernández. Les trois rapports de M. Kolodkin contenaient une étude de la pratique des États, de la jurisprudence et des différentes théories, ainsi que des analyses détaillées²³⁵.

²³² *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, chap. III, projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatique et commentaires, p. 92 et suiv., par. 53.

²³³ *Annuaire... 1961*, vol. II, document A/4843, chap. II, projet d'articles relatifs aux relations consulaires et commentaires, p. 95 et suiv., par. 37.

²³⁴ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, et commentaires y relatifs, p. 13 et suiv., par. 28.

²³⁵ Voir *supra* la note 228.

La nouvelle Rapporteuse spéciale devrait fonder ses travaux sur ceux de M. Kolodkin et ne pas partir de zéro, car cela reviendrait à gaspiller des ressources et nuirait à l'efficacité de la Commission.

25. Il se pose aussi la question de la méthode : dans le cadre du sujet à l'examen, la Commission devrait axer ses travaux sur la codification plutôt que sur le développement progressif du droit international. La question de l'immunité, qui touche aux principes de base des relations internationales et du droit international, est très complexe et délicate. En mettant l'accent sur le développement de règles concernant l'immunité, la Commission susciterait trop de controverses ; elle peinerait à trouver un consensus rapidement et, même si elle parvenait à un résultat, il serait difficile d'en garantir la reconnaissance universelle. Dans ces conditions, la Commission devrait plutôt axer ses travaux sur la compilation des pratiques actuelles ainsi que des règles existant au niveau international, et sur l'élaboration d'orientations claires. Elle ne devrait pas être trop ambitieuse.

26. Enfin, il ne faudrait pas utiliser les traités internationaux comme prétexte pour ne pas appliquer les règles d'immunité. Il convient par ailleurs de garder à l'esprit que le sujet se limite à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et ne concerne pas l'immunité du personnel diplomatique ou consulaire. L'accent devrait donc être mis sur les règles du droit international coutumier. Ne font pas non plus partie du sujet les exemptions ou exceptions que les États pourraient prévoir par voie de traité.

27. M. MURASE considère que deux grandes questions ont été posées lors de la soixante-troisième session (2011), la première étant de savoir quels représentants de l'État jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère, la seconde de savoir quels crimes en sont exclus. Ces deux questions ont été posées aux États Membres au chapitre III du rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale²³⁶ afin de recueillir leurs vues sur le sujet. Étonnamment, la Rapporteuse spéciale évoque à peine, dans son rapport préliminaire, la question des crimes à exclure des projets d'article sur ce sujet (question qui doit être différenciée de celle du *jus cogens*, abordée succinctement dans le rapport). En effet, sans idée claire du type de crimes visés par le projet, toute discussion serait vaine. M. Murase suppose que seuls les crimes les plus graves au regard du droit international sont envisagés, mais des éclaircissements de la Rapporteuse spéciale sur ce point seraient bienvenus.

28. Concernant le point de savoir quels représentants de l'État devraient jouir de l'immunité, M. Murase approuve l'idée de réserver celle-ci à la triade [chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères], mais estime qu'un nombre limité de membres du Gouvernement, voire les membres du Parlement, pourraient peut-être aussi en bénéficier, compte tenu du paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel «la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en

²³⁶ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 37 et 38.

aucun cas de la responsabilité pénale». M. Murase ne croit pas, en revanche, que la triade devrait jouir d'une immunité complète. Sur cette question, la Commission devrait rester fidèle à ses travaux passés et à l'approche assez « restrictive » qu'elle a adoptée, au moins en ce qui concerne les crimes de droit international. Il est indiqué ce qui suit à l'article 7 (Qualité officielle et responsabilité) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission en 1996 :

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine²³⁷.

La même position a été adoptée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont le paragraphe 2 de l'article 27 dispose ceci :

Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

M. Murase estime qu'une personne inculpée de crimes graves devrait être traitée de la même façon, qu'elle soit condamnée par un tribunal international ou par un tribunal national, et que, de ce point de vue, la Commission devrait s'aligner sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

29. Une question sous-jacente mais importante est celle du contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Pour éviter les abus en la matière, il faut mettre en place des garanties appropriées. Les procureurs, dans les systèmes de justice pénale nationaux comme internationaux, sont tenus d'exercer ce pouvoir discrétionnaire de façon transparente. M. Murase rappelle l'existence des Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet²³⁸ et dit qu'au niveau national l'élaboration de lignes directrices à l'intention des procureurs, sous la forme d'une loi ou d'un règlement, peut être le meilleur moyen d'éviter que certains utilisent leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de manière arbitraire ou agressive envers des chefs d'État étrangers. D'autres principes directeurs pourraient être élaborés pour éviter l'abus du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de la part des procureurs internationaux. M. Murase espère que la Rapporteuse spéciale et la Commission envisageront d'inscrire cette question au programme de travail de la Commission concernant le sujet à l'examen.

30. Comme M. Nolte, M. Murase est un peu préoccupé par l'expression « système de valeurs » utilisée au paragraphe 72 du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (al. 1.2) et il espère, et veut croire, qu'il n'est nullement question d'imposer les valeurs occidentales au reste du monde.

31. Enfin, M. Murase s'interroge sur l'argument avancé au paragraphe 77 du rapport préliminaire de la

²³⁷ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27.

²³⁸ *Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, La Havane, 27 août-7 septembre 1990, rapport établi par le Secrétariat (A/CONF.144/28/Rev.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.91.IV.2), Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet, p. 202.

Rapporteuse spéciale au sujet de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. La Commission, en tant qu'organe chargé de la codification et du développement progressif du droit, n'a pas de mandat en matière de *lex ferenda*. La Rapporteuse spéciale semble assimiler développement progressif et *lex ferenda*, ce qui est une erreur. Le travail de codification de la Commission est fondé sur le droit international coutumier établi, tandis que le développement progressif s'appuie sur les règles émergentes du droit international coutumier, ce qui diffère de l'établissement de nouvelles règles que suppose généralement l'expression *lex ferenda*. La Commission elle-même n'a pas toujours utilisé cette expression à bon escient et, dans une certaine mesure, a induit la Sixième Commission en erreur à cet égard. Il faudrait donc faire très attention à la manière d'utiliser l'expression « développement progressif » dans le cadre des travaux de la Commission.

32. M. KITTI CHAISAREE pense, comme la Rapporteuse spéciale, qu'il convient dans un premier temps de considérer le sujet à l'examen sous l'angle de la *lex lata*, quitte à l'envisager ensuite, si besoin est, sous celui de la *lex ferenda*. Plusieurs États ont recommandé cette approche en deux étapes. La question se pose cependant de savoir quelle est la *lex lata*, et quand et comment une règle issue d'un instrument international devient une règle de droit international coutumier d'application générale.

33. Au sujet des questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel, qui constituent le premier groupe de questions à examiner selon le plan de travail proposé par la Rapporteuse spéciale, M. Kittichaisaree est partisan de conserver la distinction entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*, de façon à réduire le champ d'application matériel de la première et le champ d'application temporel de la seconde. L'immunité personnelle et l'immunité de fonction peuvent coexister, par exemple dans le cas d'une personne qui jouit de la première et bénéficie aussi de la seconde dans l'exercice de ses fonctions officielles. Par ailleurs, comme l'ont souligné M. Nolte et M. Murase, la Commission devra veiller à concilier l'immunité avec le système de valeurs et les principes du droit international contemporain. On peut se demander, par exemple, si le principe selon lequel il ne peut y avoir d'immunité pour les crimes graves concernant l'ensemble de la communauté internationale peut l'emporter sur le principe de la démocratie, en vertu duquel un gouvernement démocratiquement élu, dans l'intérêt de la réconciliation nationale, déciderait d'amnistier les auteurs de tels crimes et de faire valoir leur immunité devant les juridictions étrangères.

34. Une autre question à examiner est celle des relations entre, d'une part, l'immunité et, d'autre part, la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle. L'immunité de fonction découle de la nécessité de permettre l'exercice des fonctions officielles par les représentants de l'État. La position de M. Kolodkin est qu'un représentant de l'État ne peut être tenu pour responsable d'une violation du droit international commise dans l'exercice de ses fonctions officielles, car ses actes sont imputés à l'État, qui engage seul sa responsabilité sur le plan international. Cependant, certains États, comme la France, estiment qu'il faut établir si le représentant de l'État a effectivement agi à titre officiel, et notamment

déterminer dans quelle mesure l'«acte accompli par un représentant de l'État en qualité de représentant» diffère de l'«acte relevant de fonctions officielles²³⁹»; d'autres, comme l'Espagne, préfèrent donner une interprétation restrictive à l'expression «acte officiel». Pour M. Kittichaisaree, il s'agit avant tout de savoir si l'acte en cause peut être imputé, au regard du droit international, à l'État représenté par l'auteur de cet acte. Contrairement à M. Kolodkin, qui considère que les actes à caractère illégitime ou *ultra vires* commis par un représentant de l'État agissant en cette qualité sont couverts par l'immunité *ratione materiae*, il est d'avis que le représentant de l'État ne jouit pas de cette immunité si l'acte a un caractère illégitime ou *ultra vires* au regard des lois de cet État.

35. Cependant, l'État ne peut voir sa responsabilité engagée que si l'acte en cause lui est imputable. La Cour internationale de Justice a clairement établi ce principe dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, ainsi que dans celle relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, dans laquelle elle a dû trancher la question fondamentale de savoir si les Serbes de Bosnie coupables d'actes de génocide étaient ou non des agents ou des organes de fait du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie, aux fins de déterminer si ces actes engageaient la responsabilité de l'État. La Cour a conclu que rien ne prouvait que l'État ait eu l'intention de commettre un génocide, pas plus sur le fondement d'un plan concerté que sur celui d'une ligne de conduite systématique qui, au vu des faits, ne pourrait que dénoter l'existence d'une telle intention. Il s'ensuit que les actes illicites commis par le représentant d'un État sont directement imputables à cet État s'ils ont été commis sur son ordre ou avec sa complicité ou son assentiment, ou s'ils peuvent lui être attribués au titre de l'entreprise criminelle commune ou de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ainsi que l'ont relevé plusieurs membres de la Commission à la session précédente, la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle sont donc bien distinctes, même si elles peuvent coïncider relativement à certains actes.

36. Certains ont avancé que le fait qu'un acte soit imputable à l'État pouvait avoir une incidence sur l'octroi de l'immunité *ratione personae* au représentant de l'État auteur de l'acte. Mais cet argument n'est pas fondé puisque l'immunité *ratione personae* découle de la position de la personne concernée et non du caractère officiel de l'acte qui engage sa responsabilité pénale individuelle. Comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'immunité personnelle se justifie par la nécessité de permettre aux représentants de l'État d'exercer sans entrave leurs fonctions de représentation à travers le monde. La Cour a réaffirmé à cette occasion que la triade (chef de l'État, chef du gouvernement et ministre des affaires étrangères) ainsi que les agents diplomatiques et consulaires jouissaient *de lege lata* de l'immunité *ratione personae* pour tout acte officiel

accompli pendant qu'ils étaient en fonctions, y compris après leur cessation de service. Certains États sont partisans de limiter l'immunité *ratione personae* à la triade, de façon à concilier le principe de l'immunité et la volonté croissante de combattre l'impunité des crimes internationaux; mais d'autres estiment au contraire qu'il faut l'étendre à d'autres représentants de l'État, notamment aux ministres dont les fonctions exigent de nombreux déplacements. Compte tenu des positions divergentes sur ce point, toute extension de l'immunité *ratione personae* doit être clairement justifiée. Un compromis pourrait consister à laisser à chaque État la liberté d'accorder cette immunité à tout représentant d'un autre État en visite officielle sur son territoire, pendant la durée de cette visite.

37. Pour M. Kittichaisaree, l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère se déclinerait donc comme suit: elle est reconnue aux chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères; elle est accordée aux agents diplomatiques et consulaires selon les règles applicables du droit international coutumier ou des traités; elle peut être accordée par un État aux représentants d'un autre État en visite officielle, le cas échéant sous certaines conditions. Toute personne qui a droit à l'immunité de juridiction pénale étrangère en jouit à tout moment pendant qu'elle est en fonctions, y compris lorsqu'elle effectue une visite privée ou agit à titre privé. Pour autant qu'ils aient compétence au regard du droit international, les tribunaux d'un État peuvent juger les anciens représentants officiels d'un autre État pour tout acte commis avant ou après leur mandat, ainsi que pour tout acte commis à titre privé pendant ce mandat.

38. Passant à la question du caractère absolu ou limité de l'immunité *ratione personae*, et en particulier la place qu'occupent ou doivent occuper les crimes internationaux, M. Kittichaisaree rappelle que tant les membres de la Commission que les États s'accordent à penser que le droit international doit permettre de concilier la nécessité de préserver la stabilité des relations internationales et celle d'obliger les auteurs de crimes interdits par les normes impératives à répondre de leurs actes. Cependant, comme l'a souligné l'Allemagne, la violation d'une norme de *jus cogens*, qui fait partie du droit matériel, n'emporte pas nécessairement la levée de l'immunité, qui relève du droit procédural. Pour plusieurs États, la tendance actuelle du droit international coutumier est de refuser l'immunité aux auteurs de crimes internationaux (génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité), y compris à la «triade». À l'inverse, d'autres États considèrent que le déni d'immunité, même s'il est prévu par certains instruments, comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ne constitue pas une règle du droit international coutumier. Telle est également la position de M. Kolodkin.

39. L'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]* pourrait élargir les possibilités de refuser l'immunité de juridiction pénale étrangère aux représentants de l'État. Certains juges ont en effet exprimé l'opinion dissidente selon laquelle, dans le cas exceptionnel où, du fait de l'immunité, les victimes de crimes internationaux se verraient empêchées d'obtenir

²³⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-sixième session, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 44.

réparation, ou si aucun autre recours ne leur était ouvert, les tribunaux nationaux devraient écarter l'immunité, que les actes en cause relèvent ou non de la catégorie des actes d'État. Certes, il s'agit ici des immunités juridictionnelles de l'État et non de ses représentants. L'on pourrait néanmoins faire valoir que le principe de l'immunité des représentants de l'État découle du principe de l'égalité souveraine des États et que, par conséquent, dans les cas où un État se verrait refuser l'immunité, ses représentants ne pourraient pas en jouir non plus.

40. M. Kittichaisaree est d'avis que, par principe, l'immunité ne doit pas empêcher d'engager des poursuites pénales contre des représentants de l'État, pour autant que ces poursuites ne compromettent pas la stabilité des relations internationales, et qu'elles ne risquent pas non plus d'aggraver ou de prolonger les souffrances endurées par la population de l'État concerné. Afin de concilier l'immunité avec la nécessité de punir les auteurs de crimes internationaux, la Commission pourrait envisager une disposition sur la relation entre l'immunité et l'impunité, qui serait fondée sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, et qui énoncerait les principes suivants : l'immunité accordée en vertu du droit international coutumier ou d'obligations conventionnelles applicables reste opposable aux tribunaux d'un État étranger même si ceux-ci ont compétence *ratione personae* ou *ratione materiae* pour connaître de l'affaire en cause ; l'immunité constitue une barrière procédurale aux poursuites judiciaires, alors que l'impunité a pour effet de soustraire une personne à la responsabilité pénale individuelle qui est la sienne en droit pénal matériel ; par principe, nul n'est au-dessus des lois et la fonction officielle d'une personne ne permet ni d'exonérer celle-ci de sa responsabilité pénale ni de réduire le châtement qui lui serait applicable ; l'immunité dont jouit une personne n'empêche pas d'engager des poursuites pénales contre cette personne dans un État qui est compétent en matière pénale à son égard, pour autant que ces poursuites ne soient pas contraires aux obligations de l'État au titre du droit international.

41. Quant à l'immunité *ratione materiae*, M. Kittichaisaree estime, au vu de ce qui précède, qu'elle devrait se décliner comme suit : elle est accordée à tous les représentants de l'État qui exercent leurs fonctions officielles ou qui agissent à titre officiel ; un « acte officiel » s'entend ici de tout acte imputable à l'État représenté par la personne qui accomplit l'acte ; les représentants de l'État ne jouissent pas de l'immunité de fonction lorsqu'ils commettent un acte imputable à l'État qui a un caractère illécite ou *ultra vires* au regard des lois de cet État.

42. Enfin, à propos des aspects procéduraux de l'immunité, auxquels a été consacré le troisième rapport de M. Kolodkin²⁴⁰, M. Kittichaisaree souligne qu'ils suscitent moins de controverse – et de commentaires – que les aspects fondamentaux. Ils sont néanmoins liés à ces derniers, puisque certains d'entre eux peuvent dépendre de la gravité des crimes imputés au représentant de l'État. Il convient donc que la Commission parvienne à un consensus sur les aspects de fond de l'immunité avant d'en examiner les aspects procéduraux.

43. M. TLADI dit qu'à son sens la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est le plus important des sujets inscrits au programme de travail de la Commission et sans doute le plus délicat aussi. Les futurs projets d'article auront certainement une incidence significative sur le développement du droit international. Il faut espérer qu'ils contribueront également à la lutte contre l'impunité, sans entamer les progrès accomplis jusqu'alors dans ce domaine.

44. Dans son deuxième rapport²⁴¹, dans lequel il présentait l'approche retenue pour l'examen du sujet, M. Kolodkin énumérait un certain nombre de questions que la délégation de l'Afrique du Sud avait portées à l'attention de la Commission en 2009. Ces questions seront essentielles pour les travaux à venir. La première, et la plus fondamentale, est celle de savoir si les ministres des affaires étrangères et d'autres représentants de l'État jouissent des mêmes immunités que les chefs d'État selon le droit international coutumier²⁴². Le précédent Rapporteur spécial est parti du principe que les membres de la triade – voire d'autres représentants de l'État également – jouissaient de l'immunité *ratione personae* et que celle-ci ne souffrait aucune exception. Or, il ressort des rapports des sessions précédentes de la Commission qu'aucun consensus n'a été atteint sur ce point. Il était donc prématuré d'aborder d'autres aspects de la question, comme les exceptions ou la levée de l'immunité, sans entente commune sur l'identification des représentants de l'État bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Il existe suffisamment de doutes sur ce point pour justifier une analyse approfondie de la pratique des États à cet égard. Il convient de rappeler par exemple qu'en 1991, dans son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁴³, la Commission n'a pas voulu traiter sur le même plan les immunités des ministres des affaires étrangères et celles des chefs d'État. De même, dans sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, l'Institut de droit international n'a pas étendu les immunités *ratione personae* aux ministres des affaires étrangères²⁴⁴. Il ne faut pas pour autant en déduire que les trois membres de la triade n'ont pas tous droit à l'immunité *ratione personae* ; mais il faut étudier soigneusement la question, en gardant cette hypothèse à l'esprit.

45. Or, au paragraphe 63 de son rapport préliminaire, la nouvelle Rapporteuse spéciale semble, elle aussi, poser comme postulat le fait que la triade jouit de l'immunité *ratione personae*, laissant seulement ouverte la question de savoir si d'autres représentants de l'État pourraient en jouir aussi. Il est vrai que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, a déclaré que les ministres des affaires étrangères, et peut-être d'autres représentants de l'État également, bénéficiaient des mêmes immunités que les chefs d'État et de gouvernement. Il faut

²⁴¹ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, par. 9.

²⁴² *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-quatrième session*, 15^e séance (A/C.6/64/SR.15), par. 69.

²⁴³ Voir *supra* la note 234.

²⁴⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 et suiv., consultable sur le site Web de l'Institut (<http://justitiaetpace.org>).

²⁴⁰ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646.

rappeler cependant que plusieurs juges se sont dissociés de cet avis, faisant valoir notamment que la question était loin d'être claire en droit international coutumier ou que rien dans la jurisprudence, l'*opinio juris* ou la doctrine n'appuyait cette conclusion²⁴⁵.

46. Malgré le doute réel suscité par ces diverses opinions, la Cour internationale de Justice a conclu à la majorité de ses membres que les immunités des ministres des affaires étrangères étaient les mêmes que celles des chefs d'État. Par conséquent, toute réflexion sur la question de savoir qui bénéficie de l'immunité doit bien entendu partir de ce point. Or, la Cour ne mentionne pas la pratique ni l'*opinio juris* – la Commission reviendra certainement sur cette question quand elle examinera le sujet de la formation et de la preuve de l'existence des règles du droit international coutumier – et se fonde entièrement sur la « nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères ». Cette approche pose question : affirmer que l'immunité du chef de l'État peut être étendue au ministre des affaires étrangères pour des raisons politiques ne suffit pas à établir l'existence d'une telle immunité en droit. Plus important encore, en s'appuyant sur cette approche fonctionnelle, la Cour va jusqu'à remettre en cause la *raison d'être* de l'immunité *ratione personae*. Le chef de l'État ne bénéficie pas de l'immunité absolue uniquement en raison de ses fonctions ; on considère traditionnellement qu'il en bénéficie parce qu'il personnifie l'État. Les immunités souveraines de l'État sont donc également attachées à la personne du chef de l'État. Le ministre des affaires étrangères ne personnifie en revanche l'État en aucune manière. Il serait donc erroné d'étendre, par analogie, les immunités du chef de l'État au ministre des affaires étrangères. Autrement dit, si les ministres des affaires étrangères peuvent effectivement bénéficier de ces immunités, celles-ci ne peuvent leur être accordées par analogie.

47. Il reste à prouver que ces immunités existent en droit international coutumier. Faute d'éléments de preuve en ce sens, il est difficile de conclure que les ministres des affaires étrangères et les chefs d'État bénéficient des mêmes immunités. La pratique est insuffisante pour pouvoir l'affirmer et dans leur opinion individuelle commune dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal concluent que les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères et d'autres hauts responsables de l'État sont généralement considérées en doctrine comme étant simplement fonctionnelles, thèse qui avait été adoptée par la Commission du droit international dans son projet d'articles sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, et par l'Institut de droit international dans sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international.

48. Même si, en l'état actuel du droit, aucune règle coutumière n'étend l'immunité dont bénéficie le chef de l'État au ministre des affaires étrangères, on peut se demander si la Commission devrait ou non proposer un développement du droit sur la question, en s'appuyant sur la nature des fonctions du ministre des affaires étrangères,

décrite par la Cour dans l'arrêt susmentionné. Il est exact que le ministre des affaires étrangères dirige l'action diplomatique de son gouvernement, le représente sur la scène internationale, dispose des pleins pouvoirs pour agir en son nom et voyage fréquemment dans le cadre de ses fonctions. Toutefois, ces considérations d'ordre politique doivent être replacées dans le contexte de l'émergence de nouvelles valeurs en droit international. Celles-ci, sans remettre en cause le principe de souveraineté et les notions qui en découlent, comme l'immunité, tendent à privilégier l'humanisme juridique et la reconnaissance d'une « société internationale ». Dans ce nouveau système de valeurs, les notions de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes* ont pour fonction d'atténuer les lourdes conséquences de la souveraineté – comme l'impunité susceptible de découler d'une conception trop large de l'immunité –, et M. Nolte a parlé d'« argument tendance ». Une des principales conséquences de cette nouvelle approche est un combat sans merci contre l'impunité et pour la justice et la responsabilité, en particulier en ce qui concerne les crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale.

49. À vrai dire, l'argument du *jus cogens* peut être à double tranchant : on peut se demander si, compte tenu de leur importance cruciale en droit international traditionnel – étant donné qu'elles ont pour objectif de promouvoir les relations interétatiques/bilatérales –, les immunités ne font pas partie du *jus cogens*. M. Tladi en doute car, s'il en était ainsi, cela irait à l'encontre de l'idée même de « traités interdits » développée par Alfred von Verdross dans les années 1930²⁴⁶. Incidemment, si l'on considérait que les immunités font partie du *jus cogens*, il ne faudrait pas oublier que l'immunité elle-même est une limite à la souveraineté, comme la Cour permanente de justice internationale l'a rappelé dans l'arrêt célèbre rendu en l'*Affaire du « Lotus »*.

50. Une fois écartée l'idée que l'immunité peut aussi faire partie du *jus cogens* – idée que M. Tladi rejette –, il est difficile de réfuter l'assertion selon laquelle jusque-là peu d'éléments de la pratique et de l'*opinio juris* vont dans le sens d'une immunité absolue des représentants de l'État autres que le chef de l'État et le chef du gouvernement. Par conséquent, comme l'avait souligné M. Dugard, quelle que soit la voie choisie, la Commission n'échappera pas, compte tenu de la rareté de la pratique, à un certain développement progressif du droit. Contrairement à M. Nolte, M. Tladi ne juge pas utile d'établir à cet égard une distinction tranchée entre *lex lata* et *lex ferenda*. S'il est exact que les valeurs ne deviennent pas nécessairement des règles, les premières doivent être prises en considération dans la formulation des secondes.

51. La Rapporteuse spéciale a évoqué l'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* et se réfère très utilement dans son rapport aux opinions individuelles et dissidentes, importantes en tant qu'« auxiliaire[s] de détermination des règles de droit » conformément à

²⁴⁵ Opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, par. 80.

²⁴⁶ A. von Verdross, «Forbidden treaties in international law: Comments on Professor Garner's report on "The law of treaties"», *American Journal of International Law*, vol. 31, n° 4 (octobre 1937), p. 571 à 577.

l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'affaire en question n'intéresse pas directement le sujet à l'examen, puisqu'elle concerne l'immunité de l'État et non celle de ses représentants. Il est cependant utile de l'examiner. M. Tladi souhaiterait faire plusieurs observations à ce sujet, dont la Rapporteuse spéciale voudra peut-être tenir compte.

52. Premièrement, l'arrêt susmentionné et certaines opinions individuelles ont considéré que la distinction entre *actiones jure imperii* et *actiones jure gestione* était établie en droit. Si l'immunité de l'État, dont l'immunité des représentants de l'État découle, souffre des restrictions que cette distinction entraîne, on comprendrait mal que l'immunité auxiliaire des représentants de l'État n'évolue pas dans le même sens – à cet égard, l'opinion dissidente du juge Yusuf est très éclairante (voir en particulier les paragraphes 21 à 23). Deuxièmement, on conçoit difficilement que le droit international moderne, qui se préoccupe d'humanisme et cherche à éradiquer le fléau des crimes internationaux, autorise des restrictions à l'immunité au nom d'intérêts commerciaux tout en défendant une vision absolue de la souveraineté lorsqu'il s'agit de répondre à des crimes internationaux graves. Troisièmement, il convient d'indiquer que M. Gaja, ancien membre de la Commission et juge ad hoc dans l'affaire susmentionnée, a entrepris une étude de la pratique des États au regard de l'exception délictuelle à l'immunité de l'État. Bien qu'il s'agisse de l'immunité de l'État, la Commission pourrait s'en inspirer pour développer le droit sur le sujet à l'examen, d'autant qu'il n'y a pas de pratique fermement établie. La Commission pourrait aussi s'inspirer de la manière dont la Cour a traité la question de la tension entre le *jus cogens* et les immunités ; et elle ne saurait ignorer l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, ni l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, et les opinions dissidentes des juges Oda, Al-Khasawneh et Van den Wyngaert dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Quatrièmement, M. Tladi voudrait appeler l'attention des membres de la Commission sur le malentendu fréquent selon lequel l'arrêt rendu dans cette dernière affaire suppose que tous les actes commis par une personne jouissant de l'immunité *ratione personae* seraient couverts *ad infinitum*, alors qu'on peut en réalité inférer du paragraphe 61 de l'arrêt que les représentants de l'État, y compris les chefs d'État, peuvent être poursuivis pour des actes non officiels commis dans l'exercice de leurs fonctions une fois qu'ils ont cessé d'exercer celles-ci. Il faudrait tenir compte de cette importante restriction dans les futurs rapports et les projets d'article.

53. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport préliminaire sur un sujet particulièrement important et complexe, qui soulève des questions sensibles et des difficultés d'ordre pratique. Les quatre principales questions de fond que la Rapporteuse spéciale se propose d'aborder sont aussi importantes et délicates les unes que les autres. La Commission doit disposer du temps nécessaire pour les examiner, ainsi que les observations faites par les membres à la séance en cours. Il importe que, dans le cadre de ses travaux, la Rapporteuse spéciale veille à bien distinguer la responsabilité internationale de l'État de la

responsabilité internationale individuelle, essentielle au regard du sujet examiné. Sa démarche consistant à proposer des projets d'article au fur et à mesure de l'examen de chacune des questions posées semble la bonne et il est effectivement trop tôt pour formuler des propositions sur la forme que prendra le résultat des travaux.

54. M. PETER voudrait tout d'abord souhaiter la bienvenue aux participants au Séminaire de droit international. Concernant le sujet à l'examen, il félicite M^{me} Escobar Hernández d'avoir relevé le défi lancé par la Commission en élaborant à bref délai un rapport de transition, dont le nombre de notes de bas de page témoigne d'une analyse déjà approfondie des questions soulevées par le sujet. Puisqu'il s'agit d'un rapport préliminaire, M. Peter n'entrera pas dans le détail des questions posées et s'en tiendra à quelques observations sur le dernier chapitre, relatif au plan de travail, où la Rapporteuse spéciale rappelle que le sujet examiné est inscrit au programme de travail de la Commission depuis six ans et que trois rapports ont été soumis par le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin²⁴⁷. La Rapporteuse spéciale entend semble-t-il ne pas ignorer ces rapports, ce dont il faut se réjouir, mais il serait intéressant d'en savoir davantage sur la manière dont elle compte avancer dans ses travaux, sachant que des questions déjà réglées par le droit international ont été longuement traitées. La Rapporteuse spéciale devrait donc, sans repartir de zéro, se concentrer sur les questions d'actualité de façon à achever les travaux dans le délai prévu et à faire en sorte que ces derniers répondent aux attentes de la communauté internationale.

55. Il serait aussi intéressant de savoir comment la Rapporteuse spéciale envisage de traiter la question du caractère absolu ou limité de l'immunité *ratione materiae* (point 3.3 du plan de travail énoncé au paragraphe 72 du rapport) et de l'immunité *ratione personae* (point 2.3). Il convient d'indiquer à cet égard que des exceptions à la règle générale de l'immunité existent déjà et que la question de l'immunité absolue n'est plus posée, comme l'a rappelé M. Nolte. Il ne faut pas sous-estimer l'importance des principes énoncés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ni celle de nouveaux principes comme la compétence universelle, voire la responsabilité de protéger, qui gagnent rapidement du terrain. Ces principes permettent, dans une certaine mesure, d'apporter des éléments de réponse à la question de l'immunité des représentants de l'État. Alors que la Commission s'interroge sur la question de savoir qui peut bénéficier de l'immunité, des présidents en exercice ou des premiers ministres de certains pays africains en sont privés et sont recherchés dans le monde entier comme n'importe quels autres criminels de droit commun. Ils font l'objet de mandats émis par des juridictions nationales et pas simplement cités à comparaître. Il convient par ailleurs d'appeler l'attention de la Rapporteuse spéciale sur le rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc de l'Union africaine et de l'Union européenne de 2009 sur le principe de compétence universelle²⁴⁸, dont elle devrait tenir compte lorsqu'elle étudiera la question de savoir comment faire en sorte que ce principe soit appliqué de manière plus

²⁴⁷ Voir *supra* la note 228.

²⁴⁸ Conseil de l'Union européenne, document 8672/1/09 Rev.1, annexe, 16 avril 2009 (<http://register.consilium.europa.eu>).

équitable et sans discrimination à l'échelle mondiale. Plus généralement, il importe de savoir dans quelle mesure la Rapporteuse spéciale entend tenir compte des exceptions au principe de l'immunité susmentionnées : la pertinence des travaux et leur utilité pour la communauté internationale en dépendent.

56. M^{me} Escobar Hernández a pu succéder sans heurt au précédent Rapporteur spécial pour le sujet examiné, mais il serait intéressant de savoir quelles règles régissent, de manière générale, la transmission des sujets et leur attribution, et si, une fois qu'un sujet est officiellement inscrit à son ordre du jour, la Commission doit mener les travaux s'y rapportant jusqu'à leur terme ou peut librement décider de les abandonner.

La séance est levée à 12 h 55.

3144^e SÉANCE

Jeudi 12 juillet 2012, à 10 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. A, et A/CN.4/654]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale récemment désignée pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/654).

2. M. PARK souligne que les divergences de vues entre les États à l'égard de l'immunité constituent encore un obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, élaborée par la Commission²⁴⁹ et adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 59/38 du 2 décembre 2004. Contrairement à ce que la Commission espérait, au mois de juillet 2012, seules 13 des 30 ratifications nécessaires à son entrée en vigueur

avaient été enregistrées²⁵⁰. Dans la mesure où une semblable divergence de vues pourrait être constatée à l'égard de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission doit être extrêmement prudente en définissant la direction de ses travaux futurs. Elle devrait d'abord se pencher sur la *lex lata* et étudier la pratique des États, particulièrement leur jurisprudence. Il pourrait être tenu compte de la *lex ferenda* si, de l'avis général, cela se révélait nécessaire. Sous l'angle de cette dernière, l'immunité des représentants pourrait ne pas s'étendre aux crimes internationaux ou aux autres violations graves du droit international.

3. Pour déterminer la portée de l'immunité, la première étape consiste à identifier les personnes qui jouissent de l'immunité *ratione personae*. Étendre l'immunité *ratione personae* aux fonctionnaires de haut rang autres que les membres de la triade [chef d'État, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères] pourrait poser des problèmes majeurs. En effet, chaque État a sa propre structure ministérielle et administrative ; les fonctions d'un représentant dans un État ne correspondent pas toujours à celles de son homologue dans un autre État. Une juridiction de l'État du for, à savoir l'État susceptible d'exercer sa compétence pénale, aurait beaucoup de mal à déterminer si un représentant donné jouit ou non de l'immunité *ratione personae*. Des questions se poseraient inévitablement, comme celle de savoir si c'est la conclusion de l'État du for ou bien celle de l'État de nationalité du représentant qui doit l'emporter, et celle de savoir si l'État du for doit accepter la conclusion à laquelle l'État de nationalité du représentant est parvenue. Étendre l'immunité *ratione personae* au-delà de la triade pourrait également être contraire à la tendance actuelle consistant à limiter l'immunité dans l'intérêt de la communauté internationale.

4. S'agissant de l'immunité *ratione materiae*, la Commission doit rechercher d'éventuelles exceptions à l'immunité des représentants de l'État par une analyse des jurisprudences nationales et internationales. Les arrêts rendus récemment par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives aux *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]* et au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* constituent à cette fin des sources essentielles. La jurisprudence de la Cour pénale internationale n'est pas pertinente pour le sujet, mais les jurisprudences nationales sont d'une grande importance car elles peuvent aider à éclairer d'éventuelles exceptions à l'immunité pénale existant actuellement en droit international général. Si la Commission estime que la pratique des États n'est pas uniforme et cohérente, elle devra alors décider dans quelle mesure il y aurait lieu de tenir compte de la *lex ferenda*.

5. Au sujet du paragraphe 57 du rapport, M. Park indique que la Rapporteuse spéciale semble considérer que l'immunité a pour objet la sauvegarde des principes, valeurs et intérêts de la communauté internationale. Lui-même n'est cependant pas convaincu qu'il en soit ainsi. En droit international positif, la notion d'immunité se

²⁴⁹ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, p. 13 et suiv., par. 28.

²⁵⁰ *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (la version papier de cette publication a été supprimée en août 2011, la version en ligne est actualisée quotidiennement et consultable sur <https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>), chap. III.13.

fonde sur les principes de l'égalité souveraine des États et de la souveraineté territoriale. Son rôle est de permettre à l'État de fonctionner convenablement et de garantir la stabilité des relations internationales. Cela dit, les valeurs et intérêts de la communauté internationale peuvent être envisagés sous l'angle de la *lex ferenda*.

6. Lors de son débat sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial précédent²⁵¹, en 2008, la Commission avait opté pour le terme «représentant» en français (*official* en anglais)²⁵². Cependant, comme la Rapporteuse spéciale l'a suggéré, elle pourrait envisager d'employer un terme qui rende plus clairement compte du fondement de l'immunité *ratione materiae*. Parmi les solutions possibles figurent le terme «agent» retenu par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux²⁵³, l'expression «organe de l'État» retenue dans les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁵⁴, ou encore le terme «fonctionnaire», comme le rappelle la Rapporteuse spéciale.

7. M. Park est d'avis que l'expression «représentant de l'État» convient au sujet à l'examen. La Cour internationale de Justice l'a employée dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2012 dans l'affaire susmentionnée des *Immunités juridictionnelles de l'État*. En terminologie, ce qui compte le plus n'est pas l'appellation mais la définition du terme employé. Il importe donc de préciser ce que la Commission entend par «représentant de l'État» et quelles personnes doivent être incluses dans les différentes catégories de représentants bénéficiant de l'immunité de la juridiction pénale étrangère. L'une des raisons pour lesquelles il faut définir les termes «représentant de l'État» est la nécessité de maintenir un équilibre entre les principes qui sous-tendent l'immunité, à savoir l'égalité souveraine des États et la souveraineté territoriale, le premier étant un élément fonctionnel et le deuxième un élément de représentation.

8. M. GÓMEZ ROBLEDÓ approuve la proposition de la Rapporteuse spéciale de procéder étape par étape tout en délimitant clairement les principaux thèmes à aborder.

9. Toutes les questions qui concernent le régime juridique de l'immunité des représentants diplomatiques et consulaires et celle des représentants envoyés en mission spéciale devraient être considérées comme ne relevant pas du sujet à l'examen. En effet, elles sont déjà traitées, respectivement, par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et la Convention de 1969 sur les missions spéciales. Il reste que ces traités définissent l'essence même de la notion d'immunité et ont intégré plusieurs aspects du droit international coutumier.

²⁵¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601.

²⁵² *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 151, par. 306, voir également le paragraphe 288 (*ibid.*, p. 148 et 149).

²⁵³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 et suiv., consultable sur le site Web de l'Institut (<http://justitiaetpace.org>).

²⁵⁴ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

10. Ce dernier point est intéressant au regard de l'avis de certains selon lequel l'immunité est absolue, ce qui implique de ne lui reconnaître aucune exception et de considérer que c'est la personnification de l'État qui en est bénéficiaire. Or, la représentation de l'État est bien distincte de la personnification de l'État au sens où la souveraineté est assumée par le dirigeant – car, de nos jours, la souveraineté est passée du souverain à la nation.

11. Les traités susmentionnés opèrent un équilibre raisonnable entre la reconnaissance de l'immunité en tant qu'élément essentiel au maintien de relations amicales et à la coopération entre les pays – et par là même à la stabilité des relations internationales –, d'une part, et la reconnaissance de la nécessité de garantir que les auteurs d'une infraction – que ce soit l'État lui-même, l'un de ses représentants ou les deux – sont tenus responsables de leurs actes, d'autre part. Il est donc opportun, en cette phase transitoire de l'examen du sujet par la Commission, d'avoir à l'esprit le but de l'immunité.

12. D'un point de vue contemporain, l'immunité de juridiction repose sur deux présomptions. La première est que l'immunité est avant tout fonctionnelle, en ce qu'elle permet aux États d'agir pleinement en tant qu'États souverains. La législation interne des États relative à l'immunité de leurs représentants ne présente pas d'intérêt aux fins de l'analyse en cours. Ce qui importe, ce sont les éléments qui garantissent la nature fonctionnelle de l'immunité, et donc la stabilité des relations entre les États.

13. La seconde présomption est que l'immunité de juridiction n'est pas absolue et que l'État peut exercer sa compétence à l'égard d'une personne qui en jouit lorsqu'il s'agit d'actes qui constitueraient un crime. Entre ces deux extrêmes se situe un régime qui ne peut se limiter à un exercice *de lege lata* mais doit également inclure une part de *lex ferenda*.

14. Certes, de simples tendances exprimées par la doctrine n'ont pas valeur de règles juridiques. Pourtant, certaines évolutions constatées au cours des quinze dernières années dans la législation et la jurisprudence à la fois internationales et régionales représentent plus que des tendances et pourraient modifier l'interprétation de l'immunité qui était faite auparavant. La nature fonctionnelle de l'immunité est donc en train de devenir la base d'un régime juridique de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère qui n'est pas incompatible avec d'autres principes et valeurs de la communauté internationale en cours d'intégration au droit international, ainsi que la Rapporteuse spéciale l'a souligné à juste titre au paragraphe 58 de son rapport préliminaire.

15. Pour ce qui est de l'immunité *ratione personae*, la Commission doit entreprendre d'identifier les entités autres que la triade qui sont susceptibles de bénéficier de l'immunité. Dans le monde d'aujourd'hui, un ministre du commerce est amené à remplir des fonctions qui relevaient auparavant de la compétence du ministre des affaires étrangères. Il serait donc opportun d'identifier des critères pertinents, plutôt que d'établir une liste exhaustive qui ne résisterait pas à l'épreuve du temps.

16. La question la plus importante est celle de savoir si l'immunité *ratione personae* est absolue ou limitée. Ensuite, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, il serait utile d'examiner ce que l'on entend par «représentant de l'État». Selon M. Gómez Robledo, le critère est de savoir si un acte, ou la responsabilité de celui-ci, peut être attribué ou non à l'État de nationalité du représentant.

17. Enfin, se référant au paragraphe 69 du rapport, qui porte sur les aspects procéduraux de l'immunité, M. Gómez Robledo dit qu'il faudrait identifier les cas dans lesquels l'immunité doit être respectée, peut être invoquée à bon escient ou peut être levée. Si l'objet de l'immunité est de garantir le bon fonctionnement des relations interétatiques, alors c'est précisément dans le cas où les autorités d'un État accueillant un représentant étranger commettent un acte portant atteinte à l'inviolabilité de la personne de ce représentant qu'il importe le plus que la portée et les aspects procéduraux de l'immunité aient été clairement cernés. L'État de nationalité du représentant doit évidemment prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que l'immunité soit pleinement respectée dès que des signes indiquent qu'une procédure judiciaire se prépare.

18. M. MURPHY dit être d'accord avec la proposition de la Rapporteuse spéciale de préparer et de proposer des projets d'article en procédant étape par étape, avec pour objectif d'achever une première lecture du projet au cours du quinquennat. Selon lui, la meilleure méthode consisterait à établir un petit nombre de projets d'article portant sur les questions essentielles plutôt qu'un grand nombre de projets énonçant des règles détaillées sur tous les aspects du sujet.

19. M. Murphy pense aussi, comme la Rapporteuse spéciale, qu'il ne sert à rien de décider *ab initio* si le projet doit être envisagé sous l'angle de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*. Comme cela est le cas pour l'ensemble des travaux de la Commission, le projet contiendra certainement des éléments des deux. M. Murphy s'accorde à dire avec la Rapporteuse spéciale qu'il serait opportun d'examiner d'abord la *lex lata* afin de voir s'il existe une pratique étatique bien établie et de voir ensuite s'il convient ou non de réorienter les travaux.

20. Il est important de maintenir la portée actuelle du sujet. Comme l'a dit la Rapporteuse spéciale, celui-ci n'inclut pas les questions se rapportant à l'immunité de la juridiction pénale internationale, ou à l'immunité d'un fonctionnaire de la juridiction de son État de nationalité, ou à l'immunité de la juridiction civile d'un État tiers.

21. S'il est nécessaire que le sujet tienne compte des immunités telles qu'elles existent dans les relations conventionnelles, son objet est néanmoins d'identifier les règles applicables du droit international coutumier et non pas du droit conventionnel. Les règles coutumières n'interdisent pas aux États de prévoir, dans leur droit interne, une immunité plus large que celle qui est exigée par le droit international. La Commission a pour tâche non pas d'examiner si le droit international exige d'un État qu'il exerce sa compétence pénale dans certaines circonstances, mais plutôt d'examiner si un État qui choisit d'exercer sa compétence pénale doit néanmoins accorder l'immunité au représentant concerné.

22. La Rapporteuse spéciale devrait maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* dans son approche méthodologique – ce qu'elle semble d'ailleurs vouloir faire, ainsi qu'il ressort des paragraphes 54 à 58 de son rapport. M. Murphy pense, comme elle, que les deux types d'immunité ont le même objet général, qui est de garantir que les fonctions de représentation ou autres fonctions d'autorité publique puissent s'exercer continûment et que les relations internationales demeurent stables. Selon lui, l'existence de ces immunités découle largement de l'idée plus générale que les États bénéficient communément de l'immunité de la juridiction nationale d'États tiers, tant par leur propre immunité que par celle de leurs représentants, hormis lorsque certaines exceptions s'appliquent. Cela ne signifie pas que l'immunité de l'État et l'immunité des représentants soient identiques, mais, pour M. Murphy, elles se fondent toutes deux sur la présomption que, au regard du droit international coutumier, il est délicat pour un État de juger un autre État devant ses juridictions nationales, puisque cela implique non seulement l'individu mais également l'autre État. Comme la Cour internationale de Justice l'a dit dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2008 dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la revendication de l'immunité d'un représentant de l'État est, au fond, une revendication de l'immunité de l'État lui-même, dont le représentant bénéficie. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'un État peut lever l'immunité de son représentant, celle-ci ayant pour objet de protéger l'État et non pas le représentant.

23. Pour ce qui est de l'immunité *ratione personae*, il semble que le droit international coutumier accorde, pendant la durée de leur mandat, l'immunité aux trois membres de la triade et pas seulement au chef d'État et au chef de gouvernement. Une telle immunité a pour avantage essentiel qu'elle permet à un nombre limité de hauts représentants de l'État d'entretenir sans entrave des relations interétatiques. Il est donc d'autant plus justifié qu'elle bénéficie également au ministre des affaires étrangères en exercice, dont le travail est de promouvoir les relations entre les États, et qui se rend dans le for d'autres juridictions plus souvent que ne le font le chef d'État ou le chef de gouvernement.

24. Que l'immunité s'applique aux trois membres de la triade est en ligne avec le raisonnement que la Cour internationale de Justice a tenu dans son arrêt de 2002 rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans lequel elle a déclaré que tous trois bénéficiaient de la pleine immunité civile et pénale le temps de leur mandat. Bien qu'elle n'ait pas utilisé l'expression «immunité *ratione personae*», il semble que la Cour ait voulu se référer à ce type d'immunité en insistant sur le statut du ministre des affaires étrangères «en exercice» et non pas sur la conduite de ce ministre mise en cause en l'espèce, et en précisant que la situation était différente après que le ministre a quitté ses fonctions. Le fait de considérer que les trois membres de la triade bénéficient de l'immunité va également dans le sens de l'arrêt rendu en 2006 par la Cour en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*. Ce raisonnement

semble également être celui que retiennent généralement les juridictions nationales.

25. Passant à la question de savoir si l'immunité *ratione personae* s'étend, en droit international coutumier, à d'autres hauts fonctionnaires pendant la durée de leur mandat, M. Murphy note que la pratique actuelle des États et les jurisprudences nationales semblent la limiter à la triade. En outre, l'immunité *ratione personae* est une immunité très étendue, qui porte sur les actes aussi bien de la vie publique que de la vie privée ; il est donc nécessaire de se montrer prudent avant d'élargir la liste des bénéficiaires et de risquer de provoquer par là même les frictions entre États que les règles de l'immunité cherchent précisément à prévenir. Enfin, en partant du principe que l'auteur présumé de faits délictueux doit être présent sur le territoire de la juridiction étrangère, l'immunité des représentants de l'État ne faisant pas partie de la triade pourrait relever d'autres régimes, comme celui de l'immunité accordée dans le cadre de missions spéciales.

26. Cependant, au paragraphe 51 de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice parle de «certaines personnes occupant un rang élevé [...], telles que» les membres de la triade, ce qui sous-entend que d'autres personnes seraient concernées. Si l'intérêt principal de l'immunité *ratione personae* est de permettre à certains fonctionnaires en poste d'exercer librement des fonctions de représentation sur la scène internationale, et si de telles fonctions sont régulièrement remplies par des ministres autres que le ministre des affaires étrangères, il convient peut-être alors de considérer que l'immunité *ratione personae* s'étend à un nombre limité d'autres hauts représentants. Le problème est de savoir comment les identifier. Même si on peut envisager d'opter pour le critère de la fonction, en retenant notamment le ministre de la défense ou du commerce, une telle démarche peut poser des problèmes en raison des différences de noms et de fonctions ministérielles à travers le monde. Au paragraphe 53 de l'arrêt susmentionné, la Cour décrit le ministre des affaires étrangères comme quelqu'un qui représente l'État dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales, et explique que son immunité est nécessaire «pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions». Les raisonnements tenus aux paragraphes 51 et 53 de cet arrêt pourraient être combinés, de sorte que l'immunité *ratione personae* s'applique à la triade et aux «personnes occupant un rang élevé dans l'État» lorsque cela se révèle nécessaire pour leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte de l'État qu'elles représentent.

27. Ainsi que la Rapporteuse spéciale l'indique à juste titre au paragraphe 62 de son rapport, l'immunité *ratione personae* s'applique à tous les actes de son bénéficiaire, qu'ils soient accomplis à titre officiel ou privé. Le raisonnement qui sous-tend cette affirmation est exprimé par la Cour internationale de Justice au paragraphe 55 de l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Une question importante qui se pose est celle de savoir si, lorsque la levée de l'immunité n'est pas décidée par l'État de nationalité du représentant concerné ou n'est pas prévue par une convention donnée, il peut exister malgré tout des exceptions à l'immunité *ratione personae*,

notamment en cas d'allégations de crimes internationaux graves. La Cour a traité de cette question aux paragraphes 56 à 58 de sa décision dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* et, à l'issue d'un examen attentif de la pratique des États, a conclu que de telles exceptions n'existaient pas en droit international coutumier.

28. L'opinion individuelle commune exprimée par M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* a suscité beaucoup d'attention. Ces juges ont pourtant souscrit aux conclusions de la Cour sur l'immunité, y compris en ce qui concerne l'absence d'exception à la règle accordant l'immunité à un ministre des affaires étrangères en exercice. De fait, la majorité des juges se sont accordés à dire qu'un ministre des affaires étrangères en exercice bénéficiait de l'immunité même lorsqu'il lui était reproché d'avoir commis de graves crimes internationaux. Des trois juges ayant voté contre la conclusion sur l'immunité, l'un – M. Oda – a essentiellement justifié sa position sur les critères de recevabilité de l'affaire et s'est contenté de déclarer que le droit international coutumier n'était pas clair s'agissant de l'immunité. On peut dire que seuls M. Al-Khasawneh et M^{me} Van den Wyngaert, juges ad hoc, se sont nettement opposés au constat de la Cour selon lequel il n'existe pas d'exception à la règle de l'immunité en cas de crime international grave.

29. Pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*, le droit international coutumier semble en faire bénéficier un représentant de l'État pour les actes accomplis à titre officiel, aussi bien pendant la durée de son mandat qu'après celui-ci. Cependant, cette immunité ne s'étend pas aux actes qui ne sont pas accomplis à titre officiel, ni à ceux qui sont antérieurs à la prise de fonctions. M. Murphy s'accorde à dire avec la Rapporteuse spéciale qu'il est nécessaire d'examiner soigneusement la relation entre les règles sur la responsabilité de l'État et les règles sur l'immunité des représentants de l'État pour déterminer si un représentant a agi ou non à titre officiel. La Cour internationale de Justice a établi un lien entre l'invocation par l'État de l'immunité et sa responsabilité pour une action donnée lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, qu'un État qui signifie à une juridiction étrangère qu'elle ne peut pas, en raison du principe de l'immunité, engager de procédure judiciaire à l'encontre de ses organes, assume la responsabilité de tout acte internationalement illicite que ceux-ci auraient commis.

30. Il est raisonnable de se demander si un acte criminel reproché au représentant d'un État peut être attribué à celui-ci, au titre de la responsabilité de l'État. Si la réponse est non, l'acte du représentant ne peut donc pas être considéré comme un «acte officiel» et il ne devrait pas y avoir immunité *ratione materiae*. Pour examiner cette question, et afin de garantir la cohérence entre les différents domaines d'application de l'immunité, la Rapporteuse spéciale pourrait se pencher sur la manière dont les actes officiels sont traités dans le contexte des immunités diplomatiques, consulaires et autres, en comparaison avec les règles sur la responsabilité de l'État.

31. Si l'acte en question peut être attribué à l'État, il y a alors au moins trois possibilités, que la Rapporteuse

spéciale pourrait examiner dans ses travaux futurs. La première est que l'acte est en soi un « acte officiel », ce qui signifie que le représentant bénéficie dans tous les cas de l'immunité *ratione materiae*. La deuxième est que l'acte est en soi un « acte officiel » mais qu'il existe certaines circonstances exceptionnelles justifiant le refus de l'immunité *ratione materiae*, par exemple si l'acte constitue un crime international grave. La troisième est que l'acte puisse être attribué à l'État mais sans que cela indique en soi qu'il s'agit d'un « acte officiel » aux fins de l'immunité *ratione materiae*, ce qui suppose de se fonder sur un autre critère, relevant éventuellement d'un autre domaine du droit international régissant l'immunité.

32. Sur la question de savoir si les crimes internationaux graves devraient être considérés, en droit international coutumier, comme des actes qui, de par leur nature, ne sauraient être accomplis « à titre officiel », M. Murphy relève que M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, dans leur opinion individuelle commune en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, ont constaté une tendance en ce sens. Ils ont cependant employé des termes prudents pour qualifier cette tendance, expliquant que l'on affirmait « de plus en plus » que les crimes internationaux graves ne pouvaient pas être considérés comme des actes officiels, mais que cette idée ne trouvait son expression que progressivement dans la pratique des États. Puisque la Cour n'a pas traité de cette question dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* ni dans une quelconque autre affaire, M. Murphy encourage la Rapporteuse spéciale à le faire, bien qu'il estime quelque peu étrange de qualifier les crimes internationaux graves d'actes ne constituant pas, par définition, des « actes officiels ». Les tribunaux pénaux internationaux, parmi lesquels la Cour pénale internationale, semblent présupposer que les crimes internationaux graves sont accomplis, ou du moins peuvent l'être, « à titre officiel ». En effet, l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale a pour objet de faire obstacle à l'immunité attachée à la « qualité officielle » des personnes. En outre, l'idée que des représentants de l'État qui participent à un génocide ou à des crimes contre l'humanité ne commettent pas des actes « officiels » donne l'impression que l'on minimise le rôle de l'État, comme si ces représentants étaient des renégats ayant subitement décidé de se livrer, à titre privé, à des actes répréhensibles. Ainsi, s'il était décidé de codifier une exception à l'immunité dans ce domaine, il serait peut-être préférable de qualifier les crimes internationaux graves d'actes « potentiellement officiels » tout en refusant l'immunité à leurs auteurs.

33. Une autre question qui se pose est celle de savoir si, en application du droit international coutumier, on ne considère pas ceux qui auraient commis des crimes graves, même à titre officiel, comme n'ayant pas droit à l'immunité *ratione materiae* devant les juridictions pénales internes. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a jugé qu'en vertu du droit international coutumier la question de savoir si un État devait bénéficier ou non de l'immunité ne dépendait ni de la gravité de l'acte dont il était accusé ni du caractère impératif de la règle qu'il n'aurait pas respectée. Même si la Cour a souligné, au paragraphe 91 de l'arrêt, qu'elle se prononçait uniquement sur l'immunité de l'État lui-même et non pas sur l'immunité de son représentant, les grandes

lignes de son raisonnement sont intéressantes à plusieurs égards pour les travaux de la Commission sur le sujet.

34. Premièrement, la Cour a estimé qu'il serait problématique d'écarter l'immunité de l'État face à une allégation de crime international grave car cela pourrait inciter une partie à formuler habilement des accusations dans le seul but de nier l'immunité. La Cour dit en substance que le fait de permettre à une procédure de suivre son cours dès lors que des actes odieux sont allégués priverait le régime des immunités d'une grande partie de son objet étant donné qu'il ne protégerait plus l'État de l'action des juridictions internes. On pourrait appliquer le même raisonnement aux immunités des représentants de l'État. Le problème des « plaidoiries artificieuses » se pose cependant à chaque fois que les immunités sont limitées : un avocat astucieux peut toujours ajuster des allégations à tout motif d'exception existant. La solution ne consiste pas forcément à nier l'existence d'une exception à l'immunité, mais plutôt à demander au procureur de démontrer qu'à première vue le représentant ne bénéficie pas de l'immunité, et permettre ainsi au tribunal d'écarter les accusations qui seraient dépourvues de fondement.

35. Deuxièmement, s'agissant du *jus cogens*, la Cour a conclu qu'une allégation de violation d'une norme impérative ne modifie pas les règles existantes concernant l'immunité de l'État de la juridiction nationale, et qu'une règle de *jus cogens* et une règle d'immunité visent deux questions distinctes et ne sont donc pas en conflit. Un acte peut être fondamentalement illicite en vertu d'une règle de *jus cogens*, mais cela ne signifie pas, d'un point de vue procédural, que cet acte illégal puisse être porté devant une juridiction nationale. Là encore, le même raisonnement semble pouvoir s'appliquer à l'immunité des représentants de l'État et, si tel est le cas, on peut écarter les arguments avancés par Lord Millet dans l'affaire *Pinochet* (n° 3), par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Lozano c. Italie* et par les juges dissidents dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, à supposer qu'une règle de *jus cogens* l'emporte sur l'immunité *ratione materiae*, elle devrait en toute logique également l'emporter sur l'immunité *ratione personae* – or cette position semble peu partagée.

36. Troisièmement, la Cour n'a pas jugé qu'il fût opportun d'écarter l'immunité de l'État chaque fois que cela s'avérerait nécessaire pour engager la responsabilité. Elle n'a constaté aucun élément démontrant que le droit de l'État à l'immunité était subordonné à l'existence de juridictions autres que nationales devant lesquelles demander réparation. De la même manière, les représentants de l'État ne devraient pas être privés de l'immunité à laquelle ils ont droit devant les juridictions internes pour la simple raison qu'il pourrait être difficile de les poursuivre devant d'autres juridictions. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, les trois juges ayant exprimé une opinion individuelle commune ont également retenu cette position, ainsi qu'il ressort du paragraphe 79 de ce texte. Bien évidemment, la reconnaissance de l'immunité *ratione materiae*, même face à des allégations de crimes graves, n'aboutit pas nécessairement à l'impunité. Un représentant peut être poursuivi dans son propre État ; l'État peut lever l'immunité au cas par cas ou en vertu de dispositions

conventionnelles ; ou bien l'immunité peut ne pas s'appliquer dans le cadre de poursuites engagées devant une juridiction pénale internationale.

37. Quatrièmement, pour ce qui est de la méthode retenue, la Cour a choisi essentiellement d'examiner la pratique des juridictions nationales, et elle n'y a trouvé aucun élément permettant de dire que l'immunité de l'État pourrait être limitée en fonction de la gravité de la violation. Autrement dit, elle est partie du principe que l'immunité de l'État existait, puis a recherché dans la pratique des États une exception à cette immunité. La Commission pourrait procéder de même à l'égard de l'immunité *ratione materiae*. La Rapporteuse spéciale devrait étudier soigneusement la pratique des juridictions nationales en matière d'immunité *ratione materiae*, en tenant compte des recherches effectuées par M. Kolodkin et le Secrétaire, ainsi que de toute évolution ultérieure. Par exemple, les affaires où l'immunité n'a pas été invoquée ou a été levée par l'État dont un ancien représentant était poursuivi par une juridiction étrangère pour des violations graves du droit international n'étaient guère l'existence d'une règle selon laquelle l'immunité *ratione materiae* serait refusée pour de tels actes.

38. S'il n'existe pas de pratique étatique établie, on voit peut-être émerger une tendance en faveur d'une nouvelle règle, *de lege ferenda*, en vertu de laquelle l'immunité *ratione materiae* serait refusée lorsqu'un représentant est accusé d'un crime international grave. Il s'agit là d'une question de politique juridique, où il faut concilier le risque de nuire aux relations amicales entre États et la volonté de ne pas laisser les auteurs de crimes odieux impunis. Afin d'assurer un équilibre entre ces deux facteurs, toute nouvelle règle éventuelle pourrait être limitée à divers égards. Elle pourrait par exemple prévoir que seul l'État dans lequel le crime a été commis ou dont les nationaux ont été victimes peut refuser l'immunité, ou qu'un État ne peut refuser l'immunité que si l'auteur est physiquement présent ou si le ministre de la justice ou un fonctionnaire équivalent de l'État a autorisé les poursuites. Cependant, plusieurs des questions que soulève l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* sembleraient militer contre la reconnaissance de l'existence d'une nouvelle règle : par exemple, la nécessité d'éviter des divergences entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants, qui feraient qu'un État pourrait ne pas être tenu responsable du préjudice causé par des crimes internationaux graves alors que son représentant pourrait faire l'objet de poursuites pénales pour les mêmes crimes.

39. M. Murphy s'accorde à dire avec la Rapporteuse spéciale que les aspects procéduraux de l'immunité doivent constituer un élément des travaux sur le sujet et que nombre de ceux que M. Kolodkin a déjà étudiés dans son troisième rapport²⁵⁵ ne donnent pas lieu à controverse. Enfin, il devrait être possible d'élaborer un régime procédural unique, même s'il pourrait être nécessaire d'introduire une différenciation dans le traitement final des questions de fond. S'il comprend que la Rapporteuse spéciale préfère traiter d'abord des questions de fond pour n'aborder qu'ensuite les questions de procédure, M. Murphy estime que certains points de procédure, comme l'étendue du

pouvoir discrétionnaire dont jouit un procureur, peuvent favoriser la recherche d'un consensus sur les questions de fond s'ils sont résolus à un stade précoce.

40. M. TLADI dit que deux points soulevés dans l'exposé très intéressant de M. Murphy méritent clarification. Premièrement, s'il a bien compris, il semblerait qu'en vertu du droit international coutumier la triade jouisse de l'immunité *ratione personae*. Cet argument semble se fonder partiellement sur l'idée qu'il faut présumer l'existence de l'immunité *ratione personae* et démontrer ensuite l'existence d'exceptions à celle-ci. Même si cette hypothèse ne lui pose pas de problème particulier, M. Tladi attire l'attention sur le fait qu'une présomption générale d'immunité ne signifie pas nécessairement que tous les membres de la triade bénéficient de l'immunité *ratione personae*.

41. Deuxièmement, M. Murphy a rappelé à juste titre que seuls les juges Al-Khasawneh et Van den Wyngaert avaient constaté des exceptions à l'immunité en droit international coutumier dans leurs opinions dissidentes en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Même si, dans leur opinion individuelle commune, M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal affirment quant à eux n'avoir pas constaté de telles exceptions, il convient de rappeler que leur désaccord portait non pas sur l'immunité *ratione personae*, mais sur l'immunité *ratione materiae*. Ils ont en effet examiné la question de savoir si la commission de crimes internationaux graves constituait un acte officiel précisément parce qu'ils considéraient que les ministres des affaires étrangères devaient jouir de l'immunité *ratione materiae*.

42. M. KAMTO dit que, tout en reprenant à son compte les observations de M. Tladi, il souhaite souligner que l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* n'a pas clairement défini la portée temporelle de l'immunité, autrement dit la question de savoir si l'immunité d'un représentant de l'État ne produit ses effets que pendant la durée du mandat ou si elle continue à s'appliquer par la suite. Il est difficile de dire si l'allusion, dans l'arrêt, à l'«immunité absolue» se rapporte à l'immunité *ratione materiae* ou à l'immunité *ratione temporis*.

43. M. Murphy a cité l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il ressort clairement de cette disposition que la qualité officielle n'exonère pas une personne de sa responsabilité pénale. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 27,

[L]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

Ainsi, lorsqu'un chef d'État ou un ministre des affaires étrangères commet une infraction, l'immunité dont ils bénéficient en leur qualité de représentant de l'État ne s'applique plus.

44. M. PETRIČ dit que, dans une certaine mesure, il partage le point de vue de M. Tladi sur la triade. S'il n'est pas en désaccord avec les commentaires de M. Murphy, il estime cependant qu'il ne faut pas oublier que l'immunité *ratione personae* est liée non pas à la fonction mais à la

²⁵⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646.

qualité du représentant, qui personnifie la souveraineté de l'État. La Commission devrait par conséquent donner une définition très étroite de l'immunité *ratione personae*.

45. M. SABOIA dit que le rapport préliminaire soigneusement élaboré par la Rapporteuse spéciale constitue un bon point de départ pour un examen approfondi du sujet complexe qu'est l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Il permettra à la Commission de s'inspirer des propositions des rapports antérieurs auxquelles elle a amplement souscrit, tout en explorant des voies qui permettraient d'aller au-delà de l'approche strictement *de lege lata* qui était celle du Rapporteur spécial précédent. Les aspects techniques des rapports de M. Kolodkin ont dans l'ensemble été bien accueillis, mais ses résumés et conclusions n'ont pas été débattus ni adoptés; la Rapporteuse spéciale n'est donc aucunement liée par eux.

46. Il existe un consensus pour dire qu'il est utile de distinguer l'immunité *ratione personae* de l'immunité *ratione materiae*, qui ont toutes deux le même objet, à savoir sauvegarder les principes, valeurs et intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Cependant, plusieurs questions juridiques restent ouvertes. M. Saboia reconnaît que, compte tenu des différences entre les deux sortes d'immunité, mettre en place des régimes juridiques distincts pour l'une et l'autre permettrait d'éviter la confusion et les zones d'ombre. Il s'accorde également à dire avec la Rapporteuse spéciale que, étant donné que les deux catégories d'immunité ont essentiellement une justification fonctionnelle, la Commission devrait se concentrer sur l'élément clef de la fonctionnalité.

47. M. Saboia n'est pas d'accord avec les membres qui désapprouvent l'approche consistant à tenir compte des valeurs de la communauté internationale et des tendances du droit international. Le droit n'existe pas dans le vide: son objet est de préserver et de promouvoir les valeurs importantes pour la société, y compris celle de la justice. Le principe *pacta sunt servanda* est un exemple de règle découlant d'une valeur morale. Les tendances ne devraient pas non plus être méconnues, d'autant plus que les exceptions à l'immunité ne sont pas nouvelles. Lorsque la Commission a rédigé le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité²⁵⁶, elle y a consacré un article – l'article 7 – à la responsabilité pénale individuelle des représentants, y compris des chefs d'État, pour la commission des crimes énumérés dans ce même instrument. De la même manière, lorsqu'elle a formulé les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal («Principes de Nuremberg»)²⁵⁷, elle y a inclus un principe relatif à la responsabilité des chefs d'État pour la commission de crimes internationaux graves (Principe III).

48. Les faits nouveaux, comme la création de tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale, l'intérêt croissant manifesté pour une clarification de la nature et du contenu de la compétence universelle, et la

reconnaissance croissante de la coexistence et du caractère complémentaire de la responsabilité universelle des États et de la responsabilité pénale des individus ne devraient pas être méconnus. Lors d'un cours donné à l'Académie de droit international de La Haye, M. Cançado Trindade²⁵⁸, devenu depuis lors juge à la Cour internationale de Justice, a expliqué que les crimes internationaux graves étaient le plus souvent planifiés et commis sous le commandement de l'appareil d'État et que les éléments d'intention et de culpabilité de la part d'individus et de l'État rendaient donc ces deux parties responsables sur le plan pénal. Comme Hans Kelsen et Sir Elihu Lauterpacht, il était d'avis que le cloisonnement des régimes de responsabilité constituait un obstacle à la réalisation de la justice.

49. Lors du débat sur le sujet à l'examen, il a beaucoup été question des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et des *Immunités juridictionnelles de l'État*. Les opinions individuelles ou dissidentes associées à ces deux arrêts contiennent d'importants éléments d'*opinio juris* faisant état de tendances naissantes en droit international, qui devraient aussi être prises en compte. Une autre affaire importante, à laquelle le juge Cançado Trindade se réfère dans son opinion dissidente en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, est l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. Si la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'immunité du Koweït, le vote a été très serré; en effet, dans leur opinion dissidente commune, sept juges ont souscrit à ce qui suit:

En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative²⁵⁹.

50. Même si la plupart des tendances et évolutions rapides que l'on constate dans le droit et dans la pratique des Nations Unies ont un fondement politique, elles ont nécessairement un effet sur le droit international. Par exemple, la notion de responsabilité de protéger et son application par le Conseil de sécurité ont entraîné la prise de décisions au titre du Chapitre VII de la Charte²⁶⁰, décisions contraignantes à l'égard de tous les pays, qui autorisent l'emploi de la force, la mise en place de zones d'exclusion aérienne et l'application aux États ainsi qu'aux chefs d'État ou de gouvernement de sanctions telles que le gel de leurs avoirs et l'interdiction de se déplacer à l'étranger. Ces mesures répondent à ce qui est jugé comme une nécessité d'intervenir d'urgence pour faire face à des violations massives et systématiques des droits de l'homme qui non seulement menacent la sécurité internationale, mais constituent également des crimes internationaux inacceptables. De telles mesures démontrent par ailleurs un élargissement excessif des compétences du Conseil de sécurité, par contraste avec la lenteur à laquelle l'Assemblée générale adopte des instruments de droit international. À moins que la portée

²⁵⁸ Voir A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium I et II, Recueil des cours...*, vol. 316 et 317 (2005).

²⁵⁹ Opinion dissidente commune à MM. les juges Rozakis et Caffisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et M^{me} Vajić, juges, par. 1, et à laquelle a souscrit le juge Loucaides.

²⁶⁰ Voir notamment les résolutions 1970 (2011) du 26 février 2011 (préambule) et 1973 (2011) du 17 mars 2011 (par. 9).

²⁵⁶ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

²⁵⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, par. 95 à 127. Le texte des Principes de Nuremberg est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

du droit international ne soit étendue de sorte que l'on puisse, en vertu de celui-ci, répondre à de tels enjeux et empêcher ou réprimer les crimes graves qui concernent la communauté internationale, les interventions continueront à être dictées par des impulsions politiques souvent inadaptées ou sélectives.

51. Pour ce qui est des questions soulevées dans le rapport préliminaire, M. Saboia dit qu'il n'est pas favorable à un élargissement de la triade à d'autres personnes et que, selon lui, la liste des individus bénéficiant de l'immunité devrait être strictement définie. Lorsque d'autres hauts représentants se déplacent à l'étranger, c'est en général en une qualité qui leur permet de bénéficier des immunités accordées aux chefs et membres de missions spéciales.

52. M. Saboia approuve les exceptions à l'immunité *ratione personae* de la triade, ou de représentants de rang moins élevé qui en bénéficieraient également, qui sont envisagées au paragraphe 64 du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale pour les crimes graves touchant la communauté internationale. En même temps, il est nécessaire d'éviter que des hauts fonctionnaires et représentants d'un État souverain ne puissent être exposés, dans un État tiers, à des poursuites pénales vexatoires ou fondées sur des motifs politiques. Des seuils élevés doivent donc être fixés pour la présomption de preuve contre l'auteur présumé. Il serait également souhaitable de consulter des sources telles que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et les statuts d'autres tribunaux internationaux, ainsi que les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet²⁶¹, pour voir quelles garanties prévoient ces textes, même si ce serait une gageure que de faire respecter de telles garanties par des juridictions étrangères.

53. La Commission devrait tenter de donner du cercle de représentants bénéficiant de l'immunité *ratione materiae* une définition plus restrictive que celle qu'a proposée le précédent Rapporteur spécial dans ses rapports. Les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁶² peuvent donner des indications en ce sens. Si l'article 4 donne une définition très large des organes d'un État, l'article 5 introduit plus de restrictions à l'égard des personnes ou des entités qui exercent certains aspects de la puissance publique. Les expressions «pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité» et «prérogatives de puissance publique» pourraient servir de point de départ pour limiter les catégories de représentants ayant droit à l'immunité *ratione materiae*. L'expression «prérogatives de puissance publique» pourrait également servir à cerner certains éléments de la définition de l'«acte officiel», laquelle, à son tour, permettrait de limiter les catégories d'actes auxquels il est possible d'opposer l'immunité *ratione materiae*.

54. M. Saboia est favorable au plan de travail, complet et substantiel, qui est proposé au dernier chapitre du rapport, ainsi qu'à la méthode consistant à procéder étape par étape, proposée au paragraphe 75. Dans un premier temps, il serait peut-être souhaitable que la Commission

envisage l'examen du sujet sous l'angle de la *lex lata*, mais une analyse *de lege ferenda* est également essentielle et contribuera à un résultat plus équilibré, en ligne avec le double mandat confié à la Commission, à savoir codifier et développer progressivement le droit international.

55. M. WISNUMURTI dit que la démarche, nouvelle sur le plan de la méthode et des principes, que propose la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire aidera la Commission à trouver un terrain d'entente et à progresser.

56. Au sujet de certaines des questions soulevées dans le rapport, M. Wisnumurti dit qu'il serait futile de se lancer dans un débat sur la question de savoir s'il convient d'examiner le sujet sous l'angle de la *lex lata* ou sous celui de la *lex ferenda*, ou bien s'il faut envisager les deux. Il serait logique que la Commission poursuive ses travaux sur la codification, mais elle ne devrait cependant pas méconnaître le développement progressif et la nécessité, pour la communauté internationale, de promouvoir la paix et la justice en luttant contre l'impunité. La mesure et la prudence sont toutefois essentielles dans un domaine si sensible politiquement.

57. Pour ce qui est de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, il faudrait établir une distinction claire entre l'immunité attachée à la personne et l'immunité attachée à la fonction, et élaborer un régime juridique distinct pour chacune. Un traitement différencié permettra à la Commission de percevoir clairement la nature respective et de rédiger plus facilement des projets d'articles y afférant. M. Wisnumurti est également d'avis que l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* ont un lien fonctionnel avec l'objectif général consistant à sauvegarder les principes et valeurs de la communauté internationale – même s'il est nécessaire de se montrer prudent sur le sens de cette expression; une interprétation large pourrait être contre-productive. Selon lui, l'expression vise précisément la nécessité pour la communauté internationale de lutter contre l'impunité.

58. Un autre point sur lequel la Commission devrait se pencher est le lien entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale des individus. La définition de l'«acte officiel» et l'attribution de cet acte à l'État revêtent à cet égard une importance décisive. Les éléments mentionnés au paragraphe 60 du rapport doivent être pris en compte lors de l'examen de la notion d'«acte officiel» et du lien de celle-ci avec la responsabilité étatique.

59. Quant à la liste de personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, il ressort du droit international coutumier que cette immunité est attribuée aux chefs d'État et de gouvernement ainsi qu'au ministre des affaires étrangères. M. Wisnumurti est en désaccord avec ceux qui ne reconnaissent pas l'immunité personnelle au ministre des affaires étrangères, car celui-ci, en tant que plus haut représentant de l'État chargé des affaires étrangères, représente son pays, et l'immunité personnelle lui est essentielle pour l'accomplissement de ses fonctions. M. Wisnumurti doute par contre qu'il soit nécessaire d'étendre l'immunité personnelle à des hauts fonctionnaires en dehors de la triade.

²⁶¹ Voir *supra* la note 238.

²⁶² Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

60. La question de savoir si l'immunité *ratione personae* est absolue ou limitée est plus délicate. En effet, il faut décider si les limitations de l'immunité personnelle ou les exceptions à celle-ci devraient s'appliquer en cas d'actes contraires au *jus cogens* et si une exception devrait s'appliquer aux chefs d'État et de gouvernement pendant la durée de leur mandat, au-delà de leur mandat, ou dans les deux cas. Si des exceptions sont nécessaires pour lutter contre l'impunité, il importe aussi de tenir compte de la nécessité de préserver la stabilité des relations internationales et de garantir un juste équilibre entre ces deux exigences.

61. La question de savoir si l'immunité *ratione materiae* est passible d'exceptions ou de limitations est aussi une controverse qu'il convient de régler. La proposition de reconnaître une exception à l'immunité *ratione materiae* a emporté plus de soutien que celle de reconnaître une exception à l'immunité *ratione personae*. La Commission devra étudier la portée de l'immunité fonctionnelle ainsi que la définition des termes «représentant» et «acte officiel». Elle devra en même temps décider si une seule série de règles procédurales doit s'appliquer à l'immunité personnelle et à l'immunité fonctionnelle ou s'il en faut deux distinctes. Enfin, le plan de travail proposé au paragraphe 72 du rapport aidera la Commission à progresser dans ses travaux sur le sujet et guidera la Rapporteuse spéciale dans l'élaboration de son prochain rapport.

62. M. HASSOUNA dit que le rapport préliminaire, bien que concis, est clair et complet. La Rapporteuse spéciale a déclaré son intention de s'appuyer sur les travaux de M. Kolodkin. Ce dernier, bien que sa démarche fût parfois subjective, s'est toujours montré ouvert et mérite la reconnaissance de la Commission pour son importante contribution. Pour ce qui est de la manière d'aborder le sujet, M. Hassouna partage l'avis, fréquemment exprimé lors des débats de la Commission et de la Sixième Commission, selon lequel il convient de trouver un équilibre entre la nécessité de respecter le principe de l'immunité et celle de l'exclure en cas de crimes graves au regard du droit international.

63. Les points de désaccord identifiés dans le rapport et le plan de travail sont des questions clés sur lesquelles il faudra se pencher afin que les travaux sur le sujet soient complets. Établir des régimes distincts pour l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* pourrait aider à lever l'incertitude qui persiste quant aux bénéficiaires et à la portée des deux types d'immunité. Il est également important de définir la notion d'«acte officiel»; cela aussi permettra de clarifier la portée des deux types d'immunité. Une analyse de la manière dont un «acte officiel» est attribué à un État clarifiera le lien entre immunité et responsabilité étatique. À cet égard, il serait utile de mettre en lumière d'éventuels liens avec les travaux de la Commission visant à promouvoir la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Aux fins de cette convention, les représentants d'un État agissant en leur qualité officielle sont assimilés à l'État lui-même. Comme l'explique le commentaire de la disposition pertinente (art. 2, par. 1, al. b iv), l'expression «à ce titre» a pour objet de préciser que les immunités sont accordées

ratione materiae aux représentants de l'État à des fins de représentation²⁶³.

64. Pour ce qui est de la définition de l'«acte officiel», le rapport suggère qu'il pourrait être utile à la Commission d'établir une distinction entre les actes officiels et les actes illicites. L'opportunité d'une telle distinction a cependant été mise en doute dans le memorandum du Secrétariat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État²⁶⁴. D'après l'analyse faite dans ce document, si les actes illicites ou criminels étaient, par principe, considérés comme «non officiels» aux fins de l'immunité *ratione materiae*, la notion même d'immunité serait vidée d'une bonne part de son sens. L'immunité porte sur toutes les activités relevant de fonctions officielles, indépendamment de leur légalité, puisqu'elle vise précisément à empêcher que les États ne jugent les actes d'autres États souverains.

65. La Rapporteuse spéciale a raison de prévoir de poursuivre l'étude et l'analyse de la pratique des États concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État afin de tenir compte des pratiques que son prédécesseur n'a pas examinées. Il conviendra dans ce contexte d'étudier de près la décision récemment rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. L'analyse juridique qui y est faite, même si elle a trait à l'immunité de l'État, peut constituer un cadre utile pour l'examen de plusieurs problèmes qui se posent. La Cour a par exemple analysé l'*opinio juris* et la pratique étatique pertinente dans le contexte de l'immunité ainsi que les liens entre le *jus cogens* et l'immunité de l'État.

66. S'il convient incontestablement de fonder les résultats des travaux sur le sujet sur la pratique des États, il est également important de comprendre la place qu'occupe l'immunité dans le système de valeurs et de principes du droit international contemporain. L'idée, exprimée dans le rapport, qu'il faudrait développer le raisonnement qui sous-tend l'immunité est intéressante du fait que la frontière entre la *lex lata* et la *lex ferenda* fait fréquemment l'objet de dissensions. Un exposé clair sur la place de l'immunité en droit international contemporain sera utile pour apprécier les différentes tendances, comme celle qui vise à reconnaître des exceptions à l'immunité en cas de violations du *jus cogens* ou de crimes internationaux.

67. M. Hassouna soutient la proposition de la Rapporteuse spéciale d'envisager le sujet étape par étape, mais pense qu'il serait opportun d'établir une feuille de route et un calendrier afin de tracer la voie à suivre et de répondre à la demande de l'Assemblée générale visant à ce que la Commission donne priorité à ce sujet dans son programme de travail.

68. M^{me} JACOBSSON dit que le rapport préliminaire présente un raisonnement solide et une structure logique; outre une introduction, il propose une démarche

²⁶³ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), projet d'articles sur les immunités des États et de leurs biens, p. 13 et suiv., par. 28, en particulier p. 18, le paragraphe 17 du commentaire relatif à l'article 2, paragraphe 1, alinéa b v.

²⁶⁴ A/CN.4/596 et Corr.1, par. 160 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission).

constructive pour l'examen du sujet. La proposition de la Rapporteuse spéciale d'aborder les différents aspects de l'immunité par groupes est judicieuse car cela accélérera le travail.

69. À propos des principaux points de discordance sur les éléments de fond du sujet, énumérés au paragraphe 53 du rapport, M^{me} Jacobsson accorde pour sa part une importance particulière à la relation et à la distinction entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale des individus ainsi qu'à leurs implications s'agissant de l'immunité.

70. La Rapporteuse spéciale propose que les aspects procéduraux de l'immunité évoqués dans les paragraphes 69 et 70 de son rapport soient abordés après les éléments de fond, lorsqu'il sera possible de décider si l'on doit retenir un régime procédural unique, ou bien deux, pour l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. La question de l'immunité est cependant intrinsèquement liée à celle de la procédure. Au lieu de suivre la méthode habituelle, qui consiste à étudier d'abord le fond pour étudier ensuite la procédure, peut-être serait-il préférable de commencer par la procédure. Une telle méthode a plusieurs avantages. En effet, les questions de procédure sont moins litigieuses, bon nombre des dispositions seraient identiques quel que soit le nombre de régimes procéduraux retenus et, enfin, le fait de pouvoir visualiser la structure procédurale du sujet faciliterait un accord sur le fond.

71. Passant à certains points spécifiques du rapport, M^{me} Jacobsson dit que la Rapporteuse spéciale a raison de considérer l'immunité fonctionnelle comme la clef de voûte de l'immunité et de vouloir déterminer ce qu'est un « acte officiel ». Le fait qu'elle cite les intérêts, les valeurs et les principes du droit international et de la communauté internationale traduit son idée que l'immunité ne saurait être envisagée exclusivement sous l'angle de la *lex lata*. La Rapporteuse spéciale semble expliquer que la Commission a pour tâche de traiter la question de l'immunité à la lumière de son mandat, idée qui n'est ni nouvelle ni révolutionnaire. Le précédent Rapporteur spécial avait dit la même chose dans son exposé initial²⁶⁵. Il avait insisté sur deux principes : premièrement, les représentants de l'État devaient porter la responsabilité de leurs crimes et un État devait pouvoir exercer sa juridiction pénale à l'égard de criminels présumés ; deuxièmement, les représentants agissant au nom de leur État devaient être indépendants par rapport aux États tiers afin de garantir que les relations interétatiques sont stables et prévisibles. M. Kolodkin avait ensuite fait valoir que la Commission pouvait contribuer à l'établissement d'un équilibre adéquat entre ces principes, par la codification et le développement progressif du droit international²⁶⁶. C'est sur cette base que la Commission avait décidé d'inclure le sujet dans son programme de travail à long terme. La Rapporteuse spéciale exprime la même idée au paragraphe 58 de son rapport.

72. S'agissant du plan de travail exposé dans le dernier chapitre du rapport, M^{me} Jacobsson indique que la

définition de l'« acte officiel » figurant au point 3.2 serait également utile au point 2.2. La Rapporteuse spéciale devrait également envisager l'ajout d'une clause « sans préjudice » au sujet des crimes internationaux, en donnant éventuellement des exemples de tels crimes, afin d'éviter que de longues discussions ne s'engagent autour du sens des termes « crimes internationaux ».

73. M. HMOUD dit que le rapport préliminaire, fondé sur des recherches approfondies, est bien écrit et reflète une solide compréhension des questions en jeu. Il montre que la Rapporteuse spéciale entend formuler des conclusions fondées sur la doctrine, la pratique et la jurisprudence, plutôt que de partir de présomptions juridiques et méthodologiques pour ensuite tenter de démontrer leur bien-fondé.

74. S'il reconnaît que la Commission doit tenir compte de ses travaux passés sur le sujet et des recherches du précédent Rapporteur spécial, M. Hmoud rappelle cependant que la méthode retenue par celui-ci était controversée et unidimensionnelle. Tant les décisions des juridictions nationales que celles des juridictions internationales montrent qu'il n'existe pas de pratique étatique uniforme ni de règles de droit international coutumier. On constate en revanche l'existence de nombreuses zones d'ombre auxquelles il faudra remédier pour que la Commission puisse aller de l'avant, comme le remarque la Rapporteuse spéciale.

75. Selon M. Hmoud, les travaux de la Commission sur le sujet, ainsi que les éventuels projets d'article qui pourraient en résulter, ne devraient pas être divisés selon qu'ils relèvent de la codification ou du développement progressif. Une telle méthode serait stérile et ne tiendrait pas compte du fait que les questions juridiques en cause sont interdépendantes. La Commission devrait plutôt, comme le suggère la Rapporteuse spéciale, étudier la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* en examinant de près les fondements de chacune et leur fonctionnalité commune.

76. La personnification de l'État, fondement de l'immunité *ratione personae*, devrait cependant être considérée comme étant limitée. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a fait observer que les immunités accordées aux ministres des affaires étrangères ne leur étaient pas octroyées pour leur bénéfice personnel, mais pour garantir l'exécution effective de leurs fonctions au nom de leurs États respectifs. La Cour ne s'est pas penchée sur la distinction entre les deux formes d'immunité, ce qui est significatif étant donné que l'affaire concernait les crimes internationaux les plus graves. Si elle avait été convaincue qu'un acte attribué à un ministre des affaires étrangères était un acte de puissance publique, et que le ministre jouissait donc d'une immunité juridictionnelle, c'est ce qu'elle aurait déclaré, plutôt que de se reposer sur l'argument de la fonctionnalité. La Cour a également dit qu'elle n'était pas en mesure de déduire de la pratique des États une quelconque exception, en droit international coutumier, à la règle accordant l'immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice ; elle a ajouté que l'immunité prenait fin à l'expiration du mandat.

²⁶⁵ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 199 et suiv.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 201, par. 17 et 18.

77. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, précédemment citée par M. Hassouna, la Cour a eu à nouveau l'occasion de dire que l'acte d'un représentant et celui d'un État étaient identiques aux fins de l'immunité dans le cas de crimes graves au regard du droit international. Or, au lieu de juger dans ce sens, elle a souligné qu'elle ne traitait que de l'immunité de l'État lui-même face à la juridiction des tribunaux d'États tiers et que la question de savoir si et dans quelle mesure l'immunité pourrait s'appliquer dans le cadre d'une procédure pénale à l'encontre d'un représentant de l'État n'était pas posée. Ce faisant, la Cour a établi une distinction entre l'acte de l'État et l'acte du représentant, même si l'acte est susceptible d'être attribué aux deux entités.

78. Les juristes qui préfèrent voir l'immunité absolue accordée *ratione materiae* dans le cas de crimes internationaux graves arguent que de tels actes sont tout autant des actes de l'État que des actes des représentants qui les commettent. Ils nieraient l'existence d'une responsabilité même si l'État s'attribuait un acte pour protéger son représentant de la mise en jeu de sa responsabilité et même si les autres critères requis pour engager celle-ci étaient remplis. Ignorant le fait que, en adoptant les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁶⁷, la Commission a rejeté l'idée qu'un État pourrait commettre un crime international, ils affirment à tort que poursuivre le représentant concerné devant une juridiction étrangère équivaut à poursuivre l'État. Ils ignorent également le fait qu'une telle logique a été écartée lors de la création du Tribunal de Nuremberg et du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo) ainsi que lors de l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

79. En bref, il est très peu probable que le droit international coutumier accorde l'immunité *ratione materiae* pour les crimes les plus graves. D'ailleurs, l'opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* semble indiquer qu'il n'existe pas de règle sur l'immunité *ratione materiae*, bien que l'on puisse peut-être observer certaines tendances naissantes.

80. La Commission devrait néanmoins analyser l'étendue des actes, autres que les crimes internationaux les plus graves, susceptibles de rendre également l'immunité *ratione materiae* inopérante, ce qui pourrait à son tour l'amener à déterminer ce qu'est un « acte officiel ». Il n'y a pas, dans la jurisprudence, de consensus sur ce que représente un acte officiel qui permettrait de déterminer quels crimes sont couverts ou non par l'immunité. La Commission peut apporter sa contribution à cet égard, en gardant à l'esprit le fait que, par défaut, il n'existe pas de règles régissant l'immunité tant que les actes qui relèvent du champ d'application de celle-ci n'ont pas été définis.

81. Pour ce qui est de la liste des représentants de l'État bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, dont la Rapporteuse spéciale se demande si elle devrait être strictement limitée ou bien ouverte et quels représentants devraient y figurer, M. Hmoud dit que cela dépend du

caractère essentiel ou non des fonctions de chaque représentant pour le fonctionnement de l'État et sa souveraineté.

La séance est levée à 13 heures.

3145^e SÉANCE

Vendredi 13 juillet 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. A, et A/CN.4/654]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du rapport préliminaire de la nouvelle Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/654).

2. M. ŠTURMA approuve l'approche retenue par la Rapporteuse spéciale. Celle-ci a choisi à juste titre de se pencher en premier lieu sur les valeurs fondamentales et souvent conflictuelles, qui sous-tendent les règles juridiques relatives à l'immunité. Les immunités, que ce soient celles de l'État ou celles de ses représentants, traduisent le principe fondamental de la souveraineté de l'État dans les relations entre États. Cependant, l'immunité n'a plus un caractère absolu mais plutôt fonctionnel. C'est pourquoi elle doit être justifiée par les valeurs et fonctions fondamentales des États. Le souci de préserver des relations amicales et pacifiques fait traditionnellement partie de ces valeurs, mais il en existe d'autres aujourd'hui, comme la volonté de ne pas laisser impunis les crimes les plus graves. De ce point de vue, faire référence au *jus cogens* ou à d'autres principes et règles du droit international ne revient pas nécessairement à remplacer la *lex lata* par la *lex ferenda*. Certes, il faut maintenir la distinction entre l'une et l'autre, mais on ne peut s'en tenir à la première en faisant abstraction du développement du droit international, d'où la nécessité de concilier le principe de l'immunité avec les autres principes et valeurs existants.

3. La Commission devra fonder ses travaux sur la jurisprudence, voire sur les législations nationales en matière d'immunités, qui sont aussi un reflet de la pratique des États. Cependant, il ne faut pas oublier que son rôle est de

²⁶⁷ Voir *supra* la note 262.

produire des règles générales, alors que les juridictions, comme la Cour internationale de Justice, sont appelées à appliquer les règles à un cas précis. En l'absence de traités, ce sont principalement des règles du droit international coutumier qu'il s'agira de codifier. La Commission devra s'appuyer également sur ses travaux antérieurs, en particulier sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission à sa quarante-huitième session²⁶⁸, et sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

4. La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est essentielle, s'agissant du sujet à l'examen. Même si toutes deux peuvent être considérées aujourd'hui comme fonctionnelles, plutôt qu'absolues, leur objet reste différent. La première protège les plus hauts représentants de l'État, tandis que la seconde protège d'autres personnes lorsqu'elles accomplissent des actes officiels. Les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* doivent donc être aussi peu nombreux que possible. La tendance dominante est de réserver cette forme d'immunité aux membres de la triade, sans exclure la possibilité de la limiter en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères.

5. La Cour internationale de Justice a réaffirmé à maintes reprises qu'immunité ne signifiait pas impunité et que, s'agissant d'une règle procédurale, elle ne soustrayait pas ses bénéficiaires à d'éventuelles poursuites pénales. Néanmoins, même une règle procédurale peut faire obstacle à l'administration de la justice si un État ne veut pas juger son ressortissant et qu'aucune juridiction étrangère n'a compétence pour le faire. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale lui-même repose sur le principe de la complémentarité. Il est souhaitable de réfléchir aux exceptions possibles à l'immunité *ratione personae* des plus hauts représentants de l'État, mais sans compromettre les autres valeurs sous-jacentes, en particulier la stabilité des relations entre États. L'existence d'un risque de représailles suffit pour que l'on s'abstienne de donner aux États toute latitude de décider unilatéralement qu'un crime donné justifie la levée de l'immunité *ratione personae*.

6. Quant à l'immunité *ratione materiae*, elle constitue le principal objet des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère qu'il s'agit de codifier ou de progressivement développer. Trois questions se posent ici : qui sont les bénéficiaires, qu'est-ce qu'un « acte officiel » et quelles sont les exceptions possibles ? À propos de la première, on peut déjà avancer que l'immunité ne devrait être accordée qu'à un nombre restreint de représentants ou agents de l'État dont les actes officiels sont accomplis à ce titre. À cet égard, l'analogie avec les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁶⁹ est d'une pertinence limitée, car l'octroi selon le critère fonctionnel n'est applicable que pour la responsabilité de l'État et n'est d'aucune utilité pour l'immunité des personnes qui, sans être des représentants de l'État, exercent une certaine autorité publique ou agissent sous le contrôle effectif de l'État. En outre, les régimes de service

public sont très variables et des personnes considérées comme des fonctionnaires dans certains pays (comme les enseignants de l'éducation nationale) ne le sont pas dans d'autres ; il est évident que ces personnes-là, bien qu'étant au service de l'État, n'ont pas droit à l'immunité. Comment définir alors les représentants de l'État aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère ? La solution consiste peut-être à faire la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, déjà bien établie dans les règles relatives aux immunités de l'État. Ce critère sert aussi à définir l'acte officiel. En d'autres termes, seules jouissent de l'immunité de fonction les personnes accomplissant des actes d'État officiels (*jure imperii*) qui ne peuvent pas être accomplis par des personnes ou des entités privées.

7. Cependant, les actes officiels ne sont pas nécessairement tous couverts par l'immunité. Le plus difficile est de déterminer l'étendue des exclusions. Il serait exagéré d'exclure tous les actes illicites ou commis *ultra vires*. De même que la responsabilité, l'immunité présuppose que l'intéressé puisse commettre des actes illicites passibles de poursuites pénales – autrement, la notion elle-même serait vide de sens. Par conséquent, seuls les crimes les plus graves au regard du droit international, tels que la torture, le génocide et les crimes contre l'humanité, doivent être exclus des actes officiels couverts par l'immunité *ratione materiae*. Il semble impossible de faire valoir, en droit international contemporain, que ces actes relèvent des fonctions de l'État protégées par l'immunité. La liste de ces actes peut être établie sur la base du *jus cogens*, du droit international coutumier et même de certains traités mais, pour éviter qu'elle ne soit trop longue, il conviendrait de se référer essentiellement au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et au Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

8. Enfin, la Commission devrait examiner avant tout les aspects fondamentaux de l'immunité, qui sont les plus problématiques et controversés, avant d'aborder les aspects procéduraux connexes.

9. M. HUANG souhaite aborder certains aspects fondamentaux de l'immunité, comme le champ d'application, les exceptions et la procédure. L'immunité *ratione personae* est absolue et ne s'applique qu'à quelques personnes, pendant qu'elles sont en fonctions ; elle n'est toutefois pas nécessairement limitée à la traditionnelle triade. L'immunité *ratione materiae* s'applique à tous les représentants de l'État lorsqu'ils agissent à titre officiel. Telle est la règle communément acceptée en droit international coutumier, qui a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est un principe consacré, même si divers arguments, pas toujours convaincants, militent en faveur de dérogations ; certaines exceptions ne sont pas prévues par le droit international mais reflètent une tendance qui évolue.

10. Un tribunal doit tenir compte de l'immunité d'une personne dès le début de la procédure et notifier l'État concerné car, hormis dans le cas de la triade, c'est cet État, et lui seul, qui peut décider de renoncer ou non à l'immunité. Une fois levée, l'immunité ne peut être restaurée.

²⁶⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

²⁶⁹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

Mais sa levée n'empêche pas non plus l'intéressé de se soustraire à sa responsabilité. À l'inverse, l'immunité fait obstacle aux mesures judiciaires, mais n'exonère pas l'intéressé de toute responsabilité pénale.

11. Au cours du débat, nombre de membres ont fait valoir que la commission de crimes internationaux ou de violations des règles de *jus cogens* emportait la perte de l'immunité. M. Huang ne partage pas cet avis et rappelle que l'immunité, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, est une règle procédurale qui se distingue des normes de *jus cogens* relatives au génocide et autres crimes internationaux. La perte de l'immunité n'est donc pas automatique pour l'État ni pour ses représentants puisque l'on peut considérer que leur immunité découle de celles de l'État. La Commission devrait s'appuyer sur cette jurisprudence.

12. De même, en tant que règle procédurale, l'immunité ne peut être comparée à des valeurs comme la justice internationale ou la lutte contre l'impunité. La communauté internationale considère que les crimes internationaux relèvent de la compétence universelle, mais cette règle n'est pas, à ce jour, assortie d'une procédure qui pourrait l'emporter sur la règle relative aux immunités en droit international. Autrement dit, la justice sur le fond ne peut se faire au détriment de la justice procédurale.

13. L'octroi de l'immunité répond à des critères inhérents à l'immunité elle-même et non à la gravité de l'acte commis. D'aucuns estiment qu'un crime international ne saurait être considéré comme un acte officiel accompli dans le cadre de la représentation de l'État, mais ce qui distingue l'acte officiel, c'est précisément le fait d'être accompli à titre officiel, indépendamment de sa gravité. En réalité, des atrocités ne peuvent être commises que par l'appareil de l'État et avec ses ressources, dans le cadre d'une politique de l'État; elles constituent nécessairement un acte officiel.

14. La règle de l'immunité est neutre et ne favorise pas l'impunité. Celle-ci s'explique par de nombreux facteurs, qui sont le plus souvent politiques. Elle exige donc des mesures politiques. Les exceptions à l'immunité ne permettent pas d'empêcher les crimes; elles ne font que saper la stabilité des relations entre États. Dans la situation actuelle des relations internationales, des exceptions inapprises pourraient avoir des conséquences incertaines.

15. En résumé, la commission de crimes internationaux n'entraîne pas la perte de l'immunité pour les représentants de l'État, et ce, quelle que soit la gravité de l'acte commis. Telle était la position du précédent Rapporteur spécial, qui avait souligné avec insistance que l'immunité *ratione personae* de la triade était absolue de par sa nature et que l'immunité *ratione materiae* des autres représentants de l'État devait également être maintenue. Telle est également la position de l'Institut de droit international dans sa résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux²⁷⁰, et celle de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Man-dat d'arrêt du 11 avril 2000*, où la Cour a déclaré que

si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier [...] Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions (par. 59).

16. M. McRAE fait observer que le rapport à l'examen vise à assurer la transition entre les travaux déjà accomplis sous la direction du précédent Rapporteur spécial et ceux qui vont être menés pendant le quinquennat qui commence, et qu'il est donc prématuré de faire des observations détaillées sur les aspects de fond à ce stade. Il approuve le plan de travail proposé par la Rapporteuse spéciale, qui s'est appuyée avec raison sur les rapports très complets de son prédécesseur²⁷¹. À ceux qui estiment que la Commission devrait s'en tenir dans un premier temps aux aspects procéduraux – moins controversés – du sujet, il répond qu'il ne serait pas opportun de différer à la session suivante l'examen des questions de fond, d'autant que plusieurs membres les ont déjà abordées dans leurs interventions. La décision quant à l'ordre à suivre appartient cependant à la Rapporteuse spéciale.

17. M. McRae fera deux observations. La première, sur le plan méthodologique, concerne la référence que fait la Rapporteuse spéciale aux «valeurs et principes du droit international» qui a suscité des inquiétudes. On peut se demander en effet qui aurait compétence pour définir lesdites valeurs. En réalité, la Commission s'y réfère continuellement, car elles sont présentes dans tout débat juridique, que ce soit implicitement ou explicitement. De plus, la question au cœur du sujet à l'examen, qui est de savoir si la valeur des relations entre États doit ou non l'emporter sur la valeur de la lutte contre l'impunité, est bel et bien l'occasion d'un débat sur les valeurs et principes de la communauté internationale. Le langage et la méthodologie juridiques masquent, mais sans les éliminer, les choix essentiels de politique qui sont faits individuellement ou collectivement tout au long de la réflexion. La seule différence aujourd'hui, c'est que la Rapporteuse spéciale admet cet état de choses en toute transparence; et l'on pourrait dire que cette nouvelle orientation, loin d'être subjective et dangereuse comme le craignent certains, est la conséquence naturelle de la participation plus large des femmes à l'examen des questions juridiques internationales ainsi que l'auront compris ceux qui connaissent l'approche féministe de la doctrine. Au lieu de prétendre tenir un débat affranchi de toute préoccupation de cet ordre, la Commission doit consciemment chercher à concilier les valeurs et les principes en jeu, en faisant preuve de prudence et en tenant compte de la pratique, comme l'a recommandé M. Nolte.

18. La seconde observation de M. McRae aura trait à la question abordée au dernier paragraphe du rapport de la Rapporteuse spéciale, celle de l'équilibre entre codification et développement progressif. M. McRae pense avec d'autres membres, notamment M. Murase et M. Petrič, qu'il faut se garder d'assimiler le développement progressif

²⁷⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, t. I et II (session de Naples, 2009), p. 228.

²⁷¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

à la *lex ferenda*. Lorsqu'ils font œuvre de développement progressif, les membres de la Commission ne se contentent pas de définir ce qu'ils souhaiteraient que le droit soit ou ce qu'ils pensent qu'il devrait être. Il n'y a pas non plus de séparation nette entre codification et développement progressif, et assimiler ce dernier à la *lex ferenda* tend à minimiser un aspect central du mandat de la Commission.

19. Sur ce point, M. McRae ne partage pas l'opinion qui semble être implicite dans la proposition de la Rapporteuse spéciale tendant à ce que la Commission se penche d'abord sur la *lex lata* avant de s'intéresser à la *lex ferenda*, ou en d'autres termes qu'elle décide d'abord de ce qui peut être codifié avant de décider de ce qui doit être progressivement développé. Comme l'a souligné M. Tladi, le développement progressif est un processus beaucoup plus subtil qui ne se distingue pas nettement de la codification. Certes, de temps à autre, le commentaire de tel ou tel article indique que la disposition en question relève davantage du développement progressif que de la codification – il en est ainsi par exemple du commentaire général du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales²⁷² – mais c'est là l'exception, et non la règle. Comme M. Hmoud l'a souligné, la Commission n'a pas coutume d'indiquer que telle partie de son travail relève de la *lex lata* et telle autre du développement progressif. Ses travaux consistent, comme l'a à juste titre fait valoir M. Tladi, à analyser la pratique, la jurisprudence, les déclarations des États à la Sixième Commission et ailleurs ainsi que la doctrine afin de déterminer comment parvenir à un consensus sur ce qui serait une forme appropriée de codification du sujet dont elle est saisie.

20. Il ne s'agit pas, pour la Commission, en effet, de commencer par déterminer ce qu'est le droit, comme si elle était une juridiction, puis de l'appliquer. À cet égard, comme l'a dit M. Tladi, les opinions individuelles et dissidentes jointes aux arrêts de juridictions internationales peuvent pour elle être tout aussi importantes que les opinions majoritaires. Même si elle n'a pas le même statut juridique, une opinion individuelle ou dissidente reposant sur un raisonnement solide peut être beaucoup plus intéressante pour les travaux de la Commission qu'une opinion majoritaire mal argumentée ou qui n'est pas étayée par la pratique.

21. C'est pourquoi M. McRae encourage la Rapporteuse spéciale à poursuivre son travail sans idée préconçue quant à savoir si elle doit recenser la *lex lata* et, après avoir procédé à une analyse objective de ce qui a été dit et fait dans ce domaine par les États et les tribunaux internationaux et internes ainsi que de la doctrine, y compris ce qui a été largement accepté et les tendances qui semblent se faire jour et, à la lumière de tout cela, compte tenu de ce qu'elle considère comme les valeurs et principes pertinents du droit international contemporain, à proposer les projets d'article qu'elle juge appropriés. Certains membres estimeront que le résultat de son travail relève de la *lex lata* et d'autres du développement progressif, mais c'est finalement à la Commission qu'il appartiendra de décider, ce qu'elle fait généralement par consensus, si, en adoptant ce qui lui est proposé, elle s'acquiesce convenablement du mandat qui est le sien de développer progressivement le droit international et de le codifier.

²⁷² *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 46 (voir en particulier le paragraphe 5 du commentaire général).

22. M. FORTEAU dit qu'il entend se pencher tout d'abord sur les questions de méthodologie, avant de faire quelques observations sur les aspects de fond qui lui paraissent structurellement les plus importants, sans entrer dans le détail de toutes les questions qui se posent en la matière. Il souhaite toutefois faire d'emblée une observation sur la position que devra adopter la Commission quant aux exceptions éventuelles aux immunités en cas de crime international. Il s'agit d'une question très complexe qui appelle un examen approfondi. Dans la mesure où le problème concret est de savoir si l'immunité connaît une exception non pas lorsqu'un crime international a été commis mais lorsqu'il est allégué qu'un tel crime a été commis, il est fondamental de réfléchir aux garanties procédurales qui devraient encadrer l'invocation de telles exceptions, de manière à éviter tout abus. Il est très difficile sur ce point de distinguer le fond de la procédure.

23. Revenant à la méthodologie et à l'approche à adopter, M. Forteau dit qu'il souscrit entièrement aux remarques préliminaires de la Rapporteuse spéciale, qui affirme aux paragraphes 5, 51 et 75 de son rapport qu'il importe de clarifier les termes du débat, de poursuivre les travaux de manière structurée et, surtout, de traiter séparément dans les années à venir les différents groupes de questions. Dans un domaine aussi sensible, il paraît en effet fondamental de ne pas tout mélanger, car les travaux risqueraient alors de s'enliser dans des débats théoriques au lieu d'être concentrés sur l'examen concret de projets d'article. La discussion doit se nouer sur des propositions de rédaction et non sur des positions de principe.

24. Toujours en ce qui concerne l'approche à adopter, M. Forteau estime lui aussi qu'il faut tirer parti de la jurisprudence récente et en particulier de l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu le 3 février 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* opposant l'Allemagne à l'Italie, un arrêt qu'il convient d'utiliser non seulement à des fins d'analogie et méthodologiques, mais aussi pour en tirer des enseignements de fond, notamment quant aux effets intrinsèques du *ius cogens* sur le régime des immunités. Cela dit, il faut constamment avoir à l'esprit que cet arrêt concerne l'immunité de juridiction civile de l'État et non l'immunité de juridiction pénale de ses représentants.

25. Par ailleurs, le travail de la Commission ne doit pas se limiter à enregistrer ce qu'ont pu juger certaines juridictions internationales, et la Rapporteuse spéciale souligne à juste titre, au paragraphe 77 de son rapport préliminaire, que la Commission devra à la fois codifier et développer le droit dans ce domaine. Dire cela n'est pas prendre parti dans un sens ou dans un autre quant aux solutions qui seront en définitive retenues. Il faut en effet prendre garde de ne pas transformer la distinction entre codification et développement progressif en une opposition entre une conception du droit des immunités qui serait conservatrice et une autre qui serait progressiste. Dès lors qu'il y a incertitude du droit dans ce domaine, ce que chacun reconnaît, il y aura nécessairement une part de développement progressif et, dans ce cadre, la Commission devra veiller à maintenir un équilibre approprié entre les différents intérêts en présence et, comme il est dit au paragraphe 48 du rapport à l'examen, « concilier la stabilité des relations

internationales et la nécessité de lutter contre l'impunité des infractions les plus graves du droit international».

26. À cet égard, il conviendra sans doute que la Commission se demande si elle entend codifier le droit des immunités en lui-même ou si elle doit étendre son analyse aux relations entre ce droit, d'une part, et d'autres règles de droit qui pourraient interagir avec lui, d'autre part. La Rapporteuse spéciale mentionne cet aspect sous l'angle des rapports avec d'autres valeurs au paragraphe 58, mais la question est aussi, et peut-être avant tout, celle de l'articulation de règles juridiques de natures différentes, comme les règles relatives aux immunités et d'autres règles qui pourraient venir en limiter l'application, en particulier le droit au juge, et des règles conventionnelles qui pourraient avoir un effet sur la règle coutumière de l'immunité, à l'instar par exemple de l'article 98 du Statut de la Cour pénale internationale et de l'interprétation qui peut en être faite. Il ne faut pas oublier que la codification de la coutume en l'espèce se fait dans un contexte conventionnel particulier qu'il convient de prendre en considération.

27. En ce qui concerne les aspects de fond du sujet, comme la Rapporteuse spéciale, M. Forteau estime qu'il convient, au moins dans un premier temps, de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, qui a le mérite d'introduire de la clarté dans le débat, et d'élaborer deux régimes distincts. Il doute toutefois que ces deux types d'immunité partagent le même fondement ou visent le même objectif comme il est dit au paragraphe 57 du rapport. En effet, alors que l'immunité *ratione personae* garantit le bon exercice de ses fonctions par la personne qui en bénéficie, l'immunité *ratione materiae* vise plutôt à empêcher qu'un État n'en juge un autre dans ses activités souveraines, ce qui n'est pas la même chose et explique sans doute que les deux immunités ne soient pas exactement les mêmes et que l'immunité *ratione personae* couvre les actes privés.

28. Pour ce qui est plus particulièrement de l'immunité *ratione personae*, M. Forteau approuve dans l'ensemble la perspective adoptée par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 63 et 64, à une nuance importante près : il ne pense pas qu'il soit justifié de chercher à établir une liste des personnes bénéficiant de l'immunité, et ce, pour deux raisons. Premièrement, une telle liste ne serait pas forcément exploitable, parce que les attributions des plus hautes autorités de l'État ne sont pas nécessairement les mêmes d'un pays à l'autre, comme l'a rappelé M. Murphy. La seconde raison pour laquelle il ne semble pas opportun d'établir une liste est que la Cour internationale de Justice n'a pas procédé ainsi dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* : elle est partie d'un critère général dont elle a tiré des conséquences pour le cas particulier du ministre des affaires étrangères concerné. Selon le paragraphe 53 de cet arrêt, l'étendue de l'immunité dépend de la nature des fonctions, et pour M. Forteau il s'agit là d'un critère qui mérite réflexion.

29. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, trois observations s'imposent. Premièrement, et en lien avec la distinction opérée au paragraphe 18 du rapport à l'examen entre la nature officielle et la nature personnelle de la conduite, M. Forteau se demande, comme

M. Šturma, s'il n'y a pas un troisième cas de figure qui s'intercale entre les deux retenus : que se passe-t-il quand un acte est accompli dans le cadre des fonctions et constitue un acte de gestion ? Il faut se demander dans quelle mesure la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii* joue un rôle dans le domaine de l'immunité pénale des représentants de l'État.

30. Deuxièmement, et en lien avec le paragraphe 66 du rapport, la question de la définition des bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* semble être un faux problème, ou en tout cas une question accessoire. Il ne s'agit pas tant en effet de savoir si tel type de personne a droit à l'immunité *ratione materiae*, mais bien si tel type d'acte confère à la personne qui l'a commis, quelle qu'elle soit, une immunité pénale *ratione materiae*. Il semble à M. Forteau que cet élément est susceptible d'avoir un effet, en particulier au plan procédural. Si l'accent est mis sur la nature de l'acte et non sur le statut ou la qualité de la personne qui l'a commis, il revient à l'État et non à l'individu d'invoquer l'immunité au cours de la procédure. C'est en tout cas ce que semble indiquer la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 4 juin 2008 dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, lorsqu'elle indique au paragraphe 188 qu'invoquer l'immunité *ratione materiae* revient, « en substance », à invoquer l'immunité de l'État. La Cour précise d'ailleurs au paragraphe 196 que c'est à l'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes d'en informer les autorités de l'autre État concerné. Cela dit, il n'en découle pas nécessairement que le régime de l'immunité des agents de l'État corresponde en tous points au régime de l'immunité de l'État, ne serait-ce que parce que la première immunité intéresse le plan pénal tandis que la seconde, celle de l'État, concerne la juridiction civile.

31. Troisièmement, la question se pose du lien avec la responsabilité de l'État, mentionnée en particulier aux paragraphes 59 et 60 du rapport préliminaire. Pour M. Forteau, il s'agit de deux domaines qui restent autonomes, même s'ils sont liés à certains égards. Ils sont autonomes dans la mesure où il n'y a pas de parallélisme exact entre le droit de la responsabilité et le régime des immunités au sens où le développement contemporain du droit international pénal a montré qu'un individu agent de l'État, de même que son État, pourraient être poursuivis pour un même acte, en tout cas pour ce qui est des crimes les plus graves. Certes, si un acte n'est pas officiel, il n'y aura ni immunité ni responsabilité de l'État, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Si un acte est officiel et s'il engage la responsabilité de l'État, rien n'empêche de prévoir que l'immunité pénale ne jouera pas non plus. On peut d'ailleurs rappeler à cet égard que, lors de ses travaux sur l'immunité des États et de leurs biens, la Commission avait décidé, à la fin des années 1990, de ne pas aligner nécessairement le droit des immunités sur le régime d'attribution du droit de la responsabilité des États. Pour M. Forteau, cette décision, qui était très sage à l'époque, le serait tout autant en l'espèce.

32. M. WAKO dit que si, d'une manière générale, il approuve la méthode de travail préconisée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 75 de son rapport, consistant à traiter séparément les différents groupes de questions,

il pense avec M. Nolte qu'il faut demeurer conscient que ces sujets sont liés et qu'il faut continuer d'en tenir compte, en particulier de la distinction entre immunités *ratione personae* et *ratione materiae*.

33. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, qui met les hauts représentants de l'État pratiquement à l'abri de toutes poursuites devant les tribunaux étrangers tant qu'ils sont en fonctions, on a dit que les membres de la triade, à savoir le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, jouissaient de cette immunité, mais M. Wako pense comme M. Tladi que le ministre des affaires étrangères n'est pas l'équivalent du chef de l'État et il est même douteux que, lorsque le chef du gouvernement et le chef de l'État ne sont pas la même personne, le chef du gouvernement jouisse automatiquement de cette immunité. Seul devrait en jouir le chef de l'État, qui est l'incarnation de l'État. La Rapporteuse spéciale ne devrait donc pas partir de l'hypothèse que tous les membres de la triade jouissent de l'immunité *ratione personae* mais devrait étudier la question de manière plus approfondie.

34. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, devraient en jouir principalement le chef de gouvernement, s'il n'est pas le chef de l'État, et le ministre des affaires étrangères. La catégorie des bénéficiaires de cette immunité ne saurait toutefois être fermée. L'État est de nos jours organisé de manière plus complexe qu'au XIX^e ou au XX^e siècle. Les relations économiques et le commerce extérieur sont maintenant au centre des relations entre États et, en ce qui concerne la paix et la sécurité, ce sont souvent les ministres de la défense et de la sécurité qui jouent le premier rôle dans les relations extérieures. La Rapporteuse spéciale pourra donc vouloir établir non une liste des représentants de l'État qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* mais un critère permettant d'identifier les bénéficiaires de cette immunité.

35. Pour ce qui est de la portée du sujet, selon le paragraphe 12 du rapport à l'examen, il n'est question que de l'immunité des représentants d'un État de la juridiction pénale d'un autre État et n'englobe pas la juridiction pénale internationale. M. Wako se félicite à cet égard qu'en ce qui concerne la responsabilité internationale individuelle et les incidences potentielles de celle-ci sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Rapporteuse spéciale déclare au paragraphe 60 de son rapport qu'il s'agit là d'une question «essentielle» et que la Commission pourrait avoir intérêt à l'examiner dès le début du quinquennat en cours. Sur ce point, M. Wako tient à rappeler ce qu'a déclaré M. Peter, à savoir que la notion de compétence universelle, soit l'exercice par un tribunal interne de sa compétence pour juger une personne soupçonnée d'un crime international grave même lorsque ni le suspect ni la victime ne sont des nationaux de l'État du for, devrait figurer en bonne place dans le plan de travail. Se contenter de se demander, comme le suggère la Rapporteuse spéciale au paragraphe 73 du rapport à l'examen, quels sont les fondements juridiques et sociologiques de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne suffit pas. Il s'agit d'un domaine délicat et des préoccupations ont été exprimées au sujet de la politisation de la compétence universelle qui ont abouti à la constitution en 2009 d'un groupe

d'experts techniques ad hoc de l'Union africaine et de l'Union européenne sur le principe de compétence universelle. Les actes d'accusation dressés contre des dirigeants africains par des juges de première instance sans compétences particulières en droit international siégeant seuls dans quelque district rural d'un pays développé ont beaucoup nui à l'image de la compétence universelle dans les pays en développement. Il n'est donc pas étonnant que le groupe d'experts susvisé, au sein duquel M. Peter a siégé, ait recommandé que les États membres de l'Union africaine et de l'Union européenne envisagent d'adopter une législation indiquant à quel niveau de l'organisation judiciaire des poursuites relatives aux crimes en question peuvent être engagées²⁷³. Ce groupe a, de plus, recommandé que soit dispensée une formation spécialisée en ce qui concerne les enquêtes, les poursuites et les procès en la matière. La Commission pourrait à cet égard, avec l'aide de la Rapporteuse spéciale, élaborer des normes internationales propres à guider les enquêteurs, les procureurs et les juges qui exercent la compétence universelle. Ce n'est qu'ainsi qu'il pourra être mis fin à l'exercice abusif de cette compétence que, dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, le juge ad hoc Bula-Bula a qualifié de compétence «à géométrie variable exercée sélectivement contre certains États à l'exclusion d'autres» (par. 104).

36. Il importe d'étudier de manière approfondie la question de l'existence en droit international coutumier de la notion de compétence universelle. La Cour internationale de Justice ne s'est malheureusement pas prononcée sur le sujet dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, les parties ayant décidé que la question n'était pas en cause. Certains juges ont cependant exprimé leur point de vue; le Président Guillaume a ainsi souligné dans son opinion individuelle que la piraterie était le seul véritable cas de compétence universelle et que des conventions internationales pouvaient prescrire l'établissement d'une compétence universelle subsidiaire en vue du jugement de certains délinquants arrêtés sur le territoire national et non extradés vers un pays étranger (par. 12). Pour lui, le droit international n'admettait pas la compétence universelle en dehors de ces deux cas, et encore moins la compétence universelle par défaut. Dans son opinion dissidente, le juge Oda a estimé que la notion de compétence universelle n'était pas encore suffisamment développée en droit (par. 12). Pour leur part, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont estimé dans leur opinion individuelle commune qu'il n'y avait pas de pratique établie d'exercice par les États de la compétence universelle, mais que cela n'indiquait pas nécessairement qu'un tel exercice serait illicite (par. 45). La catégorie de crimes internationaux à l'égard desquels la compétence universelle s'exerce n'est pas clairement établie. Pour certains, seuls la piraterie, les crimes visés par certains traités internationaux, comme les crimes de guerre visés par les Conventions de Genève de 1949, et éventuellement le génocide, en font partie. Il convient toutefois de souligner que ces traités n'établissent pas la compétence universelle en tant que telle mais une compétence territoriale obligatoire sur des personnes, bien qu'en relation avec des actes commis ailleurs.

²⁷³ Rapport du Groupe d'experts techniques, Conseil de l'Union européenne, document 8672/1/09 Rev.1, du 16 avril 2009 (<http://register.consilium.europa.eu>), recommandation 11, p. 43.

37. De manière générale, la question de l'immunité des représentants de l'État soulève le même type de difficultés. Dans un article intitulé «*Pinochet's legacy reassessed*», évoqué par M. Nolte, Ingrid Wuerth estime que d'importantes décisions rendues par des juridictions nationales et internationales penchent désormais très nettement en faveur de l'immunité de l'État et du chef de l'État en exercice devant les juridictions étrangères, y compris dans les affaires de violations des droits de l'homme²⁷⁴. Cela sape les principaux arguments avancés contre l'immunité et va à l'encontre de quelques décisions postérieures à l'affaire *Pinochet* refusant l'immunité. Pour Wuerth, il n'y a à l'heure actuelle en droit international coutumier aucune exception à l'immunité fonctionnelle qui serait fondée sur les droits de l'homme ou le droit pénal international. Il convient en outre d'examiner prudemment la jurisprudence des tribunaux nationaux en la matière car, dans la plupart des cas, l'État qui pouvait invoquer l'immunité ne l'a pas fait, soit parce qu'il était favorable à l'engagement de poursuites sur la base de considérations politiques, soit parce qu'il pouvait faire valoir d'autres moyens de droit, notamment la compétence.

38. Certes, les poursuites engagées par la Cour pénale internationale, les tribunaux spéciaux ou les juridictions régionales ne relèvent pas du sujet examiné. Il serait toutefois utile de s'y intéresser, et de s'intéresser aussi aux poursuites engagées en vertu de certains traités, dans la perspective d'un développement progressif du droit dans un domaine essentiel du point de vue de la lutte contre l'impunité et qu'il importe de mieux comprendre et de réglementer alors que la planète est en passe de devenir un village. La question posée n'est pas de savoir s'il faut codifier ou développer le droit; comme M. McRae l'a rappelé à juste titre, il n'est pas possible de distinguer clairement ces deux notions dans le cadre du sujet examiné. Quoi qu'il en soit, le développement progressif sera certainement un aspect important des travaux. La Commission devrait donc convenir de développer le droit de façon à promouvoir les relations entre États et à renforcer la lutte contre l'impunité. À cet égard, M. Wako espère que la Rapporteuse spéciale voudra bien tenir compte de l'appel lancé par la Conférence de l'Union africaine, tendant à ce que la Commission se saisisse de la question de la compétence universelle et contribue au développement progressif du droit international dans ce domaine, comme elle l'a fait notamment lorsqu'elle a examiné la responsabilité de l'État.

39. La Commission devra également définir la notion d'«acte officiel». À cet égard, M. Wako convient que tous les actes officiels ne doivent pas être couverts par l'immunité. La Commission devra donc déterminer dans quels cas ils ne le sont pas, autrement dit dans quels cas il y a exception à la règle de l'immunité. À cet égard, il semble ressortir des conventions internationales adoptées depuis la Seconde Guerre mondiale – comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – ou de textes comme les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²⁷⁵ et du Tribunal pénal international

pour le Rwanda²⁷⁶, et, bien entendu, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que l'ensemble des représentants de l'État, y compris les chefs d'État et les chefs de gouvernement, ne peuvent pas invoquer l'immunité lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis un des crimes internationaux les plus graves. Il semblerait que cela soit établi dans la pratique et fasse partie du *jus cogens*, mais il revient à la Commission de s'en assurer.

40. M. NIEHAUS remercie vivement la Rapporteuse spéciale pour son rapport préliminaire, très clair et bien structuré, qui facilite l'examen du sujet. Celui-ci est d'une importance majeure, comme en témoigne la demande de l'Assemblée générale tendant à ce qu'il soit examiné en priorité. Il va sans dire que la Commission doit s'appuyer sur les trois rapports établis par le précédent Rapporteur spécial²⁷⁷, qui donnent un aperçu utile de la pratique des États, de la jurisprudence, de la doctrine et des questions qui en découlent. Il convient donc de se féliciter que la Rapporteuse spéciale insiste particulièrement sur la nécessité de tenir compte de ces rapports, ainsi que des observations faites dans le cadre de leur examen par la Commission et la Sixième Commission. Le rapport soumis par la Rapporteuse spéciale, rapport de transition, dont l'objet est de clarifier les termes du débat tenu jusque-là et de recenser les principaux points de controverse qui subsistent, favorisera grandement la qualité du débat futur.

41. Dans ce rapport, la Rapporteuse spéciale expose également les principales questions à examiner et propose un plan de travail. Elle revient sur les principaux points développés par le précédent Rapporteur spécial, points qui à en juger par les déclarations faites par les membres ne soulèvent aucune difficulté. En premier lieu, il est évident que le droit de la personne qui bénéficie de l'immunité de ne pas être soumise à la juridiction étrangère fait pendant à l'obligation souscrite par l'État étranger de ne pas exercer sa juridiction sur cette personne. En ce sens, l'immunité est une limite à la souveraineté dans l'intérêt des relations interétatiques et l'expression d'une volonté partagée de développement et de renforcement de ces relations.

42. Compte tenu de ce qui précède, la distinction doctrinale entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* revêt une importance cruciale. Pour certains, qui s'inscrivent dans la tendance générale à la limitation de la portée de l'immunité dans les relations internationales, l'immunité *ratione personae* doit être réservée à la triade composée du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères. Limiter le bénéfice de l'immunité *ratione personae* à ces trois représentants de haut rang semble aller dans le sens de la sécurité et relever du droit coutumier. Si cela ne pose pas de problème s'agissant du chef de l'État et du chef du gouvernement, il en va différemment du ministre des affaires étrangères. Ainsi, plusieurs membres ont souligné que d'autres hauts représentants de l'État, par exemple des ministres d'État ayant en charge des portefeuilles tels que la défense, le travail ou la santé, étaient souvent présents sur le devant

²⁷⁴ I. Wuerth, «*Pinochet's legacy reassessed*», *American Journal of International Law*, vol. 106, n° 4 (octobre 2012), p. 731 à 768, en particulier p. 739.

²⁷⁵ Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité du 25 mai 1993; le statut est reproduit à l'annexe du rapport du Secrétaire général (S/25704).

²⁷⁶ Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité du 8 novembre 1994.

²⁷⁷ Voir *supra* la note 271.

de la scène internationale et, jugeant illogique de les traiter différemment du ministre des affaires étrangères, ont préconisé d'aller au-delà de la triade.

43. Il a été proposé, pour trancher la question complexe de savoir qui bénéficie de l'immunité *ratione personae*, d'énoncer de manière détaillée les conditions de son octroi, ce qui semble à la fois difficile et problématique, compte tenu de la diversité des systèmes étatiques. Pour M. Niehaus, il vaut mieux continuer de s'appuyer sur la notion traditionnelle de triade. Quant à l'immunité *ratione materiae*, il ne fait pas de doute que le représentant de l'État en bénéficiaire pour les actes commis à titre officiel, autrement dit lorsque le représentant de l'État agit en tant que tel.

44. La question du caractère éventuellement absolu de l'immunité ou, au contraire, de l'existence d'exceptions à l'immunité en cas de violation de règles de *jus cogens* ou de crimes internationaux, est cruciale. L'idée que l'immunité puisse couvrir de tels actes est difficilement acceptable. Il convient donc de réaffirmer avec force que l'immunité ne doit pas aboutir à l'impunité, raison pour laquelle la thèse de l'immunité absolue n'est pas défendable. Quant au terme qui serait le plus approprié pour désigner le bénéficiaire de l'immunité, M. Niehaus considère que l'important n'est pas de choisir entre « fonctionnaire », « agent » ou « représentant », mais de déterminer avec précision les critères que cette personne doit remplir pour pouvoir bénéficier de l'immunité.

45. Une autre question importante est celle des aspects procéduraux de l'immunité. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a raison de se demander, aux paragraphes 69 et 70 de son rapport, s'il faudrait établir un régime procédural unique, commun à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae*, ou définir au contraire des règles procédurales distinctes tenant compte des spécificités de chacune de ces immunités. Le plan de travail proposé au paragraphe 72 du rapport est à la fois clair, simple et utile. Il couvre les principales questions à examiner tout en reconnaissant que la Commission ne peut ni ne doit ignorer les travaux antérieurs sur le sujet. La proposition de la Rapporteuse spéciale tendant à soumettre des projets d'article à la Commission à mesure que les différentes questions sont examinées mérite d'être appuyée. Enfin, pour ce qui est du point de savoir s'il faut retenir une approche *de lege lata* ou *de lege ferenda*, la Rapporteuse spéciale a parfaitement raison de dire que le sujet ne peut être examiné sous un seul de ces angles et qu'il convient de partir de considérations *de lege lata* pour incorporer ensuite, si nécessaire, une analyse *de lege ferenda*.

46. Sir Michael WOOD remercie vivement la Rapporteuse spéciale pour son rapport préliminaire et voudrait saluer la remarquable contribution du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin.

47. La Rapporteuse spéciale évoque à juste titre aux paragraphes 37, 48 et 77 de son rapport la question de l'approche *de lege lata* ou *de lege ferenda*, autrement dit celle de la distinction entre codification et développement progressif du droit – comme l'a utilement précisé M. Petrić – qui revêt une importance particulière au regard du sujet. La Commission devra s'efforcer de maintenir

cette distinction. En effet, les travaux de la Commission portent sur un ensemble de règles de droit international qui sont surtout appliquées par les juridictions internes, le plus souvent dans le cadre d'affaires urgentes et sensibles. Or, il n'est pas toujours facile de distinguer celles qui relèvent du droit international existant de celles qui s'apparentent à de nouvelles normes. Quoi qu'il en soit, la Commission devrait à tout le moins trancher clairement la question de savoir si elle veut ou non aller au-delà de l'énoncé du droit existant.

48. Si elle choisit de le faire, elle devra s'efforcer de proposer des règles acceptables pour les États, et donc de formuler des propositions correctement argumentées, prudentes et équilibrées. M. Park a cité à la séance précédente l'exemple de la Convention des Nations Unies de 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Pour Sir Michael, le faible nombre de ratifications de cet instrument n'est pas dû au fait que les États n'en approuvent pas la teneur, mais à sa complexité et à la nécessité de concilier les vues de nombreux ministres et parties prenantes pour le ratifier. Quoi qu'il en soit, les propositions de la Commission seront sans doute incorporées le moment venu dans une convention, dont l'efficacité dépendra de sa capacité à susciter l'adhésion. Si un certain degré de développement progressif peut éventuellement être considéré comme fondé au regard du droit international coutumier, y compris en l'absence de convention en vigueur, il est peu probable que cela soit le cas dans le cadre du sujet examiné si la Commission s'écarte trop du droit positif.

49. Avant d'entrer dans le détail du rapport préliminaire, Sir Michael voudrait revenir sur un point important soulevé à juste titre par M. Nolte. Il est parfois fait état, en particulier dans la doctrine, d'une tendance nouvelle à la restriction de l'immunité pénale des représentants de l'État, évoquée d'ailleurs par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 29 de son rapport. D'aucuns considèrent que cette « tendance » est née lorsque les tribunaux britanniques ont entrepris d'exécuter un mandat d'extradition émis à l'encontre de l'ancien Président chilien Augusto Pinochet, ce qui a abouti à un arrêt de la Chambre des lords en date du 24 mars 1999. Cette idée de « tendance » est une sorte de mythe ou, peut-être, de vœu pieux. En effet, la jurisprudence *Pinochet* n'a pas été largement suivie, ni même bien comprise. On pourrait dire que c'est plutôt la tendance inverse que l'on constate dans la pratique. Il est difficile de s'appuyer sur l'affaire *Pinochet*, dans laquelle les sept *Law lords* ont rendu des opinions individuelles distinctes, pour formuler des propositions générales sur le droit international en matière d'immunité. En effet, la Chambre des lords s'est finalement concentrée sur des questions d'interprétation et d'application d'un traité particulier, à savoir la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à laquelle le Chili, le Royaume-Uni et l'Espagne étaient parties. Elle a considéré que les États parties concernés avaient implicitement renoncé à l'immunité de juridiction pénale, dans la mesure où la Convention ne visait que les actes de torture commis par des personnes agissant à titre officiel. Il est loin d'être évident que cela soit également le cas lorsque d'autres crimes internationaux, par exemple des crimes de guerre, sont commis. Dans les affaires plus récentes *Jones et Mitchell c. Arabie saoudite* et *Immunités*

juridictionnelles de l'État, certes civiles et non pénales, la Chambre des lords et la Cour internationale de Justice, respectivement, se sont gardées de tirer des conclusions de l'affaire *Pinochet*.

50. Venant au rapport préliminaire proprement dit, Sir Michael remercie la Rapporteuse spéciale d'avoir résumé les trois rapports du précédent Rapporteur spécial ainsi que les débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission en 2008 et en 2011. Ces débats ont fait apparaître un accord général sur plusieurs points, de sorte que la Rapporteuse spéciale met peut-être un peu trop l'accent sur les divergences quand elle affirme au paragraphe 54 du rapport que les points faisant l'objet d'un consensus sont rares. Sir Michael veut croire au contraire que les convergences de vues l'emportent. Ainsi, les membres de la Commission s'accordent semble-t-il sur le fait que l'immunité est une institution fondée sur le droit international coutumier et que la question des immunités découlant de règles conventionnelles ad hoc – et, pourrait-on ajouter, des règles de droit international coutumier correspondantes – ne relève pas du champ du sujet. La Commission ne s'intéresse en effet nullement aux immunités dont peuvent bénéficier les membres de missions diplomatiques, de consulats ou de missions spéciales, ou encore les personnes en visite officielle, les représentants d'organisations internationales ou le personnel militaire. Pour Sir Michael, il semble également entendu que la Commission n'a pas à examiner la question de l'immunité devant des juridictions autres que les juridictions nationales. L'immunité devant les cours et tribunaux pénaux internationaux est régie par les statuts des juridictions concernées. Comparaitre devant une cour ou un tribunal pénal international et comparaitre devant une juridiction nationale sont deux choses très différentes. Par conséquent, les règles spéciales applicables aux cours et tribunaux pénaux internationaux, par exemple l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ne présentent guère d'intérêt pour les travaux de la Commission. Enfin, l'importance de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* semble également largement reconnue.

51. Concernant le champ d'application du sujet, Sir Michael voudrait tout d'abord préciser que la question de la compétence universelle, qui relève certes du cadre général du sujet et met en relief son importance, n'a pas à être étudiée en tant que telle. D'aucuns se sont posé la question de savoir si la Commission devait également traiter de l'inviolabilité de la personne, question à laquelle Sir Michael répondrait pour l'affirmative. Inviolabilité et immunité sont en effet étroitement liées et la première se révèle souvent d'une plus grande importance pratique, son non-respect étant susceptible de perturber plus rapidement et gravement les relations internationales que l'ouverture d'une procédure pénale.

52. À l'avant-dernier chapitre de son rapport préliminaire présentant les questions à examiner, la Rapporteuse spéciale évoque les études réalisées par des organismes privés et fait état de l'évolution du droit international, marquée notamment par la création de cours et de tribunaux internationaux. Ce rappel n'est pas inutile mais de telles considérations ont un intérêt limité. La Rapporteuse spéciale insiste en revanche opportunément sur l'importance

de l'arrêt rendu récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. À cet égard, la Commission devra s'intéresser également aux opinions individuelles et dissidentes jointes à cet arrêt – l'opinion du juge Yusuf étant particulièrement éclairante – même s'il est entendu qu'elles n'ont pas le même poids que l'arrêt lui-même.

53. Aux paragraphes 54 à 58 de son rapport, la Rapporteuse spéciale indique tout d'abord que la distinction conceptuelle entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* fait l'objet d'un consensus, ce qui est exact. Elle considère nécessaire de traiter séparément les deux régimes juridiques applicables à ces deux types d'immunité, ce dont on peut également convenir. La Rapporteuse spéciale insiste ensuite sur l'existence d'une certaine unité entre les deux régimes, qui est certainement avérée. Toutefois, Sir Michael ne voit pas en quoi les considérations théoriques de la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 57 et 58, notamment l'indication que les deux types d'immunité visent à préserver les principes, les valeurs et les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, présentent un intérêt pour les travaux. On peut en effet douter de l'utilité d'un débat sur ces questions. En outre, le fait de mettre l'accent sur le fondement fonctionnel de toute forme d'immunité, à l'exclusion d'autres fondements comme la représentation, l'égalité souveraine ou la non-intervention qui continuent de jouer un rôle important, est problématique. Une fois encore, Sir Michael ne pense pas qu'il soit utile de débattre sur les valeurs. Si la Commission décide d'engager un tel débat, elle ne doit pas oublier les importantes valeurs protégées par l'immunité, qui constituent aussi un aspect essentiel du sujet. Lorsque les autorités de poursuite sont indépendantes du pouvoir exécutif, ou lorsque les personnes privées elles-mêmes peuvent obtenir des mandats d'arrêt, le risque de graves perturbations des relations internationales est important. Dans ce contexte, l'immunité demeure un facteur important de préservation des relations amicales entre les États.

54. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, dont la Rapporteuse spéciale traite aux paragraphes 61 à 64 de son rapport, il faudra en premier lieu déterminer les catégories de personnes qui ont le droit d'en bénéficier. Bien qu'il comprenne les arguments des membres qui ne partagent pas son opinion, Sir Michael considère qu'il ne fait aucun doute, en vertu du droit international coutumier contemporain, que les chefs d'État en exercice, les chefs de gouvernement en exercice et les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent de l'immunité personnelle pendant qu'ils sont en fonctions. Il ne saurait donc souscrire à l'avis de M. Wako, pour qui seuls les chefs d'État, et non les chefs de gouvernement, devraient jouir de l'immunité *ratione personae*, car cela constituerait une grave discrimination à l'égard des États dans lesquels le chef de l'État n'exerce pas de fonctions exécutives. Certains membres ont mis en cause le bien-fondé de la conclusion de la Cour internationale de Justice qui, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, a indiqué qu'en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères, l'immunité personnelle est «clairement établi[e]» (par. 51). Dans la pratique, cependant, ce que la Cour a dit dans son arrêt de 2002 a été largement accepté par les États, car c'était

le reflet de l'état actuel du droit international. Les États, loin de contester la décision de la Cour, l'ont au contraire soutenue. Cela n'a rien de surprenant, car la décision a été adoptée à une large majorité et le raisonnement qui fonde le jugement est convaincant – et ce, bien que la Cour ait raisonné largement par analogie. Que des auteurs aient critiqué cette conclusion n'est pas non plus surprenant, car il est bien plus intéressant de critiquer une décision de la Cour que d'y souscrire. À ce sujet, il a été fait abondamment référence à l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Koijmann et Buergethal jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*. Il importe de noter précisément ce qu'ont dit ces juges aux paragraphes 83 et 84 de leur opinion : en effet, ils n'ont pas dit que les ministres des affaires étrangères n'avaient droit qu'à l'immunité fonctionnelle, mais qu'il existait un large accord en doctrine pour dire qu'un ministre des affaires étrangères « a droit à la pleine immunité durant les visites officielles qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions », et que durant ses voyages privés,

il ne [pouvait] pas être assujéti à des mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. La détention ou l'arrestation constitueraient de telles mesures et doivent donc être considérées comme portant atteinte à l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale auxquelles un ministre des affaires étrangères a droit.

Toujours dans la même affaire, la Cour a également indiqué clairement que la catégorie de représentants jouissant de l'immunité *ratione personae* allait au-delà des trois hauts représentants en question. L'essentiel, en ce qui concerne ce type d'immunité, est de préciser l'étendue de ce que l'ancien Rapporteur spécial avait judicieusement qualifié de « cercle étroit de hauts représentants de l'État²⁷⁸ ». M. Murphy a fort utilement exposé les raisons juridiques de principe qui vont dans le sens de l'élargissement de la triade ou qui s'y opposent. Cependant, Sir Michael convient avec M. Gómez Robledo qu'il faut élargir la triade et recenser les critères nécessaires à cette fin. M. Niehaus a peut-être raison d'estimer que cela sera difficile, mais la Commission doit s'atteler à cette tâche, et elle peut s'appuyer pour ce faire sur l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui contient des indications précieuses. Pour Sir Michael, comme il ressort de plusieurs décisions rendues par des tribunaux nationaux, l'immunité *ratione personae* doit s'étendre aux membres du gouvernement pour qui il est essentiel de se rendre à l'étranger. Il importe qu'un État puisse être représenté auprès des autres États, au niveau politique, par les personnes de son choix. Dans le monde contemporain, où la coopération internationale s'intensifie dans de si nombreux domaines et où les structures gouvernementales évoluent rapidement, un État ne peut pas être représenté au niveau international par les personnes de son choix si celles qui ne font pas partie de la triade ne peuvent pas voyager librement. Il peut s'agir, notamment, des ministres du commerce extérieur et de la défense, qui bénéficient bel et bien de l'immunité *ratione personae*, comme en ont décidé plusieurs tribunaux anglais. Si la Commission estime que ce serait aller trop loin, elle pourrait peut-être se fonder, par exemple, sur le raisonnement adopté dans l'opinion individuelle commune dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, et appliquer un régime

limité d'immunité personnelle aux personnes autres que les membres de la triade. Certains affirment parfois que, conformément au droit en vigueur, il peut y avoir des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des personnes qui jouissent de l'immunité *ratione personae*, mais Sir Michael ne voit aucun fondement à ces exceptions, pas plus qu'il ne croit, contrairement à d'autres, que la Commission devrait, *de lege ferenda*, proposer certaines exceptions à l'immunité *ratione personae*.

55. En ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, la Commission devra, comme de nombreux membres l'ont déjà dit, traiter la question de savoir ce qu'il faut entendre par le terme « représentant », ce qui ne devrait pas poser de difficultés majeures – et Sir Michael souscrit ici à l'analyse faite par M. Forteau. Il sera plus difficile de définir ce qu'est un « acte officiel », mais l'analogie avec les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁷⁹ pourra être utile. Les actes imputables à l'État aux fins de la responsabilité sont des actes officiels aux fins de l'immunité, et cela inclut les actes illicites ou criminels. Dans l'affaire *Pinochet*, par exemple, les membres de la Chambre des lords semblent n'avoir eu aucun problème à considérer que l'immunité s'appliquait au chef d'entente en vue de commettre un meurtre.

56. Pour Sir Michael, c'est dans le contexte de l'immunité *ratione materiae* que la Commission doit examiner la question des autres exceptions. Quelles devraient être cependant ces exceptions? M. Kolodkin en avait proposé une, qu'il importe que la Commission prenne en considération, à savoir le cas dans lequel l'acte était commis sur le territoire de l'État étranger. Doit-il y en avoir d'autres? On a mentionné les crimes internationaux, quel que soit le sens donné à ce terme, les crimes internationaux graves, les « crimes les plus graves » visés par le Statut de Rome, les violations graves des obligations découlant du *jus cogens* – expression utilisée dans un contexte totalement différent dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Les termes « crimes internationaux », « crimes en vertu du droit international », « crimes graves en vertu du droit international » ou « violations du *jus cogens* » sont imprécis, et la Commission devra définir soigneusement les actes en question si elle entend en faire des exceptions.

57. En ce qui concerne le plan de travail, Sir Michael note avec satisfaction, comme d'autres membres avant lui, que la Rapporteuse spéciale a souligné la nécessité de mener un débat systématique et structuré sur le sujet. Les débats précédents, tenus en 2008 et en 2011, avaient par la force des choses eu un caractère général, et les observations des membres avaient porté sur un large éventail de questions. M. Kolodkin n'avait pas proposé de projets d'article mais avait utilement fait figurer un résumé à la fin de chacun de ses rapports. Sir Michael convient qu'il est temps d'aller au-delà des observations générales car, comme il l'a déjà dit, il n'est pas convaincu qu'une discussion abstraite sur des notions théoriques fasse réellement avancer les travaux et doute que la Commission parvienne à un accord sur des propositions

²⁷⁸ *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, par. 94 i.

²⁷⁹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

d'ordre général et abstrait – s'y essayer ne ferait que compliquer sa tâche. La Commission doit se concentrer sur les règles particulières qui s'appliquent ou devraient s'appliquer et, comme l'a indiqué la Rapporteuse spéciale au paragraphe 52 de son rapport, recenser les principaux points de désaccord qui subsistent, ce par quoi Sir Michael entend des points précis, et non de vagues points liés à des notions abstraites.

58. Le rapport préliminaire contient trois listes de questions, à savoir, au paragraphe 73, une liste de questions soumises aux membres lors des consultations officielles tenues le 30 mai 2012, cinq séries de questions qui correspondent aux cinq parties de l'avant-dernier chapitre et un plan de travail énoncé au paragraphe 72. Il semble que les questions énumérées au paragraphe 73 gagneraient à être remplacées par celles, plus précises, figurant dans l'avant-dernier chapitre évoquant les questions à examiner, qui offrent un bon programme pour les travaux futurs de la Commission. La troisième liste constitue le plan de travail proposé au paragraphe 72. Pour les raisons qu'il a déjà indiquées, Sir Michael invite la Rapporteuse spéciale à examiner s'il est nécessaire de traiter séparément les questions recensées sous le point 1, à l'exception peut-être de la question 1.1, car les autres se posent naturellement au cours de l'examen de ladite question. Pour le reste, il souscrit au plan de travail proposé et est tout à fait d'accord avec ce qu'a dit M^{me} Jacobsson à la séance précédente au sujet de l'importance de la procédure. Cependant, comme M. McRae, il n'est pas sûr que la Commission doive examiner d'abord les questions de procédure, séparément du fond – au contraire, elle devrait peut-être traiter les aspects procéduraux de l'immunité dans le cadre de l'examen des points 2 et 3 du plan de travail proposé au paragraphe 72 et, s'il y a lieu, traiter les questions de procédure en même temps que les questions de fond. Enfin, au paragraphe 5 de son rapport, la Rapporteuse spéciale fait référence au programme de travail qu'elle « juge bon de suivre pour conclure les travaux sur la question pendant le présent quinquennat », ce qui serait un objectif extrêmement louable – cependant, achever la seconde lecture d'ici à 2016 risque de se révéler très difficile, et il serait utile que la Rapporteuse spéciale indique plus précisément le calendrier qu'elle entend suivre pour les sessions restantes du quinquennat, en particulier les points qu'elle souhaite que la Commission examine lors des deux sessions suivantes.

59. M. MURASE dit, au sujet de la citation qu'il a faite de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qu'il comprend bien que c'est là un régime particulier et que la question de l'immunité devant les tribunaux nationaux doit être envisagée différemment. Pour autant, il estime qu'il y a un argument fort en faveur de la fusion des deux régimes, à savoir le fait qu'une personne traduite en justice pour certains crimes internationaux devrait être traitée de manière analogue, qu'elle soit jugée par une juridiction nationale ou internationale.

60. Sir Michael WOOD dit que cette question devra être débattue quand la Commission examinera le fond du sujet. Il croit pour sa part qu'en ce qui concerne l'immunité, des considérations différentes sont à l'œuvre selon que les poursuites sont engagées devant une juridiction nationale ou internationale.

61. M. CANDIOTI félicite la Rapporteuse spéciale pour l'excellent rapport qu'elle a élaboré dans le délai restreint dont elle disposait. Ce rapport, bien que concis, a le mérite d'aborder dûment tous les aspects qui intéressent la Commission pour poursuivre l'examen du sujet. Il est en outre clair, structuré et bien étayé, si bien qu'il constitue une base solide pour la poursuite des travaux. M. Candiotti souhaite également saluer la contribution précieuse qu'ont apportée, d'une part, M. Kolodkin, qui a présenté trois rapports²⁸⁰ d'une grande qualité juridique au cours du quinquennat passé, et, d'autre part, le Secrétaire, qui a élaboré en 2008 un excellent mémorandum²⁸¹ auquel il serait utile, comme l'a suggéré Sir Michael, d'ajouter une annexe pour le mettre à jour. Les débats à la Commission et les opinions exprimées par les États à la Sixième Commission ont mis en évidence la grande complexité du sujet et les divergences importantes que suscitent certains de ses aspects fondamentaux et très délicats. Le rapport préliminaire constitue, comme l'a dit la Rapporteuse spéciale, un nouveau point de départ, et M. Candiotti souscrit à la démarche proposée pour avancer vers la formulation de projets d'article permettant de surmonter ces difficultés. La Commission, conformément à son statut, a pour mission de favoriser le développement progressif et la codification de ce chapitre important du droit international général, qui est encore pendant. Il faudra bien entendu tenir compte des travaux qu'elle a déjà réalisés dans ce domaine et qui ont été consacrés par divers instruments allant des conventions sur les relations diplomatiques, sur les relations consulaires et sur les missions spéciales des années 1960 jusqu'à la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Il faudra peut-être, en temps utile, revenir à ces instruments, notamment pour préserver la cohérence et l'harmonie des principes et règles du droit international général relatifs aux immunités, tout en tenant compte de l'évolution récente dans ce domaine. Il est en effet évident, comme l'a indiqué la Rapporteuse spéciale, que, ces dernières décennies, l'immunité pénale des hauts représentants de l'État, en particulier, a fait l'objet d'un intérêt renouvelé et que, parallèlement, sont apparus des valeurs, principes et institutions que la Commission ne saurait méconnaître si elle souhaite apporter une contribution utile dans ce domaine. M. Candiotti convient donc avec la Rapporteuse spéciale que la Commission doit, comme pour d'autres sujets, recenser en premier lieu les éléments de convergence qui résultent de l'analyse des traités, de la législation et de la pratique des États, de la jurisprudence nationale et internationale et de la doctrine, en précisant et en complétant ensuite ces éléments avec les éléments de développement progressif qu'elle jugera appropriés. Il convient également qu'il est nécessaire de structurer l'examen des questions en suspens en les traitant par groupes successifs et en procédant pas à pas, ce pourquoi il est reconnaissant à la Rapporteuse spéciale d'avoir proposé, au paragraphe 72 de son rapport préliminaire, un plan de travail qui ordonne et systématise l'élaboration de projets d'article.

62. En ce qui concerne les questions de fond abordées dans le rapport, M. Candiotti s'en tiendra à quelques observations d'ordre général. La distinction opérée

²⁸⁰ Voir *supra* la note 271.

²⁸¹ A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission).

traditionnellement entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* semble en principe un point de départ acceptable pour organiser les travaux. Comme il est indiqué au paragraphe 58 du rapport, ces deux types d'immunité ont un caractère fonctionnel, ce qui correspond à l'approche contemporaine du droit des immunités. En principe, seuls devraient jouir de l'immunité *ratione personae*, en raison de l'importance des fonctions dont ils s'acquittent en qualité de représentants de l'État, les chefs d'État et les chefs de gouvernement, et éventuellement les ministres des affaires étrangères ou des relations extérieures – ce qui est actuellement un des points de controverse mentionnés à juste titre par M. Tladi et d'autres membres. L'extension éventuelle de cette immunité à d'autres représentants devra faire l'objet d'une analyse approfondie. Il faut garder présent à l'esprit que l'immunité constitue en soi une exception à la juridiction pénale de l'État du for, et donc une limite à la souveraineté de cet État : partant, elle doit être interprétée strictement. M. Candioti estime, comme d'autres membres, qu'il serait très compliqué d'élaborer une liste des autres bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*. Il préférerait en tout état de cause que l'on recense, si possible, des critères clairs pour déterminer qui sont ces bénéficiaires, tout en conservant une approche restrictive.

63. Comme il est indiqué au paragraphe 67 du rapport préliminaire, il faudra prêter une attention particulière à la définition de l'« acte officiel ». La proposition, faite par M. Sturmă, d'examiner la distinction faite en matière d'immunité souveraine en ce qui concerne les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* est intéressante. Il serait aussi bon de tenir compte des observations de Sir Michael concernant l'analogie avec les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En ce qui concerne la nécessité de préciser la terminologie employée, mentionnée au paragraphe 66, M. Candioti estime que le terme « représentant », proposé parmi d'autres – « agent » ou « organe » de l'État – pour remplacer le terme « fonctionnaire », est le plus approprié.

64. La détermination de l'existence d'exceptions à l'immunité ou, en d'autres termes, d'infractions pour lesquelles on ne peut invoquer aucun type d'immunité, est à l'évidence un des aspects essentiels du sujet à l'examen. À la précédente session de la Commission, M. Dugard, citant Felix Frankfurter, avait rappelé que « légiférer n'est pas une affaire de logique ou de dialectique²⁸² », c'est une affaire de choix. La Commission, sous la direction de la Rapporteuse spéciale, devra trancher entre deux positions qui ont jusqu'ici semblé difficilement compatibles : soit elle se bornera à codifier autant que possible l'immunité au sens classique, soit elle parviendra à concilier le respect du principe de l'égalité souveraine et la préservation de relations normales entre les États avec la nécessité de fixer des limites appropriées à l'immunité, pour que les crimes les plus graves qui concernent la communauté internationale dans son ensemble ne restent pas impunis de facto et pour que la justice et l'état de droit prévalent

réellement. M. Candioti souscrit aux arguments présentés avec éloquence par d'autres membres et estime lui aussi que l'heure est venue pour la Commission, conformément à son mandat de codification et de développement progressif du droit international, d'opter pour la seconde possibilité.

65. M. KAMTO, relevant que M^{me} Escobar Hernández est la première femme nommée Rapporteur spécial depuis la création de la Commission, félicite celle-ci pour son remarquable rapport préliminaire. En ce qui concerne la manière de traiter le sujet à l'examen, il estime, comme il l'avait déjà indiqué en 2011, qu'il s'agit pour la Commission de rechercher un équilibre entre deux nécessités, à savoir, d'une part, celle d'assurer la stabilité des relations entre les États et, d'autre part, celle de combattre l'impunité. La Rapporteuse spéciale a bien perçu cette problématique, comme le montrent les paragraphes 27 à 34 de son rapport. À cet égard, M. Kamto partage, pour ce qui est de la méthodologie, l'avis des membres qui ont relevé l'imbrication de la codification et du développement progressif, c'est-à-dire de la *lex lata* et de la *lex ferenda* – même si la très subtile distinction qu'opère M. Petrić entre développement progressif et *lex ferenda* lui échappe parfois.

66. M. Kamto consacrera son intervention à trois points principaux. Premièrement, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est sans doute utile sur le plan méthodologique, au moins comme approche conceptuelle de base du sujet, mais on se rendra compte très rapidement que le problème est plus complexe et que cette distinction ne tient pas toujours, car, dans nombre de situations, les deux types d'immunité se confondent. Deuxièmement, il semble que l'immunité appartienne à l'État. Ce qui paraît évident, cependant, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, dont il est bien établi que l'État peut la lever, l'est moins en ce qui concerne l'immunité *ratione personae* : l'État peut-il lever l'immunité d'un membre de la triade ? Troisièmement, les aspects procéduraux constituent un volet important du sujet. La Rapporteuse spéciale l'a bien compris et l'évoque très brièvement aux paragraphes 69 et 70 de son rapport. À cet égard, les analyses faites par M. Kolodkin dans son troisième rapport²⁸³ méritent toute l'attention de la Commission. On peut se demander si l'immunité est un moyen d'ordre public, c'est-à-dire un moyen qui s'impose au juge alors même que le bénéficiaire de l'immunité ne l'aurait pas invoqué. La Cour internationale de Justice semble aller dans ce sens, mais certaines jurisprudences nationales ne semblent pas confirmer une telle règle, si l'on en juge par les décisions rendues par les juridictions suisse et française, notamment, dans l'affaire de la restitution des avoirs de Mobutu il y a quelques années²⁸⁴ et, beaucoup plus récemment, dans l'affaire dite des « biens mal acquis » qui met en cause trois chefs d'État africains. Dans cette dernière affaire, le parquet de Paris avait été saisi d'une plainte de Transparency International et de

²⁸² F. Frankfurter, « Some reflections on the reading of statutes », *Columbia Law Review*, vol. 47, n° 4 (mai 1947), p. 527 à 546, à la page 529. Pour l'intervention de M. Dugard, voir *Annuaire... 2011*, vol. I, 3086^e séance, p. 44, par. 31.

²⁸³ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646.

²⁸⁴ Voir « Chronologie du blocage des avoirs Mobutu en Suisse (1997-2009) », annexe 2 au Projet de loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/2995.pdf), du 28 avril 2010.

Sherpa contre les trois chefs d'État en question pour malversations et détournement de fonds publics, avec recel en France dans des banques, ce qui avait permis aux intéressés d'acquérir des biens importants. Le juge d'instruction du Tribunal de Paris avait rejeté cette plainte pour défaut de qualité et avait été suivi par la cour d'appel de Paris dans un arrêt de 2009. Cependant, par un arrêt du 9 novembre 2010, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel et ordonné l'instruction de l'affaire²⁸⁵. Il est vrai que les conseils des intéressés n'ont pas invoqué directement et à titre principal l'immunité des chefs d'État en question. On pourrait de toute façon déduire de cet arrêt de la Cour de cassation française, qui est la plus haute juridiction en France, que l'invoquer de l'immunité n'est pas d'ordre public. Faut-il alors invoquer l'immunité *in limine litis*, au risque d'en perdre le bénéfice si on le réserve plus tard en cours de procès ? C'est une des questions auxquelles la Rapporteuse spéciale pourra apporter des réponses. De plus, s'il faut louer les efforts que celle-ci a accomplis pour proposer un plan de travail au paragraphe 72, il faudra aussi tenir compte du fait que la complexité des sujets et l'évolution des débats au sein de la Commission entraînent toujours des ajustements des plans initialement établis.

67. Enfin, le débat sur les principes et les valeurs, suggéré par le rapport préliminaire et bien circonscrit par M. McRae dans son intervention, ne peut être évité – mais, comme l'a dit Sir Michael, il ne saurait être mené de façon abstraite. Il ne peut avoir d'intérêt pour le sujet à l'examen que s'il est étayé, notamment, par les dispositions conventionnelles éventuelles, par la jurisprudence et, dans une certaine mesure, par la doctrine, comme l'ont bien montré M. Nolte et M. McRae. Pour autant, M. Kamto ne va pas jusqu'à suivre M. McRae quand celui-ci dit qu'il faut parfois mettre sur le même plan les opinions individuelles ou dissidentes de certains juges au sein de la Cour internationale de Justice et l'arrêt de la Cour, car ce serait aller un peu trop loin.

La séance est levée à 13 heures.

3146^e SÉANCE

Mardi 17 juillet 2012, à 10 h 5

Président : M. Bernd NIEHAUS (Vice-Président)

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes (suite*)

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATIONS DE REPRÉSENTANTS DE LA COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE SUR LE DROIT INTERNATIONAL

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux représentants de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI), MM. Tchikaya et Getahun, et les invite à prendre la parole devant la Commission.

2. M. TCHIKAYA (Commission de l'Union africaine sur le droit international), après avoir transmis les meilleurs vœux du Président de la CUADI, M. Adelardus Kilangi, qui ne pouvait être présent, s'est dit très honoré de s'adresser à la Commission du droit international qui joue un rôle crucial en matière de relations, de paix et de sécurité internationales. Dans sa déclaration, M. Tchikaya insistera sur deux points : les raisons pour lesquelles la CUADI a été créée et ses méthodes de travail.

3. Le 4 février 2009, les États membres de l'Union africaine ont adopté le statut de la CUADI en prévision du cinquantième anniversaire de l'indépendance des États africains. La nécessité de créer la CUADI avait néanmoins été évoquée dans le Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine adopté en 2005. En juillet 2009, les 11 membres qui composent la Commission, dont une femme, ont été élus. Les principaux objectifs de la CUADI sont de deux ordres : entreprendre des activités relatives à la codification et au développement progressif du droit international sur le continent africain, et donner des avis juridiques aux États membres de l'Union africaine et à ses organes politiques. C'est sur ce dernier point que la CUADI se distingue des autres commissions s'occupant de droit international.

4. Conformément au paragraphe 2 de l'article 5 de l'Acte constitutif de l'Union africaine, la CUADI est un organe consultatif indépendant. Pour résumer, elle s'acquiesce de deux fonctions principales. Premièrement, lorsqu'elle est saisie d'une question juridique d'ordre général, la CUADI fonctionne comme la Commission du droit international : un rapporteur est désigné, qui réalise des études, consulte les États membres et élabore un rapport préliminaire examiné en séance plénière. Puis, sous réserve d'approbation par la hiérarchie administrative de l'Union africaine, ce rapport est transmis à la Conférence de l'Union africaine. Deuxièmement, lorsque l'avis de la CUADI sur tel ou tel point de droit est sollicité par un autre organe, des discussions privées – souvent approfondies – sont organisées pour examiner en détail tous les aspects de la question posée ; le cas échéant, il est procédé à un vote.

5. Les réalisations de la CUADI depuis le début de ses travaux, en 2010, sont nombreuses. Outre l'adoption de son règlement intérieur le 19 mai 2011, la Commission a rendu, à la demande du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, un avis juridique sur certains aspects de la situation en Libye et sur la portée et les implications juridiques des résolutions 1970 (2011) et 1973 (2011) du Conseil de sécurité, en date respectivement du 26 février

²⁸⁵ Pour information concernant la suite donnée à cette affaire, consulter <https://transparency-france.org/biens-mal-acquis/>.

* Reprise des débats de la 3140^e séance.

et du 17 mars 2011, et les obligations qui en résultent pour les États Membres des Nations Unies, y compris pour les États membres de l'Union africaine.

6. La CUADI étant en outre également compétente pour émettre des avis de sa propre initiative, elle a examiné à sa précédente session la question de la situation au Mali. Pour ce faire, un rapporteur a été désigné et des études sont en cours.

7. La CUADI se distingue, notamment, par le nombre limité de ses membres et par le fait qu'elle est habilitée à étudier de sa propre initiative les sujets qu'elle juge particulièrement importants. Parmi les questions dont elle a traité, figurent notamment la piraterie en Afrique; l'harmonisation des procédures de ratification; les différends frontaliers; l'immunité des représentants de l'État et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Enfin et surtout, lors du Sommet de l'Union africaine tenu à Kampala en 2010, le Gouvernement ghanéen a prié la Commission de réaliser une étude sur les fondements juridiques des réparations à raison de l'esclavage et d'autres dommages subis en Afrique.

8. M. GETAHUN (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que, dans la mesure où l'un des principaux objectifs de l'Union africaine est l'intégration du continent, un aspect du mandat de la CUADI est de contribuer, par ses études, au développement progressif et à la codification du droit international en Afrique afin de donner aux décideurs africains les moyens d'harmoniser les lois et de refondre les traités en vigueur depuis la création de l'Organisation de l'Unité africaine en 1963. Il y a un lien direct entre la création de la CUADI et le maintien de la paix et de la sécurité en Afrique; en effet, comme l'a relevé M. Tchikaya, les fondements de la CUADI ont leur origine dans le Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine.

9. La CUADI est actuellement engagée dans les activités qu'implique sa création récente, la finalisation de ses méthodes de travail, notamment. Certains des membres d'origine ont été appelés à de plus hautes fonctions; l'un d'eux a déjà été remplacé et de nouvelles élections seront organisées en janvier 2013.

10. Conformément au mandat énoncé dans son statut, l'une des principales priorités de la CUADI est de faire des études sur des questions juridiques. Elle a ainsi réalisé des études sur l'immunité des fonctionnaires à la lumière des décisions prises lors de sommets de l'Union africaine concernant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et des études sur la compétence universelle en relation avec les mesures prises par certains États à l'égard de fonctionnaires africains alors qu'ils séjournaient en Europe.

11. Comme l'a relevé M. Tchikaya, la CUADI est également compétente pour rendre des avis juridiques. Elle en a déjà rendu un mais les modalités selon lesquelles ces avis sont sollicités et traités par les organes politiques ne sont pas encore clairement définies.

12. Un rang de priorité élevé est également accordé à l'enseignement et à la diffusion du droit international.

Quelques études ont été réalisées; l'une d'elles a abouti à l'élaboration d'un projet de loi permettant la mise en œuvre de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique.

13. Conformément au paragraphe 3 de l'article 25 de son statut, la CUADI collabore étroitement avec la Commission du droit international aux fins de la promotion du droit international sur le continent africain. Pour établir un cadre formel de coopération, la Commission du droit international pourrait charger quelques-uns de ses membres de participer aux sessions et activités intersessions de la CUADI. Des accords pourraient également être conclus aux fins de partage d'informations sur les études et publications et aux fins de l'organisation, par des membres d'autres organes, d'événements conjoints, comme des séminaires, notamment.

14. La nécessité d'un accord formel visant à assurer de bonnes relations entre les secrétariats des deux organes est un sujet de préoccupation. La CUADI a son propre secrétariat; un secrétaire a été nommé six mois auparavant. Toutefois, elle ne dispose pas des mêmes ressources que la Commission du droit international et, même si elle a signé un mémorandum d'accord avec le Secrétariat de l'ONU, un arrangement distinct avec le secrétariat de la Commission lui permettrait de tirer parti de l'expérience de celle-ci.

15. M. TLADI se dit très heureux d'accueillir des représentants de la CUADI alors qu'il a participé à la négociation du statut de cette dernière en 2008. Il souhaite néanmoins présenter quelques observations. Premièrement, l'importance de la pratique des États étant clairement soulignée dans le statut de la CUADI, il serait intéressant de savoir comment la CUADI aborde les incohérences que l'on constate parfois dans la pratique des États membres de l'Union africaine. Ainsi, il peut arriver que ces derniers, après avoir pris une décision à la Conférence de l'Union africaine, adoptent une position différente sur le fond et l'orientation du droit au sein d'autres organes, voire dans leur législation nationale. De plus, étant donné la priorité accordée à l'harmonisation des procédures de ratification, il y a lieu de se demander comment concilier les déclarations de la Conférence de l'Union africaine sur la ratification d'instruments et les dispositions constitutionnelles des États membres qui s'en écartent. Le même cas de figure peut se présenter s'agissant d'autres sujets d'étude mentionnés, notamment les différends frontaliers ainsi que l'application et l'interprétation des traités. La CUADI a-t-elle déjà arrêté une stratégie pour traiter ces problèmes?

16. En deuxième lieu, M. Tladi voudrait savoir si les travaux de la CUADI, qui intéressent certainement d'autres organes que la Commission du droit international, sont diffusés.

17. Enfin, l'un des traits distinctifs de la CUADI par rapport à la Commission du droit international étant sa compétence pour rendre des avis juridiques aux organes politiques et aux États membres de l'Union africaine, il serait intéressant de savoir quels sont les liens entre la CUADI et le Bureau du Conseiller juridique de l'Union africaine.

18. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dit que, même s'il a participé à l'élaboration du statut de la CUADI, l'exposé qui précède l'a beaucoup éclairé sur la création et la mission de cette institution. La portée du mandat de la CUADI est très large, ce qui ne va pas sans poser de problèmes, en matière d'avis juridiques notamment. Un autre problème réside dans le fait que la CUADI peut émettre des avis de sa propre initiative, y compris sur des questions sensibles : différends frontaliers et questions politiques soumises par d'autres organes. Quoiqu'il en soit, les efforts faits jusqu'ici sont appréciables.

19. Il reste toutefois à savoir comment la CUADI établit un équilibre entre, d'une part, ses travaux de codification et de développement progressif du droit international et, d'autre part, la nécessité de garder à l'esprit le contexte africain, en particulier lorsqu'elle rend des avis juridiques et sélectionne des sujets de sa propre initiative.

20. M. MURASE dit que la CUADI et l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) partagent un même but, transformer le droit international – sur lequel les États occidentaux ont traditionnellement la haute main – en un ordre juridique international plus juste envers les pays d'Afrique et d'Asie. À sa session annuelle, récemment tenue à Abuja, l'AALCO a examiné les sujets étudiés par la Commission du droit international. La CUADI pourrait donc établir des relations de travail étroites avec l'AALCO de façon à éviter tout chevauchement entre leurs travaux. Il serait en outre souhaitable à l'avenir de faire coïncider les visites de représentants de la CUADI et de l'AALCO à la Commission.

21. M. Murase voudrait savoir comment la CUADI envisage la suite qui pourrait être donnée aux résultats de ses travaux en dehors du cadre de l'Union africaine, cet aspect étant apparemment absent de son statut alors même que le droit international est censé être d'application universelle. À cet égard, des précisions seraient utiles quant aux liens entre la CUADI et la Sixième Commission.

22. M. TCHIKAYA (Commission de l'Union africaine sur le droit international), répondant à M. Tladi, dit que l'une des difficultés apparues dès la toute première session de la CUADI en 2010 tient effectivement à la diversité des approches juridiques retenues par les États. Il s'agit d'un problème de taille puisque la CUADI ne peut s'appuyer sur aucune jurisprudence dans son travail de codification. Elle recherchera donc des solutions fondées sur les conclusions de ses délibérations visant à assurer l'harmonie entre les États membres de l'Union africaine.

23. Les études sur l'harmonisation des procédures de ratification ont révélé des divergences dans ces procédures internes, mais aussi dans la manière dont les États et gouvernements conçoivent les droits en général au plan international. Environ un tiers de l'ensemble des traités négociés et signés dans le cadre de l'Union africaine ne sont pas encore ratifiés, ce qui est assurément problématique. Une enquête a montré que les États ne ratifiaient pas les traités qu'ils avaient signés pour diverses raisons, parmi lesquelles l'alternance politique et les changements d'attitude, les connaissances en droit international et le caractère contraignant des traités. Cette situation

est particulièrement préoccupante au regard du contexte général d'intégration politique et juridique dans lequel l'Union africaine opère. La diversité des approches retenues par les États est certes une réalité incontournable mais il n'en reste pas moins que ceux-ci doivent être rappelés à leur obligation de ratifier les traités qu'ils signent.

24. Il est incontestable que les travaux de la CUADI doivent être mieux diffusés. Le site Web de la CUADI est en cours de construction. En attendant son achèvement, il serait bon de pouvoir accéder à l'information via le site Web de l'Union africaine.

25. M. GETAHUN (Commission de l'Union africaine sur le droit international), répondant à la question de M. Tladi sur la pratique des États, dit que la CUADI trouve des orientations susceptibles de guider ses travaux dans une disposition de son statut selon laquelle elle « examine les mécanismes pour rendre plus [accessible] la documentation relative au droit international coutumier, à travers la compilation et la publication de documents concernant la pratique des États²⁸⁶ ». Quoiqu'il en soit, la CUADI en est encore au stade de l'élaboration de ses méthodes de travail ; et la Commission est donc appelée à faire preuve de patience et, le cas échéant, à apporter son aide.

26. Un membre de la CUADI est chargé d'élaborer les méthodes de travail, y compris celles relatives à la diffusion des résultats de ses travaux. Cela étant, la CUADI ne sait pas précisément combien de documents diffuser étant donné que certains sont destinés aux chefs d'État et de gouvernement africains et que c'est à l'Assemblée de décider s'ils peuvent être rendus publics.

27. Concernant les avis juridiques, la CUADI n'est pas chargée de fournir des conseils juridiques mais de préparer des études sur des questions qui présentent un intérêt pour l'Union africaine et, dans ces études, elle a tendance à adopter une approche plus doctrinale qu'interprétative. Concernant l'avis sur la situation en Libye, certains membres de la Commission se sont inquiétés de la manière dont celui-ci avait été sollicité : certaines des parties l'ayant demandé ont, semble-t-il, anticipé un résultat précis susceptible d'être utilisé pour étayer une position politique donnée. Aborder la réalisation d'études juridiques sous cet angle donne l'impression que la CUADI est plus un département juridique qu'un organe collégial d'experts fournissant des avis indépendants. En outre, la CUADI a été priée de rendre des avis sur un très grand nombre de points, ce qui est susceptible de compromettre ses travaux. Ce qu'il faut surtout retenir, c'est que l'objectif visé par ces avis juridiques est de permettre l'expression d'une perspective africaine sur ces sujets.

28. En ce qui concerne la question de M. Murase sur l'utilisation des travaux de la CUADI en dehors du cadre de l'Union africaine, la CUADI n'a pas de lien direct avec la Sixième Commission. Cela étant, les avis de la CUADI peuvent aider les États africains à harmoniser leurs points de vue sur diverses questions à l'ONU, ce qui n'est pas négligeable étant donné que l'Afrique est l'un des principaux groupes régionaux de l'Organisation.

²⁸⁶ Union africaine, Conseil exécutif, quatorzième session ordinaire, 16-30 janvier 2009, Statut de la Commission de l'Union africaine sur le droit international [EX-CL/478 (XIV)a], art. 6, par. 13.

29. M. WAKO se félicite de la création de la CUADI, qui favorisera l'émergence d'une « lecture africaine » des questions de droit international. Le droit international ne concerne pas seulement l'Afrique mais le monde entier ; il s'agit en effet d'un enjeu mondial et la contribution des États africains au développement du droit international sera renforcée par les travaux de la CUADI. Il faut donc espérer que la visite de membres de cette institution africaine sera la première d'une longue série. En réalité, la CUADI est peut-être mieux placée que la Commission elle-même pour dégager la pratique des États, cette dernière étant souvent en butte à des difficultés pour obtenir des renseignements des États et recueillir leurs vues. Qui plus est, alors que la communauté internationale elle-même devient véritablement mondiale, le concours de la CUADI à la détermination des tendances du droit international peut se révéler très utile.

30. Concernant, par exemple, le sujet de la compétence universelle, il y a lieu de rappeler qu'à sa onzième session ordinaire la Conférence de l'Union africaine a émis l'espoir que la Commission examinerait cette question afin d'aider la CUADI à avancer sur le sujet²⁸⁷. M. Wako espère que cette dernière accordera la priorité à ce sujet car une approche internationale uniforme des crimes internationaux graves serait plus efficace que celle consistant à s'appuyer sur des normes de droit interne, généralement plus politisées.

31. La fourniture d'avis juridiques étant prévue par le statut de la CUADI, la question est de savoir en quoi celle-ci se distingue de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme à cet égard. Les représentants de la CUADI sont, il faut s'en féliciter, conscients du fait que cette tâche particulière peut être problématique.

32. Les relations entre la CUADI et la Commission du droit international pourraient être améliorées dans de nombreux domaines et il serait utile que ces deux organismes échangent leurs idées sur un certain nombre de sujets. M. Wako exhorte la CUADI à soumettre ses rapports annuels à la Commission, qui reçoit déjà les rapports d'organes analogues comme le Comité juridique interaméricain et l'AALCO, dont les travaux sont essentiellement les mêmes que ceux de la CUADI. Toutes ces organisations régionales ont un rôle important à jouer en matière de développement progressif du droit international.

33. M. PETER se réjouit lui aussi de la visite de représentants de la CUADI mais appelle à une certaine prudence. La CUADI est une institution de création récente, qui peut donc se permettre d'être audacieuse et d'entreprendre ses propres travaux au lieu de prendre la Commission du droit international pour modèle, quitte à déterminer ensuite ce que l'Afrique peut apporter aux travaux de cette dernière. La contribution des pays africains au développement du droit international, bien que largement méconnue, est en réalité substantielle. Ainsi, ce sont les États africains qui ont explicité la notion de

zone économique exclusive, aspect important du droit de la mer. Des éléments du droit international humanitaire, comme les mécanismes alternatifs de règlement des différends et les commissions vérité et réconciliation, portent également la marque de l'Afrique.

34. Comme l'a fait remarquer M. Tladi, la CUADI a le devoir d'encourager les États africains à coordonner leurs approches du droit international. Un État ne peut pas ratifier un instrument international et décider ensuite de ne pas le respecter. La CUADI devrait faire pression sur les États pour qu'ils honorent leurs engagements.

35. Les difficultés rencontrées par la CUADI sont incontestables, en premier lieu celle du financement, dont dépend son indépendance. Si l'on crée une institution régionale, il n'est pas convenable de se tourner vers des sources extérieures pour en assurer le financement. Il y a toutefois lieu de reconnaître que l'Union africaine fait bien mieux que les autres organisations régionales en matière d'appui à ses propres organes. La CUADI est en butte à une autre difficulté : préserver son indépendance en se gardant de céder aux pressions politiques. Si elle agit en ce sens, elle gagnera le respect de l'Afrique et du monde entier.

36. M. KAMTO voudrait savoir comment les membres de la CUADI sont sélectionnés et si les États membres de l'Union africaine peuvent proposer des sujets pour examen. Il souhaiterait également obtenir un exemplaire du statut de la CUADI.

37. Concernant les activités de la CUADI, M. Kamto voudrait savoir quelle forme revêt le résultat des études réalisées par les rapporteurs spéciaux : la CUADI publie-t-elle des rapports ou des conclusions ? Des précisions utiles ont été apportées sur la manière dont la CUADI entend diffuser le résultat de ses travaux, cette information étant importante pour les chercheurs et pour la Commission du droit international. En même temps, la CUADI est un organe d'experts indépendant, de sorte que l'on peut s'interroger sur la nécessité de garder ses travaux confidentiels.

38. La pratique des États est très importante en droit international. Les exemples de la pratique des États africains dont dispose la Commission étant très peu nombreux, la question se pose de savoir si ces États sont plus réactifs aux demandes de renseignement émanant de la CUADI et, plus généralement, si la CUADI entend se pencher, comme l'AALCO, sur les sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission.

39. Enfin, M. Kamto partage la préoccupation de M. Wako au sujet de la fourniture d'avis juridiques, question appelant un examen approfondi dans la mesure où cette fonction fait, semble-t-il, double emploi avec les activités de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ; le programme de travail de la CUADI est en outre déjà très chargé. Comme M. Wako l'a fait valoir, il est toujours possible que les États utilisent ces avis à des fins politiques.

40. M. HASSOUNA dit que la création de la CUADI, concomitante de la création de la Société africaine de droit international et comparé, illustre l'importance attachée par l'Afrique au droit international. Il espère que la CUADI étudiera également les sujets examinés

²⁸⁷ Voir Conférence de l'Union africaine, onzième session ordinaire, 30 juin-1^{er} juillet 2008, Sharm el-Sheikh (Égypte), « Décisions, déclarations, hommages et résolutions » [Assemblée/AU/Dec.193-207 (XI)], Décision 199 (XI) sur le rapport relatif à l'utilisation abusive de compétence universelle [Doc.Assemblée/AU/14 (XI)], disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://au.int/en/decisions/assembly-african-union-eleventh-ordinary-session> (consulté le 18 février 2016).

par la Commission, adoptera des vues sur ceux-ci et les communiquera à la Commission, dont les débats ne peuvent qu'être enrichis par cette coopération, qui a son importance.

41. La révision des traités est un des points inscrits à l'ordre du jour de la CUADI. La question de savoir pourquoi des pays signent des traités et ne les ratifient pas est une question fort embarrassante, non seulement pour l'Afrique mais aussi pour les Nations Unies. L'Union africaine devrait procéder, par l'entremise de la CUADI, à un échange d'expériences avec les autres organisations régionales et internationales sur cette question.

42. Enfin, la question de la paix et de la sécurité en Afrique, qui relève du mandat de la CUADI, n'est pas étudiée par la Commission qui s'efforce d'éviter les questions politiques susceptibles de semer la division parmi ses membres. Pour autant, si le sujet est abordé d'un point de vue strictement juridique, son examen pourrait permettre de régler des différends; il serait intéressant de savoir quels succès à cet égard ont été engrangés par la CUADI, qui, avec toute l'Union africaine, devrait coopérer étroitement avec l'ONU, principale organisation chargée du maintien de la paix et de la sécurité dans le monde.

43. M. TCHIKAYA (Commission de l'Union africaine sur le droit international) remercie les membres de la Commission de leurs questions sur les activités de la CUADI. Il note que la plupart des règles de droit international appliquées en Afrique depuis 1960 ont été élaborées en dehors de la région. C'est pourquoi l'existence même de la CUADI découle de la nécessité de disposer, dans le domaine du droit international, d'un organe connecté aux réalités africaines et s'exprimant au nom des Africains.

44. M. Tchikaya tient à rassurer M. Wako quant au fait que la question de la compétence universelle est examinée par la CUADI et qu'un rapporteur spécial pour ce sujet a été désigné.

45. Les membres de la CUADI sont nommés par les États et leur sélection répond aux critères énoncés dans le statut de la CUADI. Le Conseil exécutif, composé des ministres africains de la justice, procède ensuite à un vote.

46. Les travaux des rapporteurs spéciaux prennent la forme de rapports ou d'études et sont examinés par les membres de la Commission; ces rapports ou études sont ensuite approuvés par le Conseil exécutif et soumis à la Conférence de l'Union africaine pour adoption. Les États peuvent proposer un sujet aux fins d'examen: les sujets proposés sont ensuite approuvés par le Conseil exécutif et par le Comité des représentants permanents.

47. Rien ne s'oppose à ce que la CUADI examine des sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission du droit international, surtout s'ils présentent un intérêt particulier pour l'Afrique. La CUADI peut très bien transmettre ses vues sur ces sujets à la Commission.

48. Des discussions sur les conditions de publication des textes sur le site Web de la CUADI sont en cours²⁸⁸;

nombre de documents peuvent néanmoins être consultés dès à présent sur le site Web de l'Union africaine.

49. Il est peu probable que, lors de l'élaboration du statut de la CUADI, la question de savoir si cette dernière risquait, en rendant des avis, d'empiéter sur la compétence de ce qui était alors la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ait été abordée. Avec cette compétence, il existe donc deux sources auprès desquelles des avis juridiques peuvent être sollicités. Comme la Commission du droit international, la CUADI est géographiquement proche de son organisation mère. Elle se réunit à Addis-Abeba où se trouve le siège de l'Union africaine; quant aux audiences de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, elles se tiennent à Arusha, en République-Unie de Tanzanie. La Cour africaine de justice et des droits de l'homme s'apparente dans une certaine mesure à la Cour internationale de Justice.

50. Il est logique, s'agissant des questions propres à l'Afrique, ou de celles qui nécessitent un point de vue strictement africain, que les organes de l'Union africaine puissent solliciter l'avis de la CUADI.

51. M. PETRIČ se félicite de la création de la CUADI, qui marque une avancée considérable vers l'enracinement de l'état de droit en Afrique et s'accompagne de conséquences au plan mondial. Il importe toutefois de souligner que la Commission du droit international et la CUADI ont des mandats distincts. La seconde, organe récemment créé, devrait tirer parti des soixante années d'expérience de la première. Cela étant, le mode de fonctionnement de la CUADI étant sensiblement différent, elle devrait aussi innover. En tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale, la Commission a un mandat de portée relativement limitée et doit s'en tenir à la codification et au développement progressif du droit international. À cet égard, les possibilités de coopération entre ces deux organes seront multiples, mais leur coopération institutionnelle sera quelque peu limitée par la différence essentielle entre leurs attributions, à savoir la compétence qu'a la CUADI de rendre des avis juridiques en réponse aux demandes des États et par la dimension politique de certaines activités de la CUADI.

52. Tous les systèmes juridiques du monde sont représentés à la Commission du droit international. Ses huit membres africains contribuent de manière substantielle et très utile à la codification et au développement progressif du droit international. La question est par conséquent de savoir s'il n'y aurait pas d'autres moyens pour la CUADI de faire en sorte que les points de vue africains soient reflétés dans les travaux de la Commission du droit international. La CUADI pourrait contribuer au développement du droit international général de deux manières: en apportant un soutien énergique aux membres africains de la Commission et en encourageant les États africains à répondre plus souvent aux questions qui leur sont posées.

53. M. KITTICHAISAREE convient avec M. Peter que la CUADI doit être indépendante et que l'Afrique, forte de sa sagesse et de son potentiel humain, devrait renforcer sa contribution dans le domaine du droit international. L'Amérique du Sud est à l'origine de la doctrine Calvo; pourquoi quelque chose d'équivalent n'émanerait-il pas

²⁸⁸ <https://au.int>.

de l'Afrique? Comme l'a proposé M. Murase, il serait utile à la CUADI de nouer des liens plus étroits avec l'AALCO. Lors de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, l'AALCO a coordonné la position des États d'Afrique et d'Asie sur la notion de zone économique exclusive. L'AALCO avait aussi consenti des efforts considérables pour protéger les droits et intérêts des États sans littoral et défavorisés, et assurer le partage équitable des revenus tirés de l'exploitation des sites miniers des grands fonds marins.

54. L'Afrique protégerait mieux ses intérêts si elle connaissait la paix et la stabilité internes. C'est pourquoi la CUADI devrait renforcer l'état de droit en Afrique comme moyen de prévenir tout abus de la compétence universelle. Si les États africains font le nécessaire pour poursuivre les criminels devant leurs tribunaux, la Cour pénale internationale n'aura pas à intervenir. Il convient donc de se féliciter des informations selon lesquelles le Gouvernement sénégalais aurait exprimé la volonté de poursuivre l'ancien dictateur tchadien Hissène Habré devant ses tribunaux, avec le concours de l'Union africaine.

55. M. GETAHUN (Commission de l'Union africaine sur le droit international) approuve les remarques de M. Kittichaisaree concernant la compétence universelle; s'il faut éviter toute politisation et la victimisation des responsables africains, lutter contre l'impunité sur le continent est tout aussi essentiel. C'est pourquoi la CUADI concentre ses efforts sur la lutte contre ce phénomène et encourage aussi bien les poursuites engagées par des juridictions nationales que l'exercice de la compétence à l'échelon régional.

56. Les mots «avis consultatif» ne figurent pas dans le statut de la CUADI, dont les avis ne peuvent être assimilés à ceux qui émanent de tribunaux. La CUADI est un organe consultatif indépendant chargé d'aider les autres organes de l'Union africaine à formuler des politiques. À cette fin, des études sont réalisées sur des questions juridiques ayant un intérêt pour l'Union et ses États membres.

57. Conformément à l'article 11 du statut de la CUADI, ses membres sont élus au scrutin secret par le Conseil exécutif des ministres. Le résultat de ce scrutin est ensuite transmis à la Conférence de l'Union africaine pour approbation finale. Chaque État membre peut proposer deux candidats au maximum. Lorsque de nouveaux membres sont élus à la CUADI, il faut tenir compte de la répartition géographique et de la représentation des deux sexes.

58. Le risque de chevauchement entre les travaux de la CUADI et ceux de la Commission du droit international est négligeable, l'histoire et le mandat de celle-ci étant radicalement différents. Pour s'acquitter de ses responsabilités, la CUADI doit innover. La coopération entre cette dernière et la Commission est un des moyens les plus sûrs de renforcer la contribution de l'Afrique au droit international, avec les conférences organisées par la Société africaine de droit international et comparé, et plusieurs autres mécanismes, comme les réunions des ministres de la justice et des affaires étrangères.

59. Bien que les programmes de travail de la CUADI et de la Commission diffèrent, il peut y avoir des

chevauchements entre leurs travaux respectifs. Ainsi, M. Getahun a présenté un rapport et un projet de loi type relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et, pour définir le mot «catastrophe», s'est notamment appuyé sur les rapports du Rapporteur spécial de la Commission pour le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe. La CUADI ne mentionne pas systématiquement les travaux de la Commission du droit international mais il lui arrive d'inclure les textes adoptés par celle-ci dans la documentation qu'elle utilise.

60. La création de la CUADI et les études réalisées par celle-ci ne risquent pas de fragmenter le droit international mais seront au contraire l'occasion pour l'Afrique d'apporter sa contribution active dans de nombreux domaines du droit international, grâce à l'adoption de normes relevant d'un développement progressif radical. À titre d'exemple, on peut mentionner la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala). Il est peu probable qu'un tel instrument juridiquement contraignant soit jamais adopté à l'échelle du système des Nations Unies. On peut également mentionner la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, qui a introduit en droit international le principe selon lequel tout changement anticonstitutionnel de gouvernement doit être rejeté (art. 3, par. 10, et art. 23 à 26).

61. La CUADI s'efforce de promouvoir l'intégration des États africains en remédiant aux déficiences en la matière à l'échelon régional, en harmonisant les lois et en réglementant certaines activités – autrement dit en faisant le nécessaire pour jeter les bases des États-Unis d'Afrique. La CUADI a mis sur pied des procédures qui permettent aux membres de consulter les rapports des rapporteurs spéciaux avant leur publication. Une fois ces rapports officiellement adoptés, ils deviennent des rapports de la Commission.

62. Le grand nombre de questions posées lors de la séance en cours montre que ce ne sont pas les sujets de discussion intéressant les deux commissions qui manquent. Tout en se réjouissant du processus engagé, M. Getahun dit qu'il faudrait organiser à l'avenir des discussions sur une base plus régulière et structurée. Les observations de la Commission du droit international seront transmises aux membres de la CUADI et il faut espérer que des membres de la première participeront à des réunions de la seconde.

63. Le PRÉSIDENT remercie les représentants de la CUADI de leur visite et de leurs propositions concernant les relations entre les deux commissions.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. A, et A/CN.4/654]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (suite)

64. M. GEVORGIAN félicite la Rapporteuse spéciale d'avoir soumis un rapport préliminaire de fond si peu de temps après avoir été nommée. La Commission et

le précédent Rapporteur spécial avaient déjà réalisé un important travail de fond sur le sujet et ces travaux sont importants. Les travaux futurs de la Commission devraient être guidés par l'examen approfondi de la pratique et de la doctrine réalisés par le précédent Rapporteur spécial. La désignation d'un nouveau Rapporteur spécial ne doit pas s'accompagner d'un changement d'approche; faire fi des travaux antérieurs serait un gaspillage de ressources.

65. Venant aux questions de fond soulevées dans le rapport, M. Gevorgian approuve, s'agissant de la méthodologie, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, et se réjouit du consensus au sein de la Commission sur cette question. La distinction ainsi opérée permettra de traiter le sujet de façon cohérente et de tenir compte du régime juridique propre à chaque catégorie d'immunité. M. Gevorgian convient avec M. Forteau, M. Nolte et Sir Michael Wood que le paragraphe 57 du rapport met trop l'accent sur la «nature fonctionnelle» de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. M. Murphy et plusieurs autres orateurs ont eu raison de souligner que l'immunité était également fondée sur les grands principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence. C'est sous cet angle que la nature fonctionnelle de l'immunité *ratione materiae* doit être envisagée.

66. La Rapporteuse spéciale a raison de dire que la Commission doit adopter une approche par étapes. Répartir les questions en différents groupes et progresser pas à pas n'empêcheront pas la Commission d'avoir une vue d'ensemble ni de définir clairement la direction à prendre.

67. Les travaux futurs de la Commission devront prendre la forme de projets d'article d'une convention. Il n'y a pas d'autre solution; la question examinée est trop complexe pour faire l'objet de directives ou de règles de droit non contraignantes. La référence à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, faite par M. Park, est frappante. Contrairement à l'argument de Sir Michael, selon lequel le nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur de la Convention n'a pas pu être obtenu à cause de l'extrême complexité des procédures de ratification internes, la vraie raison est que la Convention porte sur des questions jugées trop sensibles par beaucoup d'États. Aucun gouvernement ne serait disposé à partir officiellement du principe que l'immunité de l'État est absolue. Il y a certes accord général sur le fait que l'immunité de l'État est de nature fonctionnelle, mais les États éprouvent quelque réticence à devenir partie à des instruments juridiquement contraignants. La Commission se trouve dans une situation délicate parce qu'elle traite d'un sujet complexe, à cheval sur la frontière entre la fonctionnalité et la non-fonctionnalité.

68. Traitant des restrictions possibles à l'immunité, la Rapporteuse spéciale évoque à plusieurs reprises dans son rapport (aux paragraphes 29 et 60, par exemple) la nécessité de ne pas ignorer et d'accepter les «aspects nouveaux du droit international contemporain relatifs à la lutte contre l'impunité, qui tendent vers une limitation des immunités» (par. 29). Il est exact qu'une tendance à la restriction de l'immunité émerge clairement, mais elle résulte de l'existence de tribunaux internationaux et de leur activité,

nonobstant l'important laps de temps qui s'est écoulé entre la création du Tribunal de Nuremberg et celle des tribunaux pénaux internationaux plus récents. C'est la tendance inverse que l'on constate quand des affaires sont renvoyées devant les tribunaux nationaux. Lorsque des tentatives ont été faites pour poursuivre des chefs d'État en Espagne, en Belgique et au Royaume-Uni, des lois ont été adoptées pour restreindre une telle possibilité.

69. Concernant l'existence d'une tendance générale, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, qui est d'une grande importance pour les travaux futurs de la Commission sur le sujet, a confirmé la règle de droit international existante et la position précédemment adoptée par la Cour en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*.

70. Comme le souligne la Rapporteuse spéciale, la Commission doit traiter le sujet en s'appuyant sur certaines valeurs telles que la stabilité des relations internationales et la lutte contre l'impunité. Ces valeurs ne vont pas sans poser de problèmes complexes aux plans politique et philosophique, et de problèmes extrêmement complexes au plan juridique. S'il est aisé de dire «pas de paix, pas de justice», cette maxime n'a pas toujours triomphé dans la pratique. M. Gevorgian partage bien sûr ce point de vue, mais passer de la théorie à la pratique peut se révéler difficile. La Commission doit trouver le délicat équilibre nécessaire entre les deux.

71. L'immunité de juridiction pénale étrangère s'entend de l'immunité de poursuites pénales et ne signifie pas que le représentant de l'État échappe au droit positif de l'État étranger, et encore moins à celui de l'État qu'il représente. Par conséquent, l'existence d'une immunité n'exclut pas l'ouverture d'une enquête pénale ni les poursuites pénales contre un haut responsable. Bien entendu, l'État que le bénéficiaire de l'immunité représente ou a représenté est toujours face à un grave dilemme lorsque l'intéressé, par exemple un chef d'État, est sur le point d'être poursuivi par une juridiction étrangère: invoquer ou non l'immunité pour les actes en cause, sachant que dans le premier cas ces actes deviendraient ceux de l'État lui-même, avec toutes les conséquences qui en découleraient.

72. M. Gevorgian approuve la proposition de la Rapporteuse spéciale au paragraphe 63 du rapport tendant à ce que la Commission examine la question de savoir si l'immunité *ratione personae* peut être appliquée à d'autres personnes que celles composant la triade. On peut certainement élargir ce cercle; non pas en dressant la liste des personnes concernées mais en établissant différentes catégories. Concernant l'immunité *ratione materiae*, la Commission devra établir des critères objectifs pour déterminer ce qu'est un «acte officiel».

73. Pour ce qui est de savoir si le sujet relève de la codification ou du développement progressif du droit, M. Gevorgian convient avec M. Murphy que la formulation de règles *de lege ferenda* pose un problème de politique juridique très épineux qui appelle une approche extrêmement prudente. M. Gevorgian convient aussi avec M. Huang et Sir Michael que la Commission doit

envisager avec la plus grande prudence tout développement progressif du droit international en la matière. Étant donné que l'argument selon lequel le sujet se prête à un développement progressif du droit n'a pas fait l'unanimité à la Sixième Commission, ni à la Commission, il serait judicieux de commencer par codifier les règles de droit international existantes, et alors seulement de passer au développement progressif du droit s'agissant des « zones grises » ou des questions qui ne sont pas suffisamment réglementées mais qui font l'objet d'un consensus ou d'un large accord, ainsi que proposé dans le rapport.

La séance est levée à 12 h 40.

3147^e SÉANCE

Vendredi 20 juillet 2012, à 10 h 5

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Wako, M. Wisnumurti.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*fin*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. A, et A/CN.4/654]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du rapport préliminaire de la nouvelle Rapporteuse spéciale, sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il prie M^{me} Escobar Hernández de résumer les débats sur le sujet.

2. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) remercie les membres de l'accueil réservé au rapport préliminaire, ainsi que de leurs observations constructives. Elle se propose de résumer en premier lieu les échanges portant sur les questions de fond, avant de passer à la méthodologie et au plan de travail.

3. Tout d'abord, il faut souligner que l'ensemble des membres approuvent l'idée de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* tout en reconnaissant qu'elles ont chacune une dimension fonctionnelle, dont le fondement est le souci de préserver l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales. Pour certains, l'immunité *ratione personae* des plus hauts fonctionnaires ou représentants de l'État se justifie par le fait que ceux-ci représentent ou même personnifient l'État, mais un membre au moins conteste cet argument au motif que la notion de

personnification de l'État n'est plus compatible, de nos jours, avec le principe d'une souveraineté de l'État fondée sur le peuple.

4. Concernant l'immunité *ratione personae*, nombre de membres s'accordent à penser que son champ d'application doit être limité à la triade, autrement dit au chef d'État, au chef de gouvernement et au ministre des affaires étrangères. L'octroi de l'immunité à ce dernier suscite cependant des réserves de la part de certains, tandis que d'autres, à l'inverse, n'excluent pas la possibilité d'étendre l'immunité à d'autres hauts responsables du gouvernement dont le mandat est en rapport avec les relations extérieures. Cependant, cette extension suscite elle-même des réserves en raison de la difficulté à catégoriser des personnes dont les fonctions relèvent du droit interne de chaque État. En tout état de cause, tous conviennent qu'un système de liste n'est pas viable et qu'il est préférable de définir les critères d'une éventuelle application de l'immunité *ratione personae* au-delà de la triade, cette extension pouvant d'ailleurs être circonscrite à des durées ou à des circonstances spécifiques, comme les missions spéciales. Quant à l'immunité *ratione materiae*, un grand nombre de membres estiment que le principal critère, pour en déterminer les bénéficiaires, est le caractère « officiel » ou non de l'acte accompli. Par ailleurs, l'expression « représentants de l'État » pour désigner ces bénéficiaires semble remporter la majorité des suffrages.

5. La notion d'acte officiel elle-même a suscité une attention particulière, certains membres estimant d'ailleurs qu'elle concerne non seulement l'immunité *ratione materiae* mais aussi l'immunité *ratione personae*. Il a été souligné que l'acte officiel était nécessairement accompli au nom de l'État et dans le cadre des fonctions attribuées à l'un de ses représentants. Tous conviennent qu'il est essentiel de définir l'acte officiel pour déterminer le champ d'application de l'immunité, mais la définition elle-même est sujette à controverse. Il faut donc chercher quels critères peuvent servir à qualifier un acte d'« officiel ». À cet égard, plusieurs membres recommandent d'utiliser les critères retenus dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁸⁹ et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, mais d'autres sont opposés à cette transposition. La question se pose également de savoir si les actes illicites ou commis *ultra vires* entrent dans la catégorie des actes officiels. Enfin, il a été proposé de se fonder sur la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, voire d'envisager des actes *jure gestionis* qui seraient néanmoins accomplis à titre officiel et susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur.

6. Le sujet qui a suscité les plus vifs débats est assurément celui des éventuelles exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en particulier dans le cas des crimes internationaux. Pour beaucoup, il est exclu que ces actes soient couverts par l'immunité car cela irait à l'encontre de la lutte contre l'impunité telle qu'elle est commandée par

²⁸⁹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

le droit international contemporain. Il est donc nécessaire de déterminer quels crimes échappent à l'immunité, éventuellement en fonction de leur gravité – mais plusieurs membres estiment précisément que ce critère n'a aucune pertinence en l'espèce. La Rapporteuse spéciale est d'avis que les crimes justifiant une dérogation à l'immunité sont ceux dont la communauté internationale dans son ensemble considère qu'ils sont d'une gravité et d'une incidence particulières, comme le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

7. D'une façon générale, il semble difficile de faire abstraction des récentes tendances du droit international en matière de responsabilité pénale internationale de l'individu. Un membre a souligné qu'il n'était pas acceptable de prendre en considération des questions commerciales aux fins de déterminer les exceptions à l'immunité de l'État, si l'on ignorait par ailleurs les crimes internationaux aux fins de déterminer les exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Pour certains, les régimes conventionnels, comme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ne sont pas utiles à l'identification des exceptions possibles, mais d'autres estiment au contraire qu'ils témoignent de tendances que la Commission ne saurait méconnaître. En tout état de cause, il convient d'aborder la question des exceptions avec prudence et en tenant compte de la pratique des États, ainsi que des travaux antérieurs de la Commission.

8. La proposition de la Rapporteuse spéciale de faire référence aux valeurs et principes du droit international contemporain a également donné lieu à d'intenses échanges de vues. Nombre de membres jugent cette approche utile pour trouver l'équilibre nécessaire entre, d'une part, la volonté de préserver l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales, et, d'autre part, celle de lutter contre l'impunité, mais d'autres estiment au contraire qu'une analyse fondée sur des éléments métajuridiques et sur les «tendances» de l'ordre juridique international n'est pas appropriée. Un membre a suggéré de parler de «politique juridique». Dans l'ensemble, cependant, nul n'est expressément opposé à une prise en considération de ces valeurs et principes; ce qui pose davantage problème, c'est leur identification. À cet égard, on peut distinguer deux grandes tendances au sein de la Commission: pour certains, les valeurs et principes pertinents sont exclusivement l'égalité souveraine des États, l'intégrité territoriale et la stabilité des relations internationales, que l'immunité vise précisément à protéger; pour d'autres, ces mêmes principes et valeurs doivent être associés à d'autres plus nouveaux, qui ont fait leur apparition au cours des dernières décennies et qui ont été traduits dans différentes normes du droit international, comme, en particulier, la volonté de combattre l'impunité des crimes internationaux les plus graves. En même temps, à cet égard, la souveraineté de l'État – dans sa dimension juridictionnelle – est limitée par l'immunité, et il faut également en tenir compte.

9. En résumé, une référence non restrictive aux valeurs et aux principes existants, dans leurs aspects strictement juridiques et compte tenu de leur place dans l'ordre juridique international, recueille donc un consensus, ce dont la Rapporteuse spéciale se félicite. Là encore, cependant, il conviendra de procéder avec prudence et en s'appuyant

sur la pratique des États, les normes internationales et l'évolution du droit international. En particulier, il faut s'en tenir aux valeurs et principes qui sont partagés par l'ensemble de la communauté internationale. Il ne s'agit en aucun cas d'introduire des «valeurs occidentales» comme le redoute un membre. En tout cas, nul ne semble exclure la lutte contre l'impunité des valeurs et des principes à prendre en considération, ce qui est particulièrement important compte tenu de la diversité des cultures et des systèmes juridiques qui sont représentés à la Commission.

10. Plusieurs membres ont souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'analyser la relation entre la responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle, ainsi que son incidence sur l'immunité, et notamment la relation entre l'immunité de l'État et celle de l'individu. Certains approuvent, à ce propos, l'idée de s'appuyer sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, mais d'autres estiment que cette décision ne concerne pas l'immunité des représentants de l'État.

11. Une grande importance a été accordée aux aspects procéduraux de l'immunité, dont tous s'accordent à reconnaître qu'ils méritent d'être examinés. Les avis sont toutefois partagés en ce qui concerne le moment opportun de cet examen; si la plupart des membres approuvent la proposition de la Rapporteuse spéciale de se consacrer dans un premier temps aux questions de fond, d'autres préféreraient aborder plus tôt les questions de procédure, sans nécessairement les distinguer des aspects de fond de l'immunité.

12. Enfin, il convient de signaler que deux membres ont évoqué la nécessité d'aborder la question de la compétence universelle dans le cadre des travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et ont renvoyé au rapport établi sur le sujet par le groupe d'experts techniques mandaté conjointement par l'Union africaine et l'Union européenne.

13. En conclusion, la Rapporteuse spéciale relève que les questions de fond traitées dans son rapport préliminaire sont encore loin de recueillir un consensus, comme en témoignent les débats de la Commission, mais qu'elles font l'objet d'une réflexion structurée qui devra se poursuivre pendant les sessions suivantes, sur la base d'une analyse approfondie.

14. Abordant les échanges consacrés à la méthodologie et au plan de travail, la Rapporteuse spéciale rappelle que son rapport préliminaire est un rapport de transition, dont l'objet est de présenter les bases méthodologiques des travaux qu'elle se propose d'effectuer pendant le quinquennat en cours. Nombre de membres, relevant l'importance des questions de méthode à ce stade des travaux, ont fait des observations utiles à cet égard. Le débat est néanmoins resté essentiellement axé sur l'approche proposée dans le rapport et son expression immédiate, le plan de travail. Un membre s'est interrogé sur la neutralité de cette approche, insistant sur le fait qu'elle ne devait en rien influencer sur le débat de fond. Il convient d'objecter à cet égard qu'aucune approche ne peut être neutre parce que la notion même d'approche suppose d'opter

pour une démarche dans un but précis. Toute neutralité quant à l'objet et la finalité de travaux ou quant à l'angle adopté pour traiter un sujet est donc illusoire, surtout dans le cadre de travaux pré-normatifs, exercice auquel correspond dans une large mesure la mission de codification et de développement progressif du droit qui incombe à la Commission.

15. Comme souvent dans les débats de la Commission, la première question de méthode soulevée par les membres a été celle de savoir quelle devait être la part de la codification et celle du développement progressif du droit international dans les travaux sur le sujet, et s'il fallait privilégier l'analyse *de lege lata* ou celle *de lege ferenda*. Dans l'ensemble, les membres sont convenus qu'il n'était pas possible de traiter le sujet sous un seul de ces angles. Ils ont estimé qu'en raison de la nature même des questions examinées, la Commission ne pouvait pas s'en tenir à l'énoncé de la *lex lata* et devait procéder à des développements du droit. Ils ont approuvé l'approche prudente préconisée par la Rapporteuse spéciale, tendant à partir de considérations *de lege lata* pour incorporer ensuite une analyse *de lege ferenda*, tout en tenant compte de l'évolution du droit international. Sans remettre en cause cette approche, certains membres ont estimé qu'il fallait se garder d'opérer une distinction nette entre *lex lata* et *lex ferenda*, entre codification et développement progressif du droit. Ils ont souligné que la Commission n'avait pas à indiquer ce qui relevait de la codification et ce qui relevait du développement progressif du droit dans la mesure où son mandat couvrait ces deux aspects. Il lui incombait simplement de proposer un ensemble cohérent de projets d'article faisant l'objet d'un consensus. Un membre a estimé qu'il fallait au contraire distinguer suffisamment *lex lata* de *lex ferenda*; d'autres ont fait observer que les notions d'analyse *de lege ferenda* et de développement progressif du droit n'étaient pas utilisées avec la précision voulue dans les travaux de la Commission.

16. Deuxièmement, les membres ont approuvé la démarche consistant à s'appuyer sur les travaux du précédent Rapporteur spécial pour recenser les principaux points de controverse qui demeurent et appellent de nouvelles réponses. De manière générale, ils ont approuvé la proposition tendant à ce que les différents groupes de questions soient traités séparément, l'un après l'autre. Il a toutefois été souligné qu'un cloisonnement excessif des questions à examiner risquait d'occulter certains problèmes. Troisièmement, la majorité des membres a approuvé le plan de travail – et les quatre grands groupes de questions à examiner auxquelles il renvoie – figurant au dernier chapitre du rapport. Certains, sans remettre en cause ce plan de travail, ont préconisé d'adopter une approche concrète et de traiter les questions générales de façon transversale en même temps que les autres questions soulevées par le sujet. Ainsi que précédemment indiqué, certains ont estimé que les aspects procéduraux du sujet devaient être traités d'emblée, en même temps que le fond. Enfin, des éclaircissements ont été demandés sur la stratégie envisagée par la Rapporteuse spéciale et sur le calendrier des travaux.

17. Enfin, pour ce qui est de la suite des travaux, il apparaît premièrement que le plan de travail et les quatre

groupes de questions auxquels il renvoie, présentés au paragraphe 72 du rapport préliminaire, demeurent valables. Un membre s'est interrogé sur la stratégie envisagée par la Rapporteuse spéciale, pourtant clairement exposée dans ce paragraphe. Deuxièmement, aux fins de l'examen des questions posées, la Rapporteuse spéciale s'appuiera sur la pratique des États, sur la jurisprudence internationale et nationale, sur les règles et principes de droit international pertinents et sur la doctrine. Se fondant sur les travaux du précédent Rapporteur spécial²⁹⁰ et sur le memorandum du Secrétaire²⁹¹, ainsi que sur tous travaux de la Commission susceptibles d'intéresser le sujet, la Rapporteuse spéciale s'efforcera d'apporter « un regard neuf » de façon à régler les points de controverse qui subsistent.

18. Troisièmement, des solutions concrètes seront proposées aux États, plus précisément aux autorités concernées par les questions d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, à savoir notamment les juges et les procureurs. La Rapporteuse spéciale se propose donc de faire figurer dans ses futurs rapports des projets d'article fondés sur une approche cohérente et exhaustive de juridiction pénale étrangère de l'immunité des représentants de l'État. À cet égard, la proposition tendant à élaborer un guide à l'intention des procureurs semble un peu prématurée – un projet d'articles donnant aux autorités concernées les orientations pratiques nécessaires suffirait sans doute. Quatrièmement, codification et développement progressif du droit doivent se voir accorder la même importance – le sujet étant à étudier aussi bien sous l'angle de la *lex lata* que sous celui de la *lex ferenda*. Cinquièmement, concernant le calendrier des travaux, lorsque la Rapporteuse spéciale évoque la possibilité d'achever ceux-ci pendant le quin-quennat en cours, elle songeait à l'adoption d'un projet d'articles en première lecture. Les questions à examiner étant complexes et délicates, la Commission devra tenir compte des observations des États avant de passer à l'examen d'un projet de texte en seconde lecture, laquelle pourrait être rapide. La Rapporteuse spéciale convient de la nécessité de ménager, le cas échéant, la possibilité de modifier le plan de travail à la lumière des débats qui auront lieu à la Commission et à la Sixième Commission. Quoi qu'il en soit, le rapport suivant sera essentiellement consacré aux questions énumérées aux alinéas 1 et 2 du paragraphe 72 du rapport préliminaire. Enfin, plusieurs membres ayant relevé que, pour la première fois dans l'histoire de la Commission, une femme avait été nommée Rapporteuse spéciale, M^{me} Escobar Hernández voudrait, tout en saluant cette avancée, exprimer l'espoir que la composition de la Commission reflète mieux à l'avenir celle de la communauté des juristes internationalistes, où la proportion de femmes est nettement plus importante.

La séance est levée à 11 h 55.

²⁹⁰ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

²⁹¹ A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié disponible sur le site Web de la Commission).

3148^e SÉANCE

Mardi 24 juillet 2012, à 10 h 5

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier²⁹² (A/CN.4/650 et Add.1, sect. G, et A/CN.4/653)

[Point 7 de l'ordre du jour]

NOTE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) à présenter sa note sur la formation et l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/653).

2. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial) dit que l'incertitude qui entoure le processus de formation des règles du droit international coutumier est parfois perçue comme une déficience du droit international de manière générale. C'est une cible facile pour ceux qui veulent rabaisser l'importance et l'efficacité du droit international, voire lui dénier son caractère de droit. L'étude de ce sujet par la Commission contribuera peut-être à faire accepter la primauté du droit dans les affaires internationales.

3. Une raison plus prosaïque de s'attaquer à ce sujet réside dans le souci de présenter des orientations (et non des prescriptions) à tous ceux qui, bien que n'étant pas nécessairement spécialistes du droit international, sont amenés à l'appliquer, en d'autres termes les juges des tribunaux nationaux à tous les échelons. Certains arbitres dans des affaires d'investissement peuvent également n'avoir qu'une compréhension opératoire limitée de la manière d'identifier les règles du droit international coutumier. Expliquer au juge d'un tribunal interne pourquoi telle ou telle clause constitue ou ne constitue pas une règle de droit international coutumier peut se révéler une entreprise ardue en l'absence de tout repère solide autre que telle ou telle déclaration assez brève de la Cour internationale de Justice. Ces orientations peuvent également être utiles à des juristes qui opèrent essentiellement au sein des systèmes nationaux mais qui peuvent de temps à autre croiser la trajectoire du droit international public dans leurs activités régulières. Il faut donc espérer que le

travail de la Commission sur le sujet constituera une aide pour les juges et les juristes opérant dans de multiples domaines.

4. La note préliminaire du Rapporteur spécial est à lire parallèlement à celle de l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session²⁹³, qui contient un plan général et une liste, longue mais en aucune façon complète, de documents et autres écrits.

5. La proposition d'inscription du sujet au programme de travail de la Commission ayant été examinée en 2010 et 2011 dans le cadre du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, des membres et anciens membres de la Commission ont déjà apporté un certain nombre de contributions très utiles à ce sujet. Le Rapporteur spécial espère recevoir davantage de contributions durant le débat de la session en cours, le travail sur ce sujet étant une œuvre collective.

6. L'objet de la note à l'examen est de susciter un premier débat. Après l'introduction, le Rapporteur spécial présente sept points préliminaires pouvant être couverts par un rapport en 2013. Ces points sont d'une importance variable mais tous doivent être traités. La section A rappelle le travail d'avant-garde accompli par la Commission sur le sujet en 1949²⁹⁴ et en 1950²⁹⁵. Il s'agit presque de la première tâche à laquelle la Commission se soit attelée et d'une tâche prescrite par son statut. Ce travail très pratique demeure pertinent et a servi de base à nombre de publications des Nations Unies dans le domaine du droit international, dont certaines des publications admirables établies par la Division de la codification.

7. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait beaucoup à apprendre des travaux de la Commission sur d'autres sujets, en particulier lorsque celle-ci se consacrait dans une large mesure à des travaux de codification. Il est permis de penser que la Commission a accumulé au fil des ans une expérience considérable de l'identification des règles du droit international coutumier. Étant donné la dualité du mandat de la Commission, à savoir le développement progressif et la codification, on ne peut dire avec certitude s'il sera facile d'identifier la pratique de la Commission à cet égard mais cet effort est nécessaire.

8. La section B appelle l'attention sur la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du

²⁹³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 189.

²⁹⁴ Mémoire du Secrétaire général, «Moyens 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» (A/CN.4/6 et Corr. 1, disponible en français et en anglais sur le site Web de la Commission). Pour l'examen du sujet par la Commission à sa première session, voir *Yearbook of the International Law Commission 1949* (anglais seulement), 31^e séance, p. 228 et suiv., par. 89 et suiv. [le document de travail préparé par le Secrétaire sur la base du Mémoire du Secrétaire général (A/CN.4/W.9) est reproduit à la note 10, p. 228, par. 89] et Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, *ibid.*, p. 283 et 284, par. 35 et 36.

²⁹⁵ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (anglais seulement), document A/3116, Report of the International Law Commission covering its second session, Part II, "Ways and means for making the evidence of customary law more readily available", p. 367 à 374, par. 24 à 94. Voir aussi le document A/CN.4/16 et Add.1 (Article 24 of the statute of the International Law Commission: Working paper by Manley O. Hudson), *ibid.*, p. 24 et suiv.

²⁹² À sa soixante-troisième session, la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail à long terme et a recommandé la préparation d'un avant-projet [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 et 366, et annexe I]. À la présente session, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et nommé Sir Michael Wood, Rapporteur spécial (voir *supra* la 3132^e séance).

droit international coutumier général²⁹⁶, qui n'est peut-être pas sans intérêt lorsqu'il s'agit d'examiner quelle forme devrait prendre le résultat des travaux de la Commission sur le sujet. Elle pourrait aussi aider à identifier les gammes de questions à traiter ou à exclure. Il faut néanmoins garder à l'esprit le fait que la Déclaration de Londres a été rédigée un certain nombre d'années auparavant et qu'elle reflète sans doute les vues des rapporteurs et des membres de l'Association de droit international. Il reste à savoir si les conclusions de la Commission seront similaires à celles auxquelles on est parvenu en 2000, dont certaines se sont révélées sources de controverse. Il faudra aussi que la Commission examine les autres efforts qui ont pu être faits pour traiter ce sujet de manière globale.

9. Les sections C à F de ce chapitre traitent de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; des questions de terminologie ; de l'importance du droit international coutumier ; et des diverses théories concernant la formation du droit international coutumier, par exemple la distinction supposée entre les approches « traditionnelle » et « moderne ». Il faut espérer que la Commission ne s'arrêtera pas trop longuement sur la théorie et axera plutôt ses travaux sur les aspects pratiques du sujet.

10. Dans la section G, consacrée à la méthodologie, l'accent est mis sur l'approche de la Cour internationale de Justice et de l'institution qui l'a précédée, la Cour permanente de justice internationale. Outre l'étude de ce que la Cour internationale de Justice a pu dire sur la méthodologie, il faudra se pencher de très près sur ce qu'elle a fait dans telle ou telle affaire particulière et ce qu'elle a, ou n'a pas, pris en compte pour déterminer s'il existait bien une règle de droit international. La Commission devra aussi étudier les approches d'autres cours et tribunaux internationaux et de juridictions nationales.

11. La pratique des États concernant la formation du droit international coutumier est incontestablement abondante mais pas nécessairement facile à identifier, dans la mesure où les États explicitent rarement leurs vues sur le sujet, à moins qu'ils ne soient impliqués dans un contentieux, et la question de savoir dans quelle mesure les arguments qu'ils avancent dans le cadre de leur contentieux constituent leur pratique est une question intéressante. La Commission devra néanmoins essayer de déterminer quand les États se considèrent juridiquement liés par la coutume internationale.

12. L'expérience de ceux qui ont essayé d'identifier le droit international coutumier dans des domaines précis pourrait apporter une contribution notable au travail de la Commission sur le sujet. L'on peut citer, par exemple,

²⁹⁶ « London statement of principles applicable to the formation of general customary international law » (« Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général », adoptée dans la résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), du 29 juillet 2000, par l'Association de droit international : voir le *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39. Voir aussi le débat en séance plénière, *ibid.*, p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite *ibid.*, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (Général), tenue en 2000, *ibid.*, p. 778 à 790. Disponible sur le site Web de l'Association de droit international (www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30).

l'étude sur le droit international humanitaire coutumier publiée par le CICR en 2005²⁹⁷. La littérature juridique sur la formation du droit international coutumier peut aussi apporter un éclairage sur le sujet. Tous les manuels de base traitent de la question, de même que certaines monographies importantes, et il existe un large éventail d'articles qui traitent de l'identification des règles dans des domaines particuliers. Il y a probablement de nombreuses théories différentes sur la relation entre la pratique et l'*opinio juris*, tout comme il y a de nombreux auteurs qui ont traité du sujet. L'une des grandes questions qui divisent les auteurs est celle de savoir si les déclarations doivent être considérées comme de la pratique étatique combinée à de l'*opinio juris* ou seulement comme une indication de l'*opinio juris*. Pour certains auteurs, la pratique des États et l'*opinio juris* sont en réalité non pas deux choses qui doivent être prouvées séparément mais deux conditions distinctes qui peuvent être combinées. Ces approches différentes aboutissent parfois aux mêmes résultats mais pas toujours.

13. Le chapitre suivant de la note est consacré à la portée et aux résultats possibles de l'examen du sujet. Il s'agit de deux aspects liés mais distincts. Le Rapporteur spécial apprécierait qu'on lui confirme que l'opinion qu'il a exprimée aux paragraphes 20 à 22 de sa note est généralement partagée. Comme il l'a indiqué au paragraphe 23, son idée initiale est que la formation et l'identification du *ius cogens* ne font pas réellement partie du sujet.

14. L'avis provisoire du Rapporteur spécial sur la façon de procéder est exposé aux paragraphes 24 à 27 de la note. Bien qu'il ait suggéré que le résultat des travaux de la Commission pourrait prendre la forme d'une série de conclusions assorties de commentaires, l'expression « lignes directrices » pourrait également convenir. Quelle que soit l'appellation retenue, ces conclusions ou lignes directrices ne devraient pas être trop prescriptives. Il faudra que la Commission trouve le bon équilibre entre des orientations utiles et des règles trop restrictives, un équilibre qui cadrerait avec les vues exprimées à la Sixième Commission résumées au paragraphe 3 de la note. La Commission ne rédigera pas une « convention de Vienne sur le droit international coutumier » parce qu'une convention dans ce domaine ne serait pas appropriée ni conforme au souci de conserver le degré voulu de flexibilité. Elle ne doit pas tenter d'établir un texte détaillé nécessitant plusieurs années de travail, le but devant être de mener l'examen du sujet à son terme si possible dans le cadre du quinquennat en cours.

15. Le Rapporteur spécial est parfaitement conscient de la difficulté intrinsèque du sujet et de la nécessité de l'aborder avec une certaine prudence. Il n'en demeure pas moins que les résultats du travail de la Commission doivent être directs, clairs et compréhensibles pour tous ceux qui ont affaire à des règles du droit international coutumier dans leur travail quotidien mais ne sont pas nécessairement des spécialistes du droit international public. Ce sujet, tout comme le droit des traités, fait partie des règles secondaires du droit international, encore que la

²⁹⁷ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I (Règles), traduit par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (Practice), anglais seulement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

distinction entre règles primaires et secondaires n'est pas toujours claire. Le fait de dire que la Commission traite de règles secondaires revient néanmoins à souligner que sa tâche n'est pas de définir des règles de droit positif.

16. Il y aurait lieu de demander un certain nombre de renseignements aux gouvernements, ce qui permettrait de les faire participer d'emblée au travail de la Commission. Ces renseignements pourraient porter notamment sur, en premier lieu, d'éventuelles déclarations officielles concernant la formation du droit international coutumier faites, par exemple, dans le cadre de procédures devant des cours et tribunaux internationaux ou à l'Organisation des Nations Unies, au sein d'autres organisations internationales ou dans des parlements nationaux; en deuxième lieu, les éventuelles affaires notables devant des cours nationales, régionales ou sous-régionales qui apportent un éclairage sur la formation du droit international coutumier; et, en troisième lieu, les éventuels écrits ou autres travaux émanant d'universités et d'institutions autres que celles énumérées dans l'annexe I au rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)²⁹⁸.

17. Le Rapporteur spécial encourage les membres de la Commission à lui communiquer à tout moment tous les renseignements ou les idées qu'ils auraient sur l'un quelconque des aspects susmentionnés. Étant donné que les études du Secrétariat se sont révélées de grande valeur au regard des sujets étudiés, le Rapporteur spécial propose de demander à ce dernier d'établir un mémorandum décrivant tout travail que la Commission aurait entrepris précédemment qui serait pertinent pour le sujet à l'examen et éclairerait la compréhension par la Commission de la notion de droit coutumier. Le calendrier figurant dans le dernier chapitre de la note est provisoire et sera revu pour la prochaine session en 2013.

18. M. MURASE remercie le Rapporteur spécial de sa note. Toutefois, il rappelle qu'il a déjà exprimé de sérieux doutes sur le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier dans le cadre du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission. Il regrette qu'à la session en cours il se soit révélé impossible d'examiner des questions autres que celles figurant déjà dans le plan général, alors que de nombreux autres aspects de cet important sujet de droit international auraient gagné à être analysés et examinés de manière approfondie. Une partie du travail de la Commission a toujours consisté à examiner si telle ou telle règle faisait désormais formellement partie du droit international coutumier dans tel ou tel domaine. À titre d'exemple, la Commission est en train d'examiner si le principe *aut dedere aut iudicare* fait partie du droit coutumier. Elle pourrait en faire de même avec l'exception délictuelle territoriale à l'immunité de l'État: question dont la Cour internationale de Justice est saisie en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. Ses délibérations peuvent se révéler fructueuses parce que, dans chaque cas, la Commission aura à se pencher sur une règle spécifique. Il serait peu pratique, voire impossible, d'examiner la totalité du droit international coutumier, même à un niveau très abstrait.

19. Le regard critique de M. Murase sur le sujet découle de sa participation aux travaux du Comité sur la formation du droit international coutumier (général) de l'Association de droit international, qui a étudié le sujet pendant quinze ans (1984 à 2000). Si le Rapporteur spécial doit utiliser comme modèle pour son projet la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général, qui est une grande déclaration normative, ce projet sera voué à l'échec parce qu'il ne ferait finalement qu'énoncer une évidence ou rester dans le flou. Pratiquement toutes les lignes directrices figurant dans la Déclaration de Londres contiennent une clause de sauvegarde ou de conditionnalité, soit faute d'accord entre les membres du Comité sur des propositions générales, soit en raison de sérieuses préoccupations suscitées par ces propositions compte tenu des affaires comportant des enjeux de droit international coutumier dans lesquelles il y a eu contradiction ou discordance entre l'arrêt rendu et la proposition générale en question. Toutes ces lignes directrices nécessitent d'être élucidées plus avant en raison de leur manque de clarté et de leur caractère conditionnel. À présenter ces lignes directrices comme étant des déclarations normatives faisant autorité, on risque de semer la confusion au niveau des États.

20. Les conseillers juridiques des États pourraient bien s'alarmer à l'idée qu'il leur faudrait suivre toute une série de lignes directrices élaborées par la Commission et supposées couvrir tout l'éventail des règles du droit international coutumier. L'autorité et la responsabilité de la Commission sont grandes mais elle n'est pas une institution académique comme l'Association de droit international. C'est la raison pour laquelle, en 1998, l'Institut britannique de droit international et comparé a conseillé à la Commission de ne pas inscrire ce sujet à son ordre du jour.

21. Déterminer l'existence du droit international coutumier est avant tout une question de méthodes, d'où une objection à l'intitulé proposé pour le sujet: le terme «formation» correspond à une notion dynamique qui implique que le droit est considéré comme un processus, alors que le terme «identification» est statique et procède de l'idée que le droit est constitué d'un corpus de règles. Le terme «formation» évoque un processus sociologique par lequel une règle coutumière se crée pendant une certaine période de temps. Le terme «identification» signifie arrêter la pendule et essayer de cerner le droit applicable à ce moment précis. On ne peut parler simultanément de formation et d'identification sans créer une certaine confusion méthodologique. Dans le cadre du Groupe de travail, M. Murase a proposé que la portée du sujet soit circonscrite à l'identification du droit international coutumier.

22. Il faudra également décider à qui le travail de la Commission sur ce sujet est censé s'adresser. Il y a quatre destinataires concevables, le premier étant la Commission elle-même. Le document de travail établi conformément à l'article 24 du statut de la Commission du droit international de 1950, intitulé «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier»²⁹⁹, était manifestement censé être à l'usage de la Commission elle-même, dans la mesure où, au stade initial de l'époque, il était essentiel d'identifier un contenu

²⁹⁸ Voir *supra* la note 292.

²⁹⁹ Voir *supra* la note 295.

approprié pouvant servir de base commune à la codification du droit international coutumier. Le document de 1950 contenait des listes de recueils de traités, des collections de décisions de justice et autres matériels analogues, mais très peu de contenu normatif, et il ressemblait à ces textes qu'un enseignant distribue à des étudiants de première année de droit.

23. Les trois autres destinataires possibles sont les États, en particulier ceux qui sont parties à un différend nécessitant l'interprétation et l'application du droit international coutumier, dont la position est subjective; les tiers décideurs, en d'autres termes les juges qui ont à statuer sur un différend, dont la position est intersubjective; et l'observateur extérieur qui prend du recul et veut examiner les choses d'un œil objectif. Il faut donc distinguer les perspectives subjective, intersubjective et objective pour éviter toute confusion.

24. La Commission devrait se méfier quelque peu de l'approche relativement facile proposée par le Rapporteur spécial consistant à examiner la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, parce que, lorsqu'une cour internationale traite d'une question de droit international coutumier, son but premier est de régler un différend entre des parties. À cette fin, elle peut examiner la pratique d'un nombre limité d'États. Un étudiant qui rédigerait un mémoire dans lequel les sources se limiteraient à un petit nombre de pays du monde n'obtiendrait même pas la moyenne, parce que son travail ne serait pas fondé sur la pratique générale des États, cette dernière étant le critère qui doit être satisfait avant que l'on puisse dire qu'une norme coutumière a été créée. Dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État*, à laquelle le Rapporteur spécial fait référence au paragraphe 18 de sa note, les 10 exemples de pratique des États sont ceux cités par les parties, à savoir l'Allemagne et l'Italie. La Cour n'a pas examiné la pratique de tous les autres États du monde. Plusieurs juges ont, certes, dans des opinions individuelles ou dissidentes, fait des observations sur l'absence d'analyse du «silence» des autres États mais l'opinion majoritaire était admissible en raison de la présomption communément admise que les membres de la Cour connaissent le droit (*jura novit curia*) et parce qu'il leur incombait avant tout, non pas de rédiger un exposé objectif, mais de régler un différend porté devant la Cour dans le contexte intersubjectif d'une procédure judiciaire. En d'autres termes, la Cour s'intéressait avant tout au statut au regard du droit coutumier de la règle considérée telle qu'affirmée par les parties, suivant laquelle elle s'est prononcée. Le rôle de la Cour dans le débat tournant autour du droit international coutumier est donc limité par sa fonction judiciaire et, partant, notablement différent de celui de la Commission, dont le travail s'adresse au monde entier.

25. Il est certes facile de réunir les passages pertinents de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ou de la Cour permanente de justice internationale mais cette approche peut être trompeuse parce que ces précédents judiciaires ne couvrent qu'un champ limité du droit international. Le Rapporteur spécial devrait donc procéder à un solide travail de recherche sur les 95 % du droit international qui ne sont pas couverts par la jurisprudence des cours internationales.

26. Bien que l'on puisse généralement partir de l'hypothèse que le droit international coutumier est universellement reconnu par tous les États, il est essentiel de garder à l'esprit l'élément subjectif que chaque État met dans cette reconnaissance. L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités stipule ce qui suit :

Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle.

La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a été le lieu d'un vaste débat sur la question de savoir si l'expression «reconnue comme telle» était nécessaire et, dans l'affirmative, par qui il fallait que le caractère de droit coutumier soit reconnu, l'État tiers, d'autres États ou la communauté internationale tout entière.

27. Des formes extrêmes de reconnaissance ou de non-reconnaissance individuelle de normes coutumières, par exemple celles qui s'expriment par des objections persistantes ou des mesures unilatérales, soulèvent des questions importantes concernant le droit international coutumier, notamment la question de savoir quelle importance accorder à la reconnaissance ou la non-reconnaissance par les États spécialement touchés. Ces questions doivent être replacées dans le bon contexte. La notion d'opposabilité sert de support à la création de nouvelles règles coutumières.

28. L'expression «développements plus théoriques» utilisée par le Rapporteur spécial au paragraphe 19 de sa note est quelque peu troublante. Dans le cadre du sujet à l'examen, la Commission devrait se lancer non pas dans des développements théoriques au sens d'études de sociologie du droit mais plutôt dans de la recherche inductive au sens que Georg Schwarzenberger donne à cette expression dans son *Inductive Approach to International Law*³⁰⁰.

29. La formation du droit international coutumier est un processus informel. Comme l'a fait remarquer Roberto Ago³⁰¹, il s'agit d'un processus spontané. Le droit international coutumier est, par définition, un droit non écrit. L'ambiguïté est le maître mot, voire la raison d'être, du droit international coutumier, qui est utile parce qu'il est ambigu. Il vaut donc peut-être mieux lui laisser son ambiguïté, quitte à ce que cette dernière soit, si nécessaire, levée par une cour de justice lorsqu'une règle précise est en jeu entre des États.

30. Étant donné la nature intrinsèquement difficile et sensible du sujet, il faut espérer que la Commission ne péchera pas par excès d'ambition. Pour cette raison, le Rapporteur spécial devrait procéder par étapes et commencer par un examen des questions soulevées par l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission devra peut-être se contenter d'une étude modeste qui identifie les problèmes inhérents au sujet de manière abstraite. Bien des études théoriques ont été

³⁰⁰ G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965.

³⁰¹ Voir, entre autres, R. Ago, «Science juridique et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, vol. 90, p. 857 à 954, et «Positive Law and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), p. 691 à 733.

consacrées au sujet non seulement par des universitaires occidentaux mais également par des chercheurs d'autres régions. L'examen du sujet par la Commission devrait donc être de large portée et prendre en compte la diversité des cultures juridiques à travers le monde.

31. M. MURPHY dit qu'il serait effectivement utile d'examiner les travaux préparatoires relatifs au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, comme l'a proposé le Rapporteur spécial, encore que, bien entendu, cela impliquerait un examen des travaux liés à l'article correspondant du Statut de la Cour permanente de justice internationale. Le Rapporteur spécial a également raison de souligner qu'un élément important du sujet a trait à la distinction entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, ce que l'on pourrait appeler les principes généraux du droit. Quant à la question de la terminologie et de l'élaboration éventuelle d'un lexique des termes pertinents, le Rapporteur spécial devrait examiner l'expression «droit des gens», qui apparaît fréquemment dans les textes de loi, les jugements, les publications et même les constitutions, et s'efforcer de clarifier la relation entre cette expression et le droit international coutumier.

32. Le Rapporteur spécial a certes raison de proposer que l'on s'intéresse quelque peu à la théorie mais il faut faire attention à ne pas s'enliser dans des distinctions théoriques sans grand intérêt pratique. Il y a deux domaines distincts auxquels il faut espérer que le Rapporteur spécial accordera une attention particulière et qui sont importants parce que nombre d'analyses du droit international coutumier utilisent des substituts au lieu d'établir la pratique effective de la majorité, sinon la totalité, des États. En premier lieu, l'existence d'une règle coutumière est souvent déduite de l'adoption par les États d'une résolution, généralement dans le cadre d'une organisation internationale. La plupart de ces résolutions ne sont pas juridiquement contraignantes et la question clef est alors de savoir si elles constituent une preuve de l'existence de règles de droit international coutumier. La réponse à cette question procède sans doute dans une large mesure du contenu de la résolution (y compris la question de savoir si elle exprime un point de vue juridique, par opposition à une préférence politique); de son acceptation lors de son adoption; et de sa concordance avec la pratique des États. La décision de la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires* fournit une orientation utile à cet égard. En deuxième lieu, l'existence d'une règle coutumière est fréquemment déduite de l'existence d'une règle dans un traité ratifié par de nombreux pays qui serait supposée produire une obligation coutumière contraignante, y compris pour les États qui n'ont pas adhéré au traité en question. La ratification généralisée d'un traité peut certes être une indication de l'existence d'une règle établie de droit international coutumier, mais il est permis de penser qu'il faut alors analyser le degré de respect du traité, les raisons d'un non-respect et la pratique des États qui ne sont pas parties au traité. Les décisions de la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* fournissent des informations sur cette question. Si les travaux de la Commission sur le sujet

aboutissent à un résultat qui clarifie les deux domaines susmentionnés dans lesquels la coutume est présumée formée, ils constitueront un legs raisonnable.

33. Des difficultés peuvent surgir lorsqu'on veut déterminer quand le comportement d'un État ou groupe d'États donné appelle une attention particulière sur le plan de la formation du droit coutumier. Côté face, il y a la notion d'«État particulièrement touché», dont la participation positive est nécessaire à la formation d'une norme particulière; côté pile, il y a la notion d'«objecteur persistant», qui apparaît dans les situations où, même s'il peut être dit qu'une norme s'est constituée, elle ne s'applique pas à certains États parce qu'ils l'ont systématiquement rejetée. Il s'agit là de notions importantes en ce qu'elles se veulent médiatrices entre les valeurs de communauté et de souveraineté dans le droit international. La Commission devrait éviter de perturber l'équilibre qui semble prévaloir entre ces valeurs.

34. Il vaudrait effectivement mieux ne pas inclure une étude de la notion de *jus cogens*. Ce concept est peut-être pertinent dans certains domaines mais il constitue non pas le produit de l'une quelconque des sources du droit international mais plutôt un facteur de limitation de ces sources, et il comporte par ailleurs ses propres difficultés sur les plans de l'identification, de la formation et de la classification qui n'entrent pas dans le champ du sujet.

35. M. Murphy souscrit à la proposition du Rapporteur spécial concernant la portée du sujet tel qu'énoncée dans les paragraphes 21 et 22 de la note à l'examen. Le projet relève dans une large mesure de la *lex lata*, le rôle de la Commission étant donc de clarifier les règles existantes qui régissent la formation et l'identification du droit international coutumier, et non de proposer de nouvelles règles. S'agissant de la forme que prendra le projet, ce devrait être une série de conclusions assorties de commentaires. Enfin, il serait effectivement utile de rechercher auprès des États les types de renseignements indiqués dans la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du premier alinéa du paragraphe 27.

36. Considérant que le Rapporteur spécial a invité les membres de la Commission à l'aider à identifier les sources utiles de pratique des États, M. Murphy signale qu'il lui a fourni une édition récente d'un ouvrage intitulé *Principles of International Law*³⁰², dont il est l'auteur et qui contient des renseignements sur les sources relatives à la pratique des États-Unis en matière de droit international. Étant donné que de plus en plus de renseignements sur la pratique des États sont désormais disponibles en ligne, il serait peut-être utile que le Rapporteur spécial ou le Secrétariat établisse un catalogue des bases de données électroniques et sites Web pertinents.

37. M. TLADI dit avoir soutenu le sujet dès le début parce qu'il s'était souvent demandé comment les experts du droit interne pouvaient s'y retrouver dans le droit international coutumier alors que des spécialistes du droit international, y compris des juges de la Cour internationale de Justice, adoptent des approches contradictoires de

³⁰² S. D. Murphy, *Principles of International Law*, Concise Hornbook Series, St Paul (MN), West, 2006.

la formation et de l'identification du droit international coutumier. Dans bien des systèmes juridiques internes, le droit international coutumier est automatiquement considéré comme ayant force de loi, à la différence des traités qui, souvent, doivent d'abord être incorporés au droit interne. Le juge M^r Kean a déclaré, en l'affaire *Respublica c. De Longchamps*, que le droit «tiré de la pratique de différentes nations» fait «intégralement» partie du droit des États-Unis, et Blackstone a fait une observation similaire à propos du droit anglais³⁰³. Dans certains systèmes juridiques, celui de l'Afrique du Sud par exemple, la Constitution elle-même dispose que le droit international coutumier fait partie du droit national. Il y a donc lieu de considérer qu'en examinant le sujet la Commission puisse faire œuvre pratique.

38. En réfléchissant plus concrètement au sujet à l'examen, on peut se demander pourquoi la Commission, lorsqu'elle a décidé à sa première session, en 1949, d'entreprendre le travail de codification du droit des traités³⁰⁴, n'a pas réservé le même sort au droit international coutumier. Le droit des traités et le droit international coutumier sont peut-être les deux sujets les plus importants dans l'étude du droit international et il n'est donc pas inutile de se demander pourquoi l'organe chargé du développement progressif et de la codification du droit international ne s'est jamais, au cours de ses soixante-trois années d'existence, penché sur la question de la formation du droit international coutumier, hormis quelques mentions périphériques. Il y a lieu de se demander si ce n'est pas parce que le sujet se prête mal à un traitement par la Commission. Une chose est d'essayer de codifier le corpus juridique sur lequel se fonde le droit écrit, mais tout autre chose est la tentative de codifier le corpus juridique sur lequel se fonde le droit non écrit, même si la Commission ne se lance pas dans un travail de codification au sens classique du terme. Lorsque la Commission a commencé à travailler le sujet des traités, elle a exprimé des réserves sur le point de savoir s'il était judicieux de codifier le droit en la matière, et ce n'est qu'en 1961 qu'elle a pris la voie de la codification³⁰⁵. Ce changement était certes logique pour le droit des traités mais, dans le cas du droit international coutumier, il serait plus judicieux de s'en tenir à la démarche suggérée par le Rapporteur spécial. La Commission ne devrait à aucun moment envisager un véritable travail de codification.

39. Le Rapporteur spécial a parfaitement raison de considérer que le résultat des travaux de la Commission sur le sujet devrait prendre la forme d'une série de conclusions ou de propositions assorties de commentaires. Conformément à l'objectif fixé par la Commission à sa session précédente, il conviendrait de s'abstenir de toute approche un tant soit peu prescriptive. Elle ne doit

pas non plus chercher à déterminer si, parmi les différentes approches théoriques du droit international coutumier qui avaient cours avant sa création, telle ou telle approche serait plus correcte que telle autre. Ce serait non seulement sortir du champ d'un projet qui est censé fournir des orientations concrètes aux praticiens mais, il faut le craindre, également courir à l'échec compte tenu des divergences d'approche à l'égard de la formation du droit international coutumier que M. Murphy a pu déceler au cours de ses huit premières semaines de participation aux travaux de la Commission.

40. Au cours de l'examen par la Commission du sujet des traités dans le temps, M. Murphy a fait remarquer que l'interprétation des traités était un art et non une science, point de vue qui, il faut le reconnaître, n'était pas partagé par tous mais ce n'était peut-être qu'une question de degré et non de principe. La fluidité du droit international coutumier recèle peut-être des dangers, en particulier pour les non-initiés, mais sa souplesse est aussi un grand atout et une caractéristique essentielle qu'il convient de garder jalousement et de ne pas compromettre. Elle permet au droit international, et même au droit des traités sous l'influence de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, d'évoluer avec la pratique des États. Gardant cela à l'esprit, la Commission devrait aborder sa mission avec une certaine prudence et une ambition réaliste.

41. Le Rapporteur spécial a soulevé un point important concernant l'unité du droit international et l'uniformité qui en résulte en ce qui concerne le processus d'élaboration du droit international coutumier. Sans être en désaccord avec le Rapporteur spécial, il convient de bien voir qu'il s'agit là d'un autre problème théorique que la Commission ne devrait peut-être pas chercher à résoudre. L'importance de ce point ne devrait pas être exagérée. Le même processus alliant pratique et *opinio juris* est certes mis en œuvre pour promouvoir les arguments en faveur de l'existence de normes du droit international mais le *soft law*, par exemple, intervient davantage dans la formation de normes coutumières relatives à la protection de l'environnement que, par exemple, dans le droit relatif au désarmement nucléaire. Si l'objet de la Commission était effectivement d'élucider les tendances et la pratique des États, alors la question de savoir s'il existe différentes approches doit trouver sa réponse dans une étude de la pratique; leur existence ne doit pas être exclue a priori.

42. Une autre question importante soulevée par le Rapporteur spécial a trait au *jus cogens*, ou aux normes impératives du droit international. Le Rapporteur spécial a raison de considérer que le *jus cogens* devrait être exclu du sujet mais pas pour les mêmes raisons. Le Rapporteur spécial veut exclure le *jus cogens* parce que les normes en question peuvent être trouvées aussi bien dans les traités que dans le droit international coutumier, mais il en va de même pour les normes du droit international coutumier, que l'on peut aussi retrouver dans les traités. Même lorsqu'elle se trouve dans un traité, une norme du *jus cogens* tire sa force contraignante d'une source indépendante du traité et supérieure à celui-ci. Le droit international coutumier et le droit des traités reposent tous deux sur une théorie du consentement de l'État, alors que le *jus cogens* repose apparemment sur autre chose. Le *jus cogens* doit être exclu de l'examen du sujet parce qu'il

³⁰³ Selon Sir William Blackstone, «the law of nations [...] is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land» [W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood In Two Volumes*, liv. IV, chap. V, Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893 (http://oll.libertyfund.org/titles/2142#Blackstone_1387-02_801), consulté le 22 février 2016].

³⁰⁴ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, Report to the General Assembly (A/CN.4/13 et Corr.1 à 3), p. 281, par. 16 et 19.

³⁰⁵ *Annuaire...* 1961, vol. II, document A/4843, p. 133, par. 38 et 39.

introduit des éléments de complexité tout à fait différents de ceux du droit international coutumier. En particulier, l'identification du *jus cogens* ne peut être expliquée simplement par la pratique et l'*opinio juris*. Par ailleurs, des conceptions assez conservatrices du droit international ont été exprimées au sein de la Commission, et il est permis de douter que celle-ci parvienne à s'accorder sur divers aspects du *jus cogens*. Il est néanmoins à espérer que la Commission décidera un jour de s'attaquer à cette notion classique et moderne à la fois.

43. L'intervenant tient à évoquer pour conclure ce qu'il estime être au cœur de l'action de la Commission sur le sujet, à savoir le poids relatif, l'identification, l'expression et l'illustration de la pratique et de l'*opinio juris* dans la recherche du droit international coutumier. Il y a lieu de se demander si la souplesse inhérente au droit international coutumier qui, faut-il le rappeler, doit être jalousement gardée, est effectivement inscrite dans ces deux éléments que sont la pratique et l'*opinio juris*. L'étude du sujet devrait plutôt consister à examiner dans quelle mesure les tribunaux, en particulier la Cour internationale de Justice, et les États s'appuient effectivement sur ces deux éléments lorsqu'ils présentent des arguments devant les tribunaux ou dans des enceintes diplomatiques.

44. L'incohérence notoire de la Cour internationale de Justice sur le point de savoir quel poids accordé à chacun de ces deux éléments est parfois manifeste jusque dans le cadre d'une même affaire ou dans un même arrêt. À titre d'exemple, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour, devant la question de savoir si un ministre des affaires étrangères bénéficie de l'immunité en droit international coutumier et, dans l'affirmative, s'il y a des exceptions à cette immunité en droit international coutumier, a adopté deux normes de rigueur différentes pour les deux questions. Pour la première, elle a adopté une approche détachée et flexible, ne faisant même pas mention de la pratique des États ou de l'*opinio juris*. Or, sur la question de savoir s'il y a des exceptions en cas de crimes internationaux, elle a traité la question de savoir lequel de ces deux critères elle devait considérer comme n'étant pas présent. L'on a même fait remarquer que la volonté de la Cour de considérer qu'il existe une règle de droit international coutumier était inversement proportionnelle à son empressement à appliquer ces éléments. Il faut espérer que la Commission n'hésitera pas à se pencher sur les incidences juridiques éventuelles de cette incohérence.

45. M^{me} JACOBSSON partage l'analyse du Rapporteur spécial sur les raisons de l'importance du sujet proposé. Le résultat de cette étude pourrait être particulièrement utile pour les praticiens auprès des ministères des affaires étrangères et les défenseurs des États devant les tribunaux. De même, la Commission devrait concevoir le résultat de ses travaux sur le sujet sous forme d'une série de conclusions assorties de commentaires.

46. Cela étant dit, le sujet pose un certain nombre de questions difficiles. La première est de savoir si le processus par lequel le droit international coutumier se constitue a évolué avec la forte augmentation du nombre d'États souverains. Il est de manière générale plus difficile pour les États de réagir ou d'objecter à l'élaboration de nouvelles normes, pour la simple raison qu'il est de plus en

plus difficile de suivre tous les faits nouveaux d'ordre juridique dans toutes les régions du monde. Un autre problème difficile réside dans la relation entre la pratique régionale et l'unité du droit international en tant que système, relation qui elle aussi a pu changer au cours des cinquante dernières années. Au vu de ces difficultés, la Commission devra peut-être réfléchir attentivement aux conséquences pour la formation du droit international du silence d'un État sur un fait nouveau particulier.

47. La distinction entre la simple pratique des États et leur pratique au sens juridique du terme doit faire l'objet d'une analyse plus approfondie. Les États peuvent avoir pour politique d'appliquer le droit international mais rejeter telle ou telle norme, parce qu'elle entre en conflit avec un traité ou pour quelque autre raison, assimilant ainsi le droit international à une sorte de table d'hôte où l'on se sert comme on veut. La pratique consistant à appliquer le droit international pour des raisons de politique générale et non en tant qu'*opinio juris* pose des difficultés sur le plan de l'interprétation.

48. M^{me} Jacobsson approuve la proposition de confier au Secrétariat le soin de procéder à une étude. Elle pense également que l'on pourrait poser des questions aux États mais ces questions devront être rédigées avec soin. On peut craindre, par exemple, que la proposition formulée par le Rapporteur spécial dans la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du premier alinéa du paragraphe 27 du document à l'examen, tendant à solliciter des déclarations officielles concernant la formation du droit international coutumier, ne soit faussement interprétée comme sollicitant les vues des États sur le droit coutumier lui-même et non sur sa formation. Elle éprouverait également quelques réticences à s'enquérir auprès des États de leurs travaux pertinents au plan national, sachant d'expérience que les gouvernements sont tout simplement trop occupés pour répondre à ce genre de demandes.

49. La Commission saura certainement tirer les leçons des erreurs faites par l'Association de droit international³⁰⁶ et le Comité international de la Croix-Rouge³⁰⁷ dans leurs études. Enfin, aucune conclusion qui pourrait être établie par la Commission ne devrait préjuger des développements futurs concernant la formation du droit international.

Coopération avec d'autres organismes (suite*)

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

50. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Peter Tomka, Président de la Cour internationale de Justice, et l'invite à s'adresser à la Commission.

51. M. TOMKA (Président de la Cour internationale de Justice) se dit ravi de retrouver la Commission dix années après l'avoir quittée et reconnaissant de

³⁰⁶ Voir *supra* la note 296.

³⁰⁷ Voir *supra* la note 297.

* Reprise des débats de la 3146^e séance.

l'occasion qui lui est donnée de prolonger la tradition de coopération et d'échange d'idées établie de longue date entre les deux institutions. La coopération et l'assistance mutuelle entre la Cour et la Commission constitueront même la matière de son exposé, s'agissant en particulier de deux décisions récentes de la Cour qui sont soit fondées sur des travaux de la Commission soit particulièrement pertinentes pour ces travaux.

52. La jurisprudence récente de la Cour confirme l'existence d'une tendance bien établie à l'interaction entre les deux institutions et illustre l'influence que les travaux de la Commission exercent sur le raisonnement de la Cour. Cette interaction apparaît clairement dans l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour en l'affaire des *Questions relatives à l'obligation de juger ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. La Belgique se plaignait en l'occurrence du comportement du Sénégal et de ses manquements à ses obligations en vertu de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Belgique faisait valoir que le Sénégal, pays dans lequel M. Hissène Habré, ancien Président de la République du Tchad, vivait en exil depuis 1990, n'avait pas donné suite à ses demandes répétées visant à ce que M. Habré soit jugé au Sénégal ou extradé vers la Belgique pour répondre de faits qualifiés de crimes de torture. La Belgique a estimé qu'en s'abstenant de juger M. Habré ou de l'extrader vers la Belgique pour qu'il y soit jugé, le Sénégal avait contrevenu à ses obligations en vertu du paragraphe 2 de l'article 5, du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention.

53. Il n'est guère surprenant que le droit régissant la responsabilité internationale des États ait joué un rôle important en l'espèce. Il a également alimenté les plaidoiries de la Belgique, qui s'estimait en l'occurrence en droit de demander un constat d'illicéité en raison des manquements à la Convention contre la torture commis par le Sénégal, et ce, en vertu de l'alinéa *i* du paragraphe *b* de l'article 42 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁰⁸ ou, du moins, en vertu de l'article 48 de ce texte.

54. Dans son arrêt, la Cour a abordé cet aspect lorsqu'elle a examiné les questions relatives à la recevabilité des demandes de la Belgique. Le Sénégal avait contesté la recevabilité de ces demandes en faisant valoir que la Belgique n'était pas en droit d'invoquer la responsabilité internationale du Sénégal à raison des violations alléguées de l'obligation de juger Hissène Habré ou de l'extrader, parce qu'aucune des victimes alléguées des faits attribués à M. Habré n'avait la nationalité belge au moment où ces faits auraient été commis, argumentation que la Belgique n'a pas contestée.

55. Dans sa requête, la Belgique a prié la Cour de reconnaître la recevabilité de sa demande, en relevant « que « la compétence actuelle des juridictions belges étant fondée sur la plainte déposée par un ressortissant belge d'origine tchadienne, la justice belge entend exercer la compétence

personnelle passive » » (voir le paragraphe 65 de l'arrêt). Au stade des audiences, la Belgique a prétendu « être dans une « situation particulière » » du fait qu'elle s'est prévalu de son droit en vertu de l'article 5 de la Convention contre la torture, d'exercer sa compétence et de demander l'extradition de M. Habré (ibid.). Les arguments de la Belgique à ce sujet ont même pris une portée plus large lorsque son conseil, à l'audience, a « déclaré que « [e]n vertu de la Convention, tout État partie, quelle que soit la nationalité des victimes, est fondé à réclamer l'exécution de l'obligation en question, et peut donc invoquer la responsabilité résultant d'une inexécution » » (ibid.).

56. La Cour a relevé que la divergence de vues entre les parties sur ce point posait la question de savoir si la Belgique était fondée à agir. En outre, la Belgique fondait ses prétentions non seulement sur sa qualité de partie à la Convention mais également sur « l'existence d'un intérêt particulier qui la distinguerait des autres parties à cet instrument et lui conférerait un droit spécifique dans le cas de M. Habré » (par. 66). Sur le point de savoir si le fait d'être partie à la Convention suffit pour conférer à un État le droit de saisir la Cour pour obtenir la cessation de la violation alléguée par un autre État partie des obligations de ce dernier en vertu de la Convention, la Cour a rappelé que l'objet et le but de la Convention contre la torture, tels qu'ils sont énoncés dans son préambule, sont « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture [...] dans le monde entier ». En conséquence, la Cour a relevé que, en vertu de leurs valeurs communes, les États parties à la Convention « ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité » (par. 68). De l'avis de la Cour, il s'ensuit que l'auteur présumé d'une violation de la Convention est tenu d'honorer ses obligations en vertu de cette convention. La Cour a fait remarquer ceci :

Les obligations qui incombent à un État partie de procéder à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits et de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'appliquent du fait de la présence de l'auteur présumé sur son territoire, quelle que soit la nationalité de l'intéressé ou celle des victimes, et quel que soit le lieu où les infractions alléguées ont été commises (ibid., par. 68).

57. S'appuyant sur l'affaire bien connue de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, la Cour a renchéri sur la notion d'intérêt commun en ces termes :

Cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout État partie à la Convention à l'égard de tous les autres États parties. L'ensemble des États parties ont « un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés [...] Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d'« obligations *erga omnes partes* », en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque État partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées (ibid., par. 68).

58. À l'appui de son raisonnement, la Cour a établi un parallèle entre la Convention contre la torture et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en considérant que les dispositions pertinentes de la première sont similaires à celles de la seconde. À cet égard, la Cour a rappelé son avis consultatif du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, dans lequel elle faisait remarquer que

³⁰⁸ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

[d]ans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention (p. 12 de l'avis).

59. La Cour a précisé que, sur un plan pratique, l'existence de cet intérêt commun implique que chaque État partie à la Convention contre la torture est en droit de demander à un autre État partie qui aurait manqué à ses obligations de mettre fin aux violations alléguées. Elle a noté que, si un intérêt particulier est requis à cette fin, dans bien des cas aucun État ne serait en mesure de formuler une telle demande. Dans son arrêt en l'affaire des *Questions relatives à l'obligation de juger ou d'extrader*, la Cour dit clairement que

tout État partie à la Convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d'un autre État partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à ses obligations *erga omnes partes*, telles que celles qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7, et de mettre fin à un tel manquement (par. 69).

La Cour a donc estimé que la Belgique, en tant qu'État partie à la Convention contre la torture, est fondée à invoquer la responsabilité du Sénégal à raison des manquements allégués de celui-ci à ses obligations en vertu de la Convention et que, par voie de conséquence, les demandes formulées par la Belgique sur la base du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 sont recevables. Étant donné cette conclusion, la Cour n'avait plus besoin de se prononcer sur le point de savoir si la Belgique pouvait étayer ses demandes.

60. Ayant examiné l'affaire quant au fond, la Cour a estimé qu'«en manquant à ses obligations au titre du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, le Sénégal a engagé sa responsabilité internationale» (par. 121). Adoptant une perspective compatible avec celle adoptée par la Commission dans ses travaux, la Cour a également souligné le caractère continu des manquements du Sénégal à ses obligations en vertu de la Convention, en ajoutant que, «s'agissant d'un fait illicite à caractère continu, [le Sénégal] est tenu d'y mettre fin en vertu du droit international général en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite» (ibid.) et qu'il «doit ainsi prendre sans autre délai les mesures nécessaires en vue de saisir ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'il n'extrade pas M. Habré» (ibid.).

61. Un autre arrêt récent de la Cour, rendu le 19 juin 2012 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, illustre l'importance des travaux de la Commission dans le domaine de la responsabilité des États. Cet arrêt sur la question des indemnités découle de l'arrêt du 30 novembre 2010 statuant sur le fond de la même affaire. Dans son arrêt de 2012, la Cour a d'abord rappelé que la République démocratique du Congo avait violé certaines de ses obligations internationales du fait que M. Diallo, ressortissant guinéen, avait été détenu à deux reprises distinctes, pour une durée totale de soixante-douze jours (par. 12 de l'arrêt). La Cour a par ailleurs estimé que la Guinée n'était pas parvenue à démontrer que M. Diallo avait subi un traitement inhumain ou dégradant pendant ses deux périodes de détention (ibid.). Par ailleurs, la Cour a constaté que M. Diallo avait été expulsé de la République démocratique

du Congo le 31 janvier 1996 et que son expulsion lui avait été notifiée le jour même (ibid.).

62. Dans son arrêt du 30 novembre 2010, la Cour a déclaré que la République démocratique du Congo était tenue d'indemniser la Guinée à raison du préjudice subi par M. Diallo par suite de la violation par l'État congolais de ses obligations en vertu d'un certain nombre de conventions relatives aux droits de l'homme (par. 161). Selon l'arrêt sur le fond, le montant de cette indemnisation devait être établi sur la base du préjudice découlant des deux périodes de détention illicite de M. Diallo en 1995-1996 et de son expulsion, y compris la perte de ses effets personnels qui en a découlé. Les parties n'étant pas parvenues à un accord sur le montant de l'indemnisation dans le délai prescrit, la Cour a tranché cette question dans son arrêt du 19 juin 2012.

63. Dans son arrêt du 19 juin 2012, la Cour a employé la formulation adoptée en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, qui est également reprise dans le commentaire des projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁰⁹, affirmant qu'«il est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant aux dommages que les ressortissants de l'État lésé ont subis par suite de l'acte contraire au droit international» (paragraphe 13 de l'arrêt).

64. Afin d'analyser les principes généraux régissant l'indemnisation, en particulier par rapport au préjudice résultant de la détention illicite ou de l'expulsion, la Cour a examiné la pratique d'autres cours, tribunaux et commissions internationaux tels que la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Tribunal des différends irano-américains, la Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée] et la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

65. Au stade de la procédure, la Guinée a réclamé une indemnisation pour quatre chefs de préjudice, soit un chef de préjudice immatériel et trois chefs de préjudice matériel, ces derniers étant la perte alléguée de biens personnels, la perte alléguée de rémunérations professionnelles pour les périodes de détention de M. Diallo et à la suite de son expulsion, et la privation alléguée de gains potentiels. Pour se prononcer sur l'indemnisation réclamée sous le chef de préjudice immatériel, la Cour a fait appel à des analyses et des exemples de jurisprudence conformes aux travaux de la Commission sur le sujet de l'indemnisation et de la responsabilité internationale, en constatant que le «préjudice immatériel subi par une personne et susceptible d'être reconnu en droit international peut prendre diverses formes» (ibid., par. 18).

66. En examinant les facteurs pertinents et/ou aggravants à prendre en compte dans sa décision sur l'indemnisation, la Cour a adopté une approche qui cadre avec les positions prises par la Commission et intégrées aux commentaires relatifs au projet d'articles sur la responsabilité de

³⁰⁹ Voir le commentaire relatif au projet d'article 36 (Indemnisation), en particulier le paragraphe 2 et la note 511, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 105.

l'État pour fait internationalement illicite. Se fondant sur la jurisprudence de diverses cours internationales, la Cour a estimé que «la détermination du montant de l'indemnité due à raison d'un préjudice immatériel repose nécessairement sur des considérations d'équité» (ibid., par. 24). Au bout du compte, la Cour a considéré qu'un montant de 85 000 dollars des États-Unis constituerait une indemnité appropriée en ce qui concerne le préjudice immatériel subi par M. Diallo (ibid., par. 25).

67. S'agissant du calcul de l'indemnité due par la République démocratique du Congo à raison de la perte alléguée de biens personnels de M. Diallo, la Cour a de nouveau fait appel à la notion de considérations éthiques et s'est tournée vers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Sur la base de ce raisonnement, elle a accordé un montant de 10 000 dollars des États-Unis à la Guinée au titre de ce chef de préjudice (ibid., par. 36).

68. La Cour a de nouveau fait appel à la jurisprudence de diverses cours internationales pour étayer sa conclusion selon laquelle elle peut connaître d'une réclamation au titre de la perte de revenus résultant d'une détention illicite même si une estimation est nécessaire parce que le montant de la perte de revenus ne peut être calculé avec exactitude. Toutefois, la Cour a finalement estimé que «la Guinée n'a pas prouvé à la satisfaction de la Cour que M. Diallo aurait subi une perte de rémunération professionnelle à la suite de ses détentions illicites» (ibid., par. 46).

69. En ce qui concerne la perte de rémunération professionnelle que M. Diallo aurait subie au cours de la période suivant son expulsion illicite, la Cour s'est inspirée de ses analyses précédentes selon lesquelles l'État congolais ne saurait être tenu d'indemniser la Guinée à raison de ce chef de préjudice. Invoquant, entre autres, les travaux de la Commission et son commentaire relatif à l'article 36 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Cour a expliqué ce qui suit :

[L]a demande de la Guinée au titre de la perte de rémunérations futures est en grande partie fondée sur des conjectures, partant notamment de la supposition que M. Diallo aurait continué de percevoir cette somme mensuelle, n'eût été son expulsion illicite. Or, si l'allocation d'indemnités pour perte de revenus futurs implique forcément un certain degré d'incertitude, une telle demande ne saurait se faire sur la base de pures spéculations [...]. Par conséquent, la Cour conclut qu'aucune indemnité ne saurait être allouée au titre des allégations de la Guinée qui concernent la rémunération que M. Diallo n'aurait pu percevoir à la suite de son expulsion (ibid., par. 49).

70. La Cour a aussi rendu dernièrement un autre arrêt qui illustre particulièrement bien l'interaction entre la Cour et la Commission. L'arrêt du 3 février 2012 en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* a soulevé deux séries de questions intéressantes, l'une relative à la responsabilité de l'État et l'autre relative aux travaux que la Commission a consacrés à l'élaboration du projet d'articles³¹⁰ ayant servi de base à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

71. En l'espèce, l'Allemagne faisait valoir que l'Italie n'avait pas respecté l'immunité juridictionnelle à laquelle

l'Allemagne avait droit en vertu du droit international en permettant que des procédures civiles soient engagées contre l'Allemagne devant des tribunaux italiens pour demander réparation des préjudices causés par les violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la Seconde Guerre mondiale. L'Allemagne demandait en outre à la Cour de constater que l'Italie avait violé son immunité juridictionnelle en prenant des mesures de contrainte à l'encontre de la Villa Vigoni, bien immobilier appartenant à l'État allemand, situé en territoire italien et utilisé comme centre culturel allemand, et en déclarant exécutoires en Italie des décisions rendues par des cours civiles grecques à l'encontre de l'Allemagne sur la base de faits similaires à ceux qui ont donné naissance aux réclamations dont étaient saisies les cours italiennes.

72. Dans son arrêt, la Cour a fait largement fond sur le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les commentaires y relatifs, ainsi que sur les travaux de la Commission consacrés aux immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, pour déterminer si l'Italie avait manqué à ses obligations internationales en matière d'immunités juridictionnelles des États lorsque ses cours nationales ont dénié à l'Allemagne les immunités juridictionnelles auxquelles elle aurait autrement eu droit. La Cour a tout d'abord examiné la pertinence du principe qui régit les immunités juridictionnelles dans le cadre plus large des règles du droit international.

73. La Cour a noté que les parties étaient «largement d'accord quant à l'existence et l'importance de l'immunité des États en tant qu'élément du droit international coutumier» (par. 58), mais n'étaient pas d'accord sur le droit applicable. L'Allemagne a fait valoir que le droit qui doit être appliqué est celui qui déterminait la portée et l'étendue de l'immunité de l'État au cours de la période 1943-1945, à l'époque des faits qui sont à l'origine des actions intentées devant les juridictions italiennes, alors que, pour l'Italie, c'est le droit qui était en vigueur au moment où ces actions ont été engagées qui doit prévaloir. Pour traiter ces questions, la Cour a indiqué que, conformément au principe énoncé à l'article 13 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, «la conformité d'un acte au droit international ne peut être déterminée qu'au regard du droit en vigueur au moment où cet acte s'est produit» (ibid.). Étant donné que la réclamation soumise à la Cour concerne les actes de cours italiennes, c'est le droit international en vigueur au moment où ces procédures étaient engagées que la Cour doit appliquer. La Cour a aussi souligné que le droit régissant l'immunité de l'État est à caractère essentiellement procédural (ibid.). Pour toutes ces raisons, elle a estimé qu'il lui fallait «examiner et appliquer le droit de l'immunité des États tel qu'il existait au moment des procédures italiennes et non tel qu'il était en vigueur en 1943-1945» (ibid.).

74. Par la suite, la Cour a dû se pencher sur la question de savoir s'il y avait un conflit entre une ou plusieurs règles du *jus cogens* et la règle de droit coutumier qui fait obligation à un État d'accorder l'immunité à un autre. En l'espèce, la Cour a répondu à cette question par la négative. Rappelant le caractère procédural des règles régissant l'immunité des

³¹⁰ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

États, la Cour a estimé que ces règles n'ont aucun effet sur la légalité des actes commis par l'armée allemande durant la Seconde Guerre mondiale, qui sont le sous-bassement de la procédure engagée devant les cours italiennes. La Cour a poursuivi en ces termes :

[...] C'est pourquoi le fait d'appliquer le droit contemporain de l'immunité des États à une instance relative à des événements survenus entre 1943 et 1945 ne porte pas atteinte au principe selon lequel les tribunaux ne doivent pas appliquer le droit de manière rétroactive aux fins de se prononcer sur des questions de licéité et de responsabilité [...]. Pour la même raison, le fait de reconnaître l'immunité d'un État étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens*, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation, et ne saurait donc contrevenir au principe énoncé à l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État (ibid., par. 93).

75. S'agissant des plaidoiries finales de l'Allemagne et des réparations réclamées, la Cour a de nouveau expressément fait appel aux travaux de la Commission sur le sujet de la responsabilité de l'État. Dans sa cinquième requête, l'Allemagne a essentiellement demandé à la Cour d'ordonner à l'Italie de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées et soient privées d'effet (ibid., par. 137). La Cour a donné raison à l'Allemagne sur son cinquième chef de conclusion et, expliquant les conséquences qui en découlent, elle a expressément mentionné deux dispositions des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir l'alinéa *a* de l'article 30 (Cessation et non-répétition) et l'article 35 (Restitution) [ibid.].

76. La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dont le projet d'articles avait été élaboré par la Commission, a structuré le raisonnement de la Cour dans son arrêt en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. La Cour a aussi mentionné l'abondante pratique des États qui ressort des décisions des cours nationales en matière d'immunité juridictionnelle. Selon la Cour, cette pratique se retrouve dans la législation nationale des États, dans les revendications d'immunité formulées par des États devant des cours étrangères et dans des «déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis lors de l'adoption de la Convention des Nations Unies [sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens]» (ibid., par. 55).

77. De l'avis de la Cour, il ressort clairement de ce contexte que l'*opinio juris* relative aux règles régissant l'immunité juridictionnelle de l'État est reflétée, notamment, par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier, et par la reconnaissance de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers (ibid.).

78. La Cour a fait appel aux conclusions auxquelles est parvenue la Commission plus de trente années auparavant pour mettre en valeur la prévalence de la règle pertinente

de droit international coutumier. Dans son arrêt, la Cour s'est référée à la conclusion à laquelle la Commission est parvenue en 1980, à savoir que l'immunité de l'État a été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement ancrée dans la pratique courante des États³¹¹. En outre, selon la Cour :

[...] Il ressort de cette pratique que les États, que ce soit lorsqu'ils invoquent l'immunité pour leur propre compte ou qu'ils l'accordent à d'autres, partent généralement du principe qu'il existe en droit international un droit à l'immunité de l'État étranger, dont découle pour les autres États l'obligation de le respecter et de lui donner effet. (ibid., par. 56).

79. Plus loin dans son arrêt, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si la législation nationale qui prévoit une «exception territoriale» opère une distinction expresse entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii*, question à laquelle elle a par la suite répondu par la négative. La Cour a fait observer que l'idée selon laquelle l'immunité de l'État ne s'étend pas aux procédures civiles en ce qui concerne les actes commis sur le territoire de l'État du for, qui ont entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel, a son origine dans des affaires concernant des accidents de la circulation et autres risques assurables. La Cour a en outre noté que, entre autres dispositions, l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne fait pas non plus de distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii* dans ce contexte. Il y a lieu de rappeler que l'article 12 rend l'immunité juridictionnelle de l'État inapplicable

dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission [cité au paragraphe 69 de l'arrêt].

80. Ayant ces éléments à l'esprit, la Cour a noté qu'il ressort du «commentaire de la Commission du droit international relatif à ce qui est devenu l'article 12 de la Convention des Nations Unies³¹² qu'il s'agissait là d'un choix délibéré et que cette disposition ne devait pas être limitée aux actes *jure gestionis*» (ibid., par. 64). Ayant pris note des vues exprimées par certains États au cours de la rédaction de la Convention, la Cour a estimé qu'il ne lui incombait pas de résoudre la question de savoir s'il y a en droit international coutumier une exception de responsabilité délictuelle à l'immunité de l'État applicable aux *acta jure imperii* en général, considérant qu'il lui fallait «seulement se prononcer sur les actes commis sur le territoire de l'État du for par les forces armées d'un État étranger, et d'autres organes de celui-ci agissant en coopération avec lesdites forces dans le cadre d'un conflit armé» (par. 65).

81. Dans le cadre de cette analyse, la Cour a estimé que, bien que l'article 12 de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, tout comme

³¹¹ *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 144 (paragraphe 26 du commentaire relatif à l'article 6 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens).

³¹² *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 47 (paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 12).

la Convention dans son ensemble, n'exclut pas expressément de son champ d'application les actes des forces armées, le commentaire de la Commission au texte de l'article 12 dit que cette disposition ne s'applique pas aux situations de conflit armé³¹³. Cette interprétation a été également reprise par le Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens dans son rapport³¹⁴ à la Sixième Commission³¹⁵. Cette interprétation n'a par ailleurs fait l'objet d'aucune objection de la part des États et a été reprise dans les déclarations faites par certains États au stade de la ratification de la Convention. La Cour a donc repris à son compte cette interprétation des règles régissant l'immunité juridictionnelle.

82. La Cour a également noté que le maintien de l'immunité est établi dans les jurisprudences nationales en pareilles circonstances, y compris le fait que l'État est en droit d'invoquer l'immunité «lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par les forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'État du for» (par. 77 de l'arrêt). Se référant à l'*opinio juris* étayant cette interprétation, la Cour a relevé que

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

83. En examinant la portée de l'immunité juridictionnelle, la Cour a dû examiner aussi l'argument de l'Italie selon lequel des limitations à cette règle pourraient découler de la gravité de la violation ou du caractère impératif de la règle violée, possibilité non prévue dans la Convention susmentionnée ou d'autres instruments pertinents, selon la Cour. À cet égard, la Cour a noté que l'absence de toute disposition de ce type dans la Convention est particulièrement significative.

84. La Cour a en outre fait remarquer que le groupe de travail créé par la Commission en 1999 pour examiner diverses évolutions de la pratique identifiées par la Sixième Commission a déclaré dans son rapport que la question des réclamations en cas de décès ou de préjudice corporel résultant des actes commis par un État en violation de normes relatives aux droits de l'homme ayant un caractère de *jus cogens* ne devait pas être ignorée³¹⁶. Toutefois, ledit groupe n'a recommandé aucune modification du texte élaboré par la Commission. La question a été examinée par la suite par le groupe de travail de la Sixième Commission, qui a décidé qu'elle n'était pas encore prête pour un travail de codification. Au cours des débats ultérieurs de la Sixième Commission, aucun État n'a soulevé la moindre objection à cette décision. La Cour en a en fait conclu qu'un tel bilan permettait de penser que, lors de l'adoption

de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, en 2004, les États n'ont pas estimé que le droit international coutumier limite l'immunité dans le sens suggéré par l'Italie.

85. En 2011, la Cour a statué quant au fond en deux affaires. La première, relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, a donné lieu à l'arrêt du 5 décembre 2011 qui soulève quelques questions au regard des travaux de la Commission. En l'espèce, l'ex-République yougoslave de Macédoine (le requérant) a fait valoir que la Grèce (le défendeur) avait violé le paragraphe 1 de l'article 11 de l'Accord intérimaire de 1995³¹⁷ en objectant à l'admission du requérant à l'OTAN. Cette disposition réserve le droit de la Grèce d'objecter à toute admission à une organisation ou institution mentionnée dans cette disposition si, et dans la mesure où, l'ex-République yougoslave de Macédoine serait désignée dans cette organisation ou institution par une appellation différente de celle figurant au paragraphe 2 de la résolution 817 (1993) du Conseil de sécurité du 7 avril 1993.

86. Les justifications avancées par le défendeur en réponse à l'allégation selon laquelle il aurait violé l'Accord intérimaire de 1995 contenaient des références à des aspects du droit de la responsabilité des États. Le défendeur a fait valoir que tout manquement éventuel de sa part à ses obligations en vertu de l'Accord intérimaire peut se justifier en tant que contre-mesure en application du droit de la responsabilité des États. Le défendeur a affirmé que les violations commises par le requérant sont graves et que ses propres réponses à ces violations remplissent les conditions requises en vertu des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qu'il a décrits comme exigeant que les contre-mesures soient proportionnelles, qu'elles aient pour but la cessation du fait illicite et qu'elles soient limitées à la non-exécution temporaire de l'obligation faite au défendeur de ne pas objecter. Le défendeur a déclaré qu'il avait à plusieurs reprises informé le requérant de ses positions.

87. Le requérant, pour sa part, a appelé l'attention sur le fait que, selon les conditions énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les contre-mesures doivent être prises en réaction à une violation commise par l'autre État, elles doivent être proportionnelles à ces violations et elles ne peuvent être prises qu'après avoir été notifiées à l'autre État. Du point de vue du requérant, aucune de ces conditions n'était remplie. Le requérant estimait en outre que les conditions posées pour la prise de contre-mesures dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sont conformes au droit international général.

88. Le défendeur a, en outre, invoqué l'*exceptio non adimpleti contractus*, qu'il a qualifiée de principe général du droit international, en appui de son affirmation selon laquelle un État victime de violations d'obligations conventionnelles a le droit de suspendre l'exécution des obligations correspondantes à l'égard de l'État fautif. Le défendeur a fait valoir, en particulier, qu'il y a un lien

³¹³ Ibid., p. 42 (paragraphe 10 du commentaire).

³¹⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 22 (A/59/22).

³¹⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session, 13^e séance (A/C.6/59/SR.13), par. 36.

³¹⁶ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), annexe, p. 181, par. 3.

³¹⁷ Accord intérimaire (New York, 13 septembre 1995), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1891, n° 32193, p. 3.

synallagmatique entre sa propre obligation de ne pas faire objection en vertu du paragraphe 1 de l'article 11 de l'Accord intérimaire et les obligations du requérant en vertu des articles 5, 6, 7 et 11 de l'Accord. Pour résumer, le défendeur estimait que la violation par le requérant de ses engagements conventionnels excluait l'illicéité de toute suspension par le défendeur de l'exécution de ses obligations en réaction à cette violation. Le défendeur a fait valoir, en outre, que les conditions régissant l'*exceptio* sont beaucoup moins rigides que celles relatives à la suspension d'un traité ou à l'exclusion de l'illicéité par le bais de contre-mesures, parce que l'exercice de l'*exceptio* n'est soumis à aucune condition de procédure.

89. Le requérant a quant à lui affirmé que le statut prétendument coutumier de l'*exceptio* n'avait pas été démontré par le défendeur. Il a en outre fait remarquer que le droit régissant la responsabilité des États n'accepte pas l'*exceptio* comme justification de la suspension de l'exécution d'obligations internationales. Il a au contraire fait valoir que l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 devrait s'appliquer en réaction à des violations substantielles d'engagements conventionnels. Le requérant a par ailleurs contesté l'argument du défendeur visant à appeler l'attention sur un prétendu lien synallagmatique entre les différentes obligations énoncées dans les dispositions pertinentes de l'Accord intérimaire.

90. Pour finir, la Cour a estimé que le défendeur n'a pas réussi à démontrer que le requérant avait violé l'Accord intérimaire, sauf en ce qui concerne l'utilisation du symbole interdit par le paragraphe 2 de l'article 7. La Cour a en outre fait observer que le défendeur n'a pas réussi à prouver l'existence d'un lien entre l'utilisation de ce symbole par le requérant en 2004 et l'objection du défendeur à l'admission du requérant à l'OTAN en 2008. La Cour a donc déclaré que les arguments avancés par le défendeur n'indiquent pas que ce dernier s'est opposé à l'admission du requérant à l'OTAN « en pensant que l'*exceptio* excluait l'illicéité de son opposition » (par. 161). En résumé, la Cour a estimé que le défendeur n'a pas respecté les conditions d'application de l'*exceptio* dans ses propres plaidoiries. En conséquence, la Cour a estimé qu'elle n'était pas appelée à déterminer si l'*exceptio* fait partie du droit international contemporain.

91. La dernière décision sur le fond qui vaut d'être notée, même si elle ne touche pas à des questions actuellement examinées par la Commission, est celle de l'avis consultatif du 1^{er} février 2012 sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur la requête contre le Fonds international de développement agricole*. Dans cet avis consultatif, la Cour a jugé nécessaire de souligner une certaine inégalité dans le processus de réexamen des jugements rendus par le Tribunal administratif de l'OIT en ce sens que seule l'organisation a accès à ce recours, pas la personne concernée. L'ONU a réformé son système de justice mais pas l'OIT. Or, l'heure est venue de le faire, surtout parce que le Tribunal administratif de l'OIT est le tribunal non seulement de l'OIT mais également de nombre d'autres organisations, y compris de la Cour permanente d'arbitrage.

92. Ainsi s'achève le bilan des principales activités judiciaires de la Cour pour les dix mois précédents. Au cours

de leur histoire déjà longue, la Cour et la Commission, en tant que principaux organes judiciaire et juridique, respectivement, de l'Organisation des Nations Unies, se sont influencées. La Commission a étudié de près les arrêts de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice, et ses rapporteurs spéciaux ont pris en compte ces arrêts dans la rédaction de diverses propositions, mais la Cour, de son côté, n'a pas non plus négligé les travaux de la Commission, s'agissant non seulement des conventions résultant de son travail de codification mais également des textes qui ne sont pas devenus des conventions, par exemple les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

93. Il y a également l'aspect personnel de la relation entre la Cour et la Commission, dans la mesure où, sur les 103 juges qui ont siégé à la Cour à ce jour, 34 avaient été membres de la Commission avant leur élection à la Cour et, parmi ces derniers, 9 ont été Présidents de la Cour. Il faut espérer que cette coopération, ces échanges de vues et ces influences mutuelles si fructueux se poursuivront et prospéreront à l'avenir.

94. Le PRÉSIDENT remercie M. Tomka de sa déclaration et invite les membres de la Commission qui le souhaitent à lui faire part de leurs questions ou observations.

95. M. KITTICHAISAREE, s'exprimant en qualité de président du groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, dit que cet organe attendant avec impatience l'arrêt de la Cour dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Il semble toutefois que cet arrêt soit assez limité. Il serait intéressant de savoir si M. Tomka, en tant qu'ancien membre de la Commission, considère que celle-ci peut apporter une contribution réelle sur le sujet de l'obligation d'extrader ou de juger par la codification et le développement progressif du droit international coutumier ou la pratique des traités.

96. Dans son opinion individuelle sur cette affaire, le juge Abraham semble avoir placé la barre à une hauteur irréaliste en matière de preuve d'*opinio juris*. En examinant récemment le sujet « Formation et identification du droit international coutumier », la Commission a constaté qu'il existe désormais près de 200 États, ce qui fait qu'il est plus difficile de déterminer l'*opinio juris*. Dans son opinion individuelle, le juge Abraham semble affirmer que certains États revendiquent une compétence universelle sur certains crimes de leur propre chef et par une décision souveraine, sans se considérer tenus de le faire. Malgré tout le respect dû à son auteur, cette affirmation n'est pas très réaliste.

97. Sir Michael WOOD a deux questions à poser qui ont trait à des points de procédure. En premier lieu, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* comme le juge Abraham le relève dans son opinion individuelle, les parties ont dû répondre à un nombre exceptionnel de questions. Il s'agit dès lors de savoir si la Cour a de plus en plus tendance à poser des questions, ce qui ne serait pas une mauvaise chose, en ce sens que les questions peuvent être très utiles tant pour la Cour que pour les parties concernées afin de bien cerner les contours de chaque affaire.

98. La seconde question a trait au fait que, bien souvent, la correspondance touchant au fond des affaires n'est pas affichée sur le site Web de la Cour, d'où une certaine difficulté à suivre les décisions de celle-ci. On peut citer à titre d'exemple les lettres adressées à titre de réponse par écrit aux questions posées au stade des mesures provisoires et de l'examen quant au fond de l'affaire des *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Il serait utile qu'à l'avenir ce type d'information soit affiché sur le site Web de la Cour.

99. M. PETRIČ dit que sa question porte sur la validité juridique des avis consultatifs de la Cour sur des questions importantes telles que les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Ces avis reposent certes sur les mêmes règles de droit et sont adoptés suivant des procédures similaires par les mêmes personnes que les arrêts de la Cour mais la question se pose de savoir quel est leur impact réel par rapport à ces derniers. En tant que membre d'une cour constitutionnelle nationale, il éprouverait quelques difficultés à s'occuper un jour d'un avis consultatif qui peut ne pas être pris au sérieux et le lendemain d'un arrêt à caractère contraignant.

100. M. TOMKA (Président de la Cour internationale de Justice), répondant d'abord à M. Kittichaisaree, dit qu'il appartient à la Commission de décider si elle peut s'inspirer pour ses travaux futurs de l'arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. La Cour n'a pas ce luxe : elle ne peut pas choisir ses sujets et doit examiner les affaires qui lui sont soumises. Par ailleurs, elle ne saurait se lancer dans des débats théoriques ; elle doit statuer sur des affaires précises et n'examiner que les questions pertinentes au regard de la décision qu'elle va prendre. Dans son arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour a interprété la Convention contre la torture et, en particulier, les obligations en vertu du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7. La Cour a estimé que l'obligation principale en vertu de l'article 7 est de soumettre l'affaire à un organe compétent pour engager des poursuites et que l'extradition n'est pas à strictement parler une obligation mais plutôt une faculté dont l'État peut user et, ce faisant, se libérer de l'obligation de juger.

101. Il ne serait guère approprié pour le Président de la Cour de commenter les vues de ses collègues. Certains d'entre eux sont des auteurs prolifiques alors que d'autres n'expriment leurs vues que lorsque cela est nécessaire. Il vaut donc mieux ne pas commenter l'opinion individuelle du juge Abraham. Les avis et les arrêts doivent se suffire à eux-mêmes. Le rôle du Président de la Cour se limite à rappeler à ses collègues qu'ils ne doivent pas dans leurs opinions porter atteinte à la confidentialité des délibérations et que l'objet d'une opinion individuelle doit être non pas de critiquer l'arrêt mais d'expliquer pourquoi le juge auteur de l'opinion ne peut faire siennes l'interprétation ou les conclusions de la Cour. C'est au lecteur qu'il appartient de tirer ses propres conclusions sur le point de savoir si c'est la conclusion de la Cour ou l'opinion individuelle qui correspond à l'analyse la plus convaincante de la situation et des règles en question.

102. Répondant à Sir Michael, M. Tomka confirme que les membres de la Cour ont de plus en plus tendance à poser des questions aux parties. La politique de la Cour concernant les questions que ses membres peuvent individuellement poser est que le juge en question doit informer ses collègues de son intention de poser une question afin que ceux-ci puissent donner des conseils sur le contenu de la question. S'agissant des questions posées au nom de la Cour, il faut que la majorité des membres aient donné au préalable leur accord sur son contenu.

103. À l'origine, le site Web de la Cour ne comportait que les arrêts, puis les plaidoiries des parties ont été ajoutées, mais sans leurs annexes, c'est-à-dire en se limitant à l'exposé des faits et aux arguments juridiques. Un débat est en cours sur le point de savoir s'il faut également afficher les plaidoiries écrites des parties. En ce qui concerne la proposition concrète de Sir Michael, des morceaux choisis de la correspondance sont en fait publiés dans les volumes reliés contenant les plaidoiries écrites et la transcription de tous les arguments, mais pas immédiatement après que la Cour a statué.

104. À propos de la question de M. Petrič, certains avis consultatifs sont suivis par les organes qui les ont spécifiquement demandés, ce qui est en réalité le but de l'opération. De manière générale, la Cour accède aux demandes d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale. La plupart des juges estiment qu'en rendant des avis consultatifs la Cour apporte sa contribution à l'action de l'Organisation des Nations Unies. Toutefois, à titre personnel, M. Tomka n'est pas toujours convaincu que l'organe demandant un tel avis en avait réellement besoin : la demande d'avis est souvent le fait d'une majorité d'États Membres dont les vues ont prévalu dans le vote, qui aboutit à l'adoption de la résolution pertinente de l'Assemblée générale. À titre d'exemple, en 2010, lorsque la Cour a rendu un avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, cinq juges ont estimé que la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et ne pas accéder à cette demande. Ils considéraient en effet que la question n'était pas pertinente au regard du travail en cours de l'Assemblée générale, comme le démontrait la résolution 64/298 du 9 septembre 2010 : le projet de résolution prévoyait certes qu'une question sur la suite donnée à l'avis consultatif soit inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale mais, à l'issue de négociations animées et d'un changement dans la composition du parrainage de la résolution, le paragraphe contenant la décision d'inscrire la question à l'ordre du jour a été supprimé³¹⁸.

105. M. FORTEAU pose deux questions concernant la manière dont la Cour a traité dans sa jurisprudence les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En premier lieu, dans son récent arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour ne s'est référée qu'à sa jurisprudence de 1951 et de 1970 pour la question de savoir si la Belgique avait qualité pour agir, sans référence aux articles 42 et 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il y a donc lieu de se

³¹⁸ Document A/64/L.65, à distribution limitée.

demander si la Cour n'avait pas jugé nécessaire d'inclure cette référence ou si elle avait des doutes quant au statut coutumier de ces deux dispositions.

106. En second lieu, s'agissant de l'obligation de mettre fin aux faits illicites, il y a une certaine incohérence dans la jurisprudence de la Cour. Dans son arrêt de 2009 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour a fondé l'obligation de mettre fin aux actes illicites non pas sur le droit de la responsabilité mais sur la nécessité de se conformer aux arrêts de la Cour, en indiquant qu'elle ne mentionnerait cette obligation dans le dispositif de l'arrêt que si des circonstances appropriées et particulières l'exigent. Or, dans son arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour a fondé l'obligation de mettre fin aux actes illicites sur la responsabilité de l'État et a mentionné cette obligation dans le dispositif de l'arrêt, sans expliquer quelles circonstances exigeaient cela. Il y a donc lieu de se demander si le précédent créé en 2009 n'est plus valable et si l'obligation de mettre fin aux actes illicites sera systématiquement mentionnée dans les arrêts sur la base de la responsabilité de l'État.

107. M. HMOUD demande comment la Cour parvient à assumer sa charge de travail sur les plans logistique, juridique et financier, et si l'Assemblée générale pourvoit à tous ses besoins. Sa seconde question porte sur le fait que la Commission est en train d'examiner l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État alors que l'arrêt de la Cour en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* examine cette question sous l'angle de la juridiction civile et non pénale. Des éclaircissements seraient appréciés en ce qui concerne le raisonnement de la Cour en cette affaire et le point de savoir si elle estime que les deux questions sont liées.

108. M. McRAE dit que des préoccupations ont été exprimées à un certain moment à propos de la prolifération des tribunaux internationaux et des problèmes relatifs au chevauchement de compétences que cela risque de créer pour la Cour internationale de Justice. L'ancienne Présidente de la Cour, Dame Rosalyn Higgins, a certes déclaré au cours de sa dernière visite à la Commission que le problème ne se posait plus, mais il est permis de se demander si la situation n'a pas évolué compte tenu du jugement sur le fond rendu dernièrement par le Tribunal international du droit de la mer.

109. M. TOMKA (Président de la Cour internationale de Justice), répondant aux questions de M. Forteau, dit qu'il n'est pas toujours nécessaire de mentionner spécifiquement le numéro de l'article cité, l'important étant sa substance. Une lecture attentive de l'arrêt sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* permet de voir que les vues de la Cour suivent de près la teneur de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État. Il est en général utile que la Cour compte parmi ses membres d'anciens membres de la Commission, dans la mesure où ces derniers ont tendance à exploiter davantage les travaux de la Commission, encore que cela ne soit pas toujours le cas. Le juge qui a fait valoir avoir le plus de véhémence que l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État ne reflète pas le droit international coutumier est un ancien membre de

la Commission. La Cour n'examine pas toujours tous les enjeux juridiques possibles et s'en tient à ceux qui sont strictement nécessaires pour statuer en l'espèce, comme lorsque la question de la qualité pour agir de la Belgique s'est posée.

110. Concernant l'obligation de mettre fin aux actes illicites, la Cour a effectivement tendance à faire appel aux articles sur la responsabilité de l'État élaborés par la Commission. Si l'arrêt de 2009 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* n'était pas suffisamment clair sur ce point, cela peut s'expliquer par la composition du Comité de rédaction. En tout état de cause, ce fut la seule affaire à laquelle M. Tomka n'a pas participé pleinement, en raison de problèmes de santé.

111. S'agissant des questions posées par M. Hmoud, la Cour ne chôme effectivement pas. Elle a 11 affaires à son rôle et a statué sur le fond en cinq affaires en moins d'un an. Elle a déjà tenu des audiences pour deux affaires en 2012 et d'autres sont prévues pour le restant de l'année et pour 2013. La charge de travail de la Cour ne cesse de croître et il lui a fallu travailler plus dur pour faire en sorte que les États n'aient pas à attendre trop longtemps que leur affaire soit entendue.

112. L'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* ne porte pas sur la responsabilité pénale de l'État ou d'un individu mais sur l'indemnisation des victimes. C'est dans cette optique que la Cour a examiné l'immunité juridictionnelle de l'État et non sous l'angle d'une distinction entre juridiction pénale et juridiction civile. Cela étant dit, la Cour a bien tenu à préciser que s'il subsiste des questions non réglées en matière d'indemnisation des victimes, elles doivent être réglées par la voie de négociations bilatérales.

113. Pour ce qui est des questions posées par M. McRae, le Président de la Cour ne pense pas, à titre personnel, qu'il faille craindre la prolifération des tribunaux internationaux. Comme les derniers événements le montrent bien, le Tribunal international du droit de la mer ne s'est pas écarté de la jurisprudence de la Cour en matière de délimitation maritime dans son arrêt sur le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*. Le Tribunal a même suivi de très près la jurisprudence de la Cour, y compris en se référant à l'arrêt en l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*. Dans l'intervalle, en l'affaire en cours devant la Cour concernant le *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, les parties se sont référées à l'arrêt rendu peu de temps auparavant par le Tribunal international du droit de la mer, que la Cour est en train d'étudier.

114. Le PRÉSIDENT, au nom de la Commission, remercie M. Tomka de son intéressante déclaration et de l'abondante information fournie, notamment en réponse aux questions qui lui ont été posées.

La séance est levée à 13 h 10.

3149^e SÉANCE

Mercredi 25 juillet 2012, à 10 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes (suite)

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU REPRÉSENTANT DU COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Stewart, du Comité juridique interaméricain, et l'invite à s'adresser à la Commission.

2. M. STEWART (Comité juridique interaméricain) se dit très honoré de présenter les travaux récemment menés par le Comité juridique interaméricain. La Commission disposant du rapport annuel très détaillé de 2011 sur les activités du Comité³¹⁹, il s'en tiendra à un aperçu des principales questions traitées l'année précédente.

3. Conformément à la Charte de l'Organisation des États américains (OEA) de 1948, le Comité juridique interaméricain est le principal organe consultatif de l'OEA. Composé de 11 membres, experts indépendants élus par l'Assemblée générale de l'OEA, le Comité rend des avis ou des opinions sur des questions précises d'intérêt régional ou international, œuvre en faveur de l'harmonisation des législations des États membres de l'OEA, rédige des projets de convention ou d'autres instruments, réalise des études sur les problèmes juridiques soulevés par l'intégration régionale, propose des conférences et des réunions sur des questions juridiques internationales et coopère avec d'autres organismes chargés de développer ou de codifier le droit international.

4. Le Comité a contribué à l'élaboration d'un grand nombre d'instruments importants, parmi lesquels la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme (« Pacte de San José de Costa Rica »), la Convention pour la prévention ou la répression des actes terroristes qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (1971) et la Convention interaméricaine de 1981 sur l'extradition. Plus récemment, il a contribué à l'élaboration de la Convention interaméricaine de 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux, la Convention

interaméricaine de 1999 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées, la Convention interaméricaine de lutte contre la corruption de 1996 et la Charte démocratique interaméricaine de 2001, autant de textes traduisant un respect de la démocratie qui revêt une importance cruciale pour la région. Le Comité organise chaque année depuis 1974 un cours très réputé destiné aux jeunes juristes des États membres, qui contribue de manière substantielle à la promotion et au développement du droit international dans l'ensemble de la région. Le thème retenu pour 2011 était « Droit international et démocratie ».

5. À la différence de la Commission, le Comité a toujours accordé une place privilégiée au droit international privé dans ses travaux – ce qui était déjà le cas de son prédécesseur, la Commission permanente de juristes. Dans ce cadre, il organise des conférences spécialisées interaméricaines de droit international privé, connues sous le nom de « conférences CIDIP », portant sur des questions aussi diverses que le choix de la loi applicable en matière contractuelle, l'exécution des sentences arbitrales, la preuve de la loi étrangère, le recouvrement international des obligations alimentaires, la responsabilité civile extracontractuelle, les registres électroniques pour l'application de la loi type interaméricaine sur les garanties mobilières ou encore la protection internationale du consommateur. Au fil des ans, les conférences CIDIP ont abouti à l'adoption de 26 instruments, ce qui a favorisé la création d'un cadre efficace de coopération judiciaire et renforcé la sécurité juridique des transactions transfrontalières régionales dans les domaines civil, familial, commercial et procédural.

6. Les travaux récemment entrepris par le Comité couvrent un large éventail de sujets. Parmi eux, six revêtent une importance particulière et pourraient intéresser la Commission. Premièrement, le Comité a réalisé une étude sur les moyens de renforcer le système régional des droits de l'homme, question essentielle dont il s'est toujours saisi activement, fournissant par exemple des services consultatifs dans le cadre de l'élaboration d'un instrument régional relatif aux formes contemporaines de discrimination. Le Comité y formule des recommandations concernant les compétences et missions des principaux organes du système interaméricain, notamment la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Le Comité y formule également des observations et propositions sur le règlement amiable des affaires et l'adoption de mesures de protection. Il y expose en outre de nouvelles mesures que la Cour et la Commission pourraient adopter au titre de la promotion des droits de l'homme et y propose des mécanismes qui permettraient de renforcer le suivi et l'effectivité des arrêts. Dans cette étude, enfin, le Comité, jugeant crucial que davantage d'États ratifient les instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme, fait différentes propositions relatives au financement de la Cour et de la Commission.

7. Deuxièmement, le Comité a réalisé une étude sur la liberté de pensée et d'expression. Plus précisément, il a été prié par l'Assemblée générale de l'OEA de réfléchir à l'importance de garantir la liberté de pensée et d'expression, compte tenu du fait que des médias libres et

³¹⁹ Document OEA/SER.G – CP/doc.4695/12, consultable sur le site Web de l'OEA, www.oas.org/en/sla/iajc/docs/infoannual.cji.2011.eng.pdf.

indépendants s'imposent eux-mêmes des règles déontologiques qui ne sauraient leur être imposées par l'État, conformément aux principes de droit international applicables. Une des préoccupations sous-jacentes à cette demande était liée à l'utilisation croissante d'Internet dans la diffusion de l'information et aux menaces pesant sur la libre circulation de celle-ci. Au terme d'un débat approfondi, le Comité a adopté un rapport qui comporte une analyse de l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de la relation de cet article avec le renforcement de la démocratie, des limites de la liberté de pensée et d'expression, et des sanctions prévues en cas d'exercice abusif de celle-ci. Le rapport insiste sur le fait que cette liberté est un des piliers de la démocratie, et que la liberté de la presse est le meilleur moyen d'être informé des idées, comportements et actes des dirigeants politiques, et de les juger. Il souligne toutefois, comme la Cour et la Commission dans leurs décisions, que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit être conciliée avec d'autres droits reconnus, comme le droit à l'honneur. Le rapport insiste également sur le fait que les États ne doivent jamais imposer de censure préalable et propose des critères directeurs aux fins du respect de la liberté d'expression, soulignant que le véritable journalisme est toujours soucieux de la vérité, indépendant des pouvoirs publics, politiques et économiques, et capable de reconnaître ses erreurs. D'après le rapport, le respect de la déontologie journalistique est le moyen le plus sûr de garantir la liberté d'expression, liberté dont doivent jouir tous les médias, y compris sur Internet.

8. Troisièmement, le Comité a établi un rapport sur la participation citoyenne dans un système démocratique, dans lequel il décrit 13 mécanismes de participation directe mis en place dans différents pays de la région. Tout en reconnaissant l'importance de ces mécanismes, le rapport met en relief leurs limites et propose des mesures propres à favoriser le respect de l'ordre constitutionnel et des droits des citoyens. Le rapport insiste surtout sur le fait que la distinction entre « démocratie représentative » et « démocratie participative » peut induire en erreur. La démocratie représentative ne signifie pas le rejet de la participation citoyenne, mais invite au contraire les citoyens à prendre part activement aux processus de décision. Les mécanismes de participation directe ne se substituent pas aux institutions de la démocratie représentative, mais les complètent et les dynamisent.

9. Quatrièmement, le Comité a réalisé une analyse comparative des principaux instruments juridiques interaméricains relatifs à la paix, à la sécurité et à la coopération. Bien que la région ait connu plus d'un demi-siècle de relative stabilité, le maintien de la paix et de la sécurité régionales reste au cœur des préoccupations de l'OEA, qui accorde une importance particulière au principe de non-intervention et au règlement pacifique des différends. Dans son rapport, le Comité dresse un bilan « pluridimensionnel » de la situation en matière de sécurité, examinant les nouvelles menaces que représentent le terrorisme, la criminalité transnationale organisée, la traite de migrants, le trafic de stupéfiants et d'armes légères, les changements climatiques et la cybercriminalité, notamment. Il conclut en insistant sur la nécessité de mettre en place des outils et mécanismes innovants pour faire face à ces « nouvelles réalités » dans la région.

10. Cinquièmement, au cours des dernières années, le Comité a accordé une attention particulière aux questions liées au droit d'accès aux documents administratifs et au droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, droits essentiels pour le bon fonctionnement de la démocratie et du respect des droits de l'homme à l'ère de l'information numérique. Le Comité a ainsi contribué à l'élaboration d'une loi type relative à l'accès aux documents administratifs assortie d'un guide de la pratique, tous deux adoptés en 2010. En 2012, il a adopté une proposition de déclaration de principes régissant la vie privée et la protection des données personnelles dans les Amériques. La mondialisation et la révolution numérique engendrent des défis sans précédents et mettent à mal la notion classique de vie privée. Relever ces défis suppose de concilier des intérêts et principes contradictoires. Ainsi, le droit au respect de la vie privée, la liberté de parole, d'opinion et d'expression ou la libre circulation transfrontière de l'information doivent être conciliés avec les besoins de tout gouvernement en matière de sécurité. S'appuyant sur les travaux menés par d'autres organisations internationales et sur les initiatives prises par des États membres de l'OEA, le Comité a rédigé une déclaration énonçant 12 principes relatifs à la protection de la vie privée et à la protection des données personnelles, qui pourront guider les travaux futurs des États membres en la matière. Il s'agit notamment de la transparence, du consentement, de la confidentialité et, surtout, de la responsabilité. Des critères sont définis pour l'accès aux informations et leur rectification, le traitement des données sensibles, la responsabilité des personnes ou entités chargées de la gestion des informations, l'utilisation transfrontalière des informations et la diffusion des exceptions. Ces principes forment une base solide sur laquelle les États membres pourront s'appuyer pour définir leurs approches nationales et légiférer.

11. Sixièmement, le Comité s'est penché sur une question qui relève clairement du droit international privé et revêt une importance considérable pour le développement économique de la région des Amériques, où le coût et la lenteur des formalités d'enregistrement des sociétés se sont révélés d'importants obstacles à la création de nouvelles entreprises. Ces dernières décennies, des nouvelles sociétés de formes hybrides ont vu le jour dans divers pays du monde, qui facilitent la création de microentreprises et de petites et moyennes entreprises. S'appuyant sur une initiative colombienne encourageant l'utilisation de cette nouvelle forme de société et sur les travaux de M. Francisco Reyes Villamizar, le Comité a adopté un projet de loi type relatif aux sociétés par actions simplifiées. Il s'agit de limiter la responsabilité des actionnaires, sauf s'ils utilisent la société pour commettre des actes frauduleux ou des abus. Le projet prévoit également la protection des tiers et un contrôle efficace et peu coûteux par des auditeurs externes. Les règles relatives à la liquidation et à la dissolution sont relativement simples.

12. Au cours de l'année précédente, le Comité a aussi adopté un guide de principes relatifs à l'accès à la justice dans les Amériques, qui propose des moyens novateurs d'assurer l'autonomie des systèmes judiciaires et le respect des droits de tous les citoyens, compte tenu de l'augmentation du nombre de requêtes et de la diminution des ressources disponibles. Ce guide contient des

propositions concernant la formation et la sélection des juges, la modernisation et l'autonomie du système judiciaire, le respect du principe de l'efficacité des voies de recours, les garanties d'un accès égal à la justice dans tous les domaines, les mécanismes de justice alternative, l'aide aux groupes vulnérables et la reconnaissance du multiculturalisme.

13. En 2011, le Comité a également adopté un guide de principes relatifs à la diversité culturelle dans le développement du droit international, dont l'objectif est de favoriser la prise en compte de la diversité culturelle dans les systèmes nationaux et d'assurer sa reconnaissance constitutionnelle et légale. Les États membres de l'OEA y sont invités à préserver le patrimoine linguistique de la région et à restaurer les zones dévastées par des catastrophes naturelles, à créer des institutions et des mécanismes destinés à protéger le patrimoine culturel et à tenir compte de la diversité culturelle dans les processus d'intégration régionale. Le guide précise en outre le rôle de la société civile, des organisations non gouvernementales et du secteur privé en matière de promotion de la diversité. Enfin, le Comité a aussi adopté une résolution relative à l'asile et au statut de réfugié appelant les États à veiller à ce que les conditions d'octroi du statut de réfugié en droit interne soient appropriées et conformes aux principes de droit international pertinents.

14. Cinq nouvelles questions sont inscrites à l'ordre du jour de la quatre-vingt-unième session du Comité. La première a trait à l'élaboration d'un guide pour la réglementation de l'usage de la force et la protection des personnes dans les situations de violence interne autres que des conflits armés. Dans plusieurs pays de la région, la sûreté et la sécurité peuvent être gravement menacées par des organisations criminelles ou par des manifestations de masse à caractère politique. L'objet des travaux sera d'établir un cadre juridique concret applicable aux situations de violence interne qui ne s'apparentent pas à un conflit, permettant aux autorités chargées de faire appliquer les lois d'assurer le maintien de l'ordre et de se protéger tout en respectant les droits de l'homme. Lors de sa session à venir, le Comité entreprendra également une étude sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Dans ce cadre, il s'appuiera certainement sur le principe de non-discrimination pour dégager les principes juridiques pertinents. Le Comité sera également saisi de la question de l'élaboration d'une législation type relative à la protection des biens culturels en période de conflit armé. Il réfléchit déjà depuis plusieurs années à la demande de l'Assemblée générale de l'OEA, aux moyens de promouvoir le respect du droit international humanitaire dans la région. La législation type en question aidera les États parties aux instruments internationaux pertinents – notamment la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé et les deux Protocoles s'y rapportant – à s'acquitter de leurs obligations, et aidera les États qui n'ont pas ratifié ces instruments à adopter une législation protectrice appropriée. À cette même session, le Comité entamera l'élaboration de directives générales pour l'intégration frontalière en vue de faciliter la coopération transfrontalière à l'échelon régional dans plusieurs domaines. Enfin, le Comité sera saisi de nouvelles questions de droit international privé et étudiera la possibilité d'examiner, par exemple, l'arbitrage

en matière de commerce international et d'investissements internationaux, les immunités et l'application du droit international par les tribunaux internes.

15. Ce bref aperçu des travaux du Comité juridique inter-américain donne une idée de la diversité des sujets traités, même si ceux-ci restent bien entendu liés aux principaux problèmes auxquels sont confrontés les États membres de l'OEA. Comme cela a été indiqué, ces travaux ne se limitent pas aux questions traditionnelles de droit international public. Le Comité, appelé à se pencher sur les nouveaux défis qu'engendre au quotidien la coopération transfrontalière, entend clairement privilégier les questions concrètes telles que la protection du consommateur, l'accès aux documents administratifs, le droit d'asile ou la lutte contre les formes contemporaines de discrimination.

16. Chacun sait qu'aujourd'hui le droit international ne régit plus seulement les relations entre les États ou les organisations internationales et que la notion d'ordre public au niveau international doit être évaluée dans un contexte beaucoup plus vaste au regard d'un large éventail d'activités internationales, y compris celles menées par des acteurs non étatiques – individus ou groupes d'individus – qui vont du commerce, des questions culturelles et familiales, et même des activités criminelles, à la protection du consommateur en passant par la protection de l'environnement et le règlement de différends privés d'ordre civil et commercial. De fait, il est difficile d'envisager une activité économique, sociale ou culturelle qui n'ait pas de dimension internationale et qui ne soulève pas d'une manière ou d'une autre une question juridique internationale. Les avancées rapides de la technologie, de la communication et du commerce posent des problèmes inédits au système juridique international. Les menaces qui pèsent sur la paix et la sécurité internationales n'émanent plus uniquement des États nations mais ont de plus en plus souvent un caractère multidimensionnel qui transcende les frontières nationales et exige des efforts collectifs extraordinaires. De même, le processus de développement et les efforts visant à éradiquer la pauvreté mettent en jeu des aspects des droits économiques, sociaux et culturels qui sont étroitement liés et doivent être examinés soigneusement. Enfin, la protection et la promotion des droits de l'homme reconnus internationalement sont des éléments fondamentaux de l'élaboration d'un ordre démocratique.

17. Dans tous ces domaines, la distinction traditionnelle entre droit international et droit national, et entre droit public et droit privé va en s'érodant. En conséquence, le Comité, dans l'exécution de son mandat, a adopté une approche élargie pour traiter les problèmes les plus importants pour l'OEA et au sujet desquels il peut apporter les contributions les plus significatives et positives. Cela étant, M. Stewart doit reconnaître que, parfois, le rythme des travaux et l'étendue de l'ordre du jour semblent un peu écrasants, et qu'il serait bon que le Comité ait davantage de temps et de ressources pour étudier certaines questions de manière plus approfondie et détaillée. En tant qu'ancien praticien et avocat du Gouvernement devenu universitaire, il apprécie la possibilité qu'il a désormais de réfléchir profondément à des problèmes compliqués. Or, le Comité est sans cesse mis au défi de trouver un juste équilibre entre, d'une part, l'étude et l'analyse de

questions et, d'autre part, la formulation d'orientations concrètes pour le traitement de problèmes qui évoluent rapidement.

18. En conclusion, M. Stewart remercie la Commission de lui avoir donné la possibilité d'exposer les travaux du Comité juridique interaméricain. Celui-ci accorde beaucoup d'importance au renforcement du dialogue entre la Commission et le Comité, et lui-même serait heureux de recevoir un représentant de la Commission à la session annuelle qu'il tient à Rio de Janeiro (Brésil) et au séminaire annuel de droit international qui a lieu au même moment – et peut-être les deux organes pourraient-ils trouver d'autres moyens de collaborer.

19. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poser des questions à M. Stewart.

20. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'il a été invité plusieurs fois en qualité de conférencier au séminaire de droit international qui se tient à Rio de Janeiro sous l'égide du service juridique de l'OEA et qu'il peut témoigner de l'importance accordée sur le continent à ces conférences, qui font en général l'objet d'une publication annuelle distincte. Les relations entre le Comité et la Commission ont été nourries par des liens personnels car plusieurs anciens membres de la Commission, notamment M. Baena Soares et M. Herdocia Sacasa, ont été membres du Comité. Celui-ci a d'ailleurs, sous sa forme antérieure, été le prédécesseur de la Commission car les activités de codification et de développement progressif du droit international ont fait partie dès les années 1930 des objectifs de l'OEA, même si cette organisation n'était pas encore constituée en tant que telle puisque sa Charte n'a été signée qu'en 1948. Quoi qu'il en soit, nombre des sujets auxquels le Comité s'est intéressé et des méthodes qu'il a adoptées ont ensuite été repris par la Commission.

21. La contribution interaméricaine au développement du droit international public et privé est patente et, sans qu'il soit nécessaire de citer des thèmes que les membres connaissent fort bien, il importe de mettre en lumière le travail de pionnier que le Comité continue de réaliser. M. Stewart a très bien résumé ce que représente aujourd'hui l'effort de codification et de développement progressif du droit international que fait le Comité : ses travaux sont à l'évidence centrés sur les intérêts de la région mais ils ont une portée universelle, et la Commission pourrait s'inspirer de cet exemple. En effet, M. Stewart a dit que le Comité ne s'intéressait plus beaucoup aux sujets traditionnels du droit international et qu'il avait pour objectif de comprendre les réalités contemporaines de la société et de trouver des solutions juridiques aux problèmes interdépendants qui se posent aujourd'hui. Il traite donc de questions qui, même si elles se posent à l'échelle régionale, transcendent les frontières et peuvent présenter un intérêt universel. La Commission, bien qu'elle ait une vocation universelle, semble au contraire encore très attachée à l'idée que le processus de codification et de développement progressif du droit international doit porter essentiellement, sinon exclusivement, sur des sujets traditionnels du droit international – dans une certaine mesure, elle peut donner l'impression de s'être transformée en organe qui cherche tous les moyens possibles de codifier et de développer

ce qui l'a déjà été par la Convention de Vienne de 1969, et qui considère les sujets un peu novateurs avec une certaine appréhension. Peut-être pourrait-elle s'inspirer, pour ses travaux ultérieurs, de certains sujets inscrits à l'ordre du jour du Comité.

22. En ce qui concerne la promotion de la démocratie, sujet cher à tous les Latino-Américains, M. Valencia-Ospina souhaiterait que M. Stewart, qui a dit qu'il n'y avait pas de lien entre la participation des citoyens à la démocratie et la tendance, hélas fréquente en Amérique latine, qu'ont certains dirigeants à se maintenir au pouvoir au moyen de réformes constitutionnelles votées par les parlements ou adoptées par référendum, précise les vues du Comité sur cette question.

23. M. HASSOUNA dit qu'en ce qui concerne la relation entre le Comité juridique interaméricain et la Commission M. Stewart a indiqué que le Comité a un mandat et des intérêts différents, car il s'occupe essentiellement de sujets qui intéressent les Amériques, mais aussi qu'il serait prêt à développer ses relations avec la Commission – comme en témoigne l'invitation faite à la Commission d'envoyer un membre à la session annuelle du Comité. En l'espèce, peut-être le Comité pourrait-il examiner les sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission et faire des observations qui pourraient enrichir les débats qui leur sont consacrés ? M. Hassouna souhaite aussi savoir si le Comité, qui représente d'une certaine façon le système juridique interaméricain, a des relations ou coopère avec d'autres mécanismes juridiques régionaux, notamment les institutions juridiques européennes, l'AALCO ou encore la CUADI, dont la Commission a reçu une délégation il y a peu – et, dans l'affirmative, s'il prévoit de renforcer cette coopération dans l'intérêt mutuel des systèmes, car cet échange de données d'expérience et de connaissances les enrichirait sans doute tous.

24. M. STEWART (Comité juridique interaméricain) se réjouit que la Commission envisage la possibilité de consultations futures entre le Comité et elle-même et dit qu'il en fera part à ses collègues. Les deux organes ont à l'évidence des points communs : ils ont tous deux pour mandat de promouvoir le développement progressif du droit international, bien qu'ils aient des approches et des priorités différentes, les travaux du Comité ayant notamment un caractère plus concret et immédiat. Étant donné que la coopération des deux organes pourrait leur être mutuellement bénéfique, il serait bon d'explorer les moyens de l'instaurer dans la pratique.

25. Le Comité ne coopère pas encore avec les autres mécanismes juridiques régionaux, même s'il suit les faits nouveaux sur le continent africain ou en Europe, notamment. Cela étant, la suggestion de M. Hassouna est très intéressante et sera dûment étudiée. En ce qui concerne la question de M. Valencia-Ospina sur la relation entre la démocratie participative et la tendance qu'ont certains régimes à se maintenir au pouvoir par des moyens contestables, le Comité a été saisi de ce problème par l'Assemblée générale de l'OEA. Il a pris soin de ne pas se prononcer sur la situation dans un pays particulier et de ne pas affirmer qu'une forme particulière de démocratie serait préférable ou supérieure à une autre. Cela étant, il

serait erroné de prétendre que la démocratie participative est un substitut approprié à la démocratie représentative lorsque les citoyens n'ont pas la possibilité de s'exprimer sur les dirigeants au pouvoir et ne peuvent participer qu'à la gestion de certaines affaires publiques. Les régimes qui se maintiennent au pouvoir tout en se réclamant de la démocratie ne sont pas, en réalité, des démocraties : la démocratie, quelle que soit la forme particulière qu'elle revêt, suppose que les citoyens exercent leur souveraineté. Enfin, le Comité n'a pas souvent l'occasion d'examiner des questions de droit international public mais il suit de près les travaux de la Commission et serait heureux de pouvoir y contribuer sous une forme ou une autre.

26. M. NIEHAUS remercie M. Stewart de son exposé exhaustif et particulièrement intéressant. Il demande des précisions sur le rôle joué par l'Institut interaméricain des droits de l'homme dans le système interaméricain de protection de ces droits et la manière dont cet organisme coordonne ses travaux avec ceux d'autres instances comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Il souhaite aussi savoir si l'Institut s'est déjà penché – ou s'il envisage de le faire – sur le problème juridictionnel qui se pose dans le continent sud-américain, à savoir le fait que certains organes régionaux, comme la Cour centraméricaine de Justice, outrepassent leur compétence et tentent d'imposer leurs décisions à des pays qui ne sont pas membres du système centraméricain.

27. M. GÓMEZ ROBLEDO souligne que le Comité juridique interaméricain joue un rôle important, par ses prestations de services juridiques, auprès de l'OEA mais aussi auprès des États membres pris individuellement. En janvier 2013, une assemblée extraordinaire sera consacrée au renforcement du système interaméricain des droits de l'homme. Dans le cadre des travaux préparatoires intergouvernementaux qui se sont déroulés au siège de l'OEA, le Comité a établi un rapport qui a reçu un accueil très favorable de la part des États membres et qui les aidera sans aucun doute à prendre des décisions complexes dans le domaine concerné. Il convient de rappeler par ailleurs que le Comité émet des avis consultatifs qui, comme dans l'affaire célèbre ayant opposé le Mexique aux États-Unis dans les années 1990³²⁰, peuvent permettre le règlement pacifique de différends. Il convient également de souligner le rôle majeur que jouent les lois types élaborées par le Comité dans divers domaines, en droit international privé et en droit international public, rôle d'autant plus important que le continent américain est essentiellement dualiste. Enfin, le Comité juridique interaméricain se réunit parfois dans un lieu autre que son siège. La Commission pourrait peut-être s'inspirer de cette pratique.

28. M. HMOUD, après avoir fait observer que le Comité juridique interaméricain est, dans le domaine juridique, un des organes les plus actifs de la région, demande si, dans la lutte contre les groupes armés illégaux qui mènent des activités criminelles, la protection des droits de l'homme ne risque pas de passer au second plan. Il demande également si le guide que compte élaborer le Comité permettra de renforcer cette protection, sachant que, d'après la

jurisprudence internationale, de telles situations de violence ne sont pas assimilables à des conflits armés.

29. M. STEWART (Comité juridique interaméricain) revient sur les questions posées par M. Niehaus à propos de la place de l'Institut interaméricain des droits de l'homme dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme, y compris vis-à-vis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et du point de savoir si l'Institut coordonne ses travaux avec ceux d'autres instances. Il avance à titre personnel qu'il est possible que l'Institut travaille de manière autonome. Le Comité a maintes fois été confronté à des situations délicates, car certaines instances protègent fortement leur indépendance. L'autre question posée par M. Niehaus à propos de la Cour centraméricaine de Justice et d'autres organes régionaux ou subrégionaux qui outrepassent leur compétence n'a pas été directement examinée par le Comité juridique interaméricain mais celui-ci compte se pencher sur les questions d'intégration, qui ont un lien avec les initiatives régionales ou subrégionales. En l'état actuel des choses, nul ne peut dire si l'émergence de nouveaux organes renforcera l'état de droit ou le compromettra.

30. En réponse à M. Gómez Robledo, qui a évoqué la future session extraordinaire ainsi que les avis consultatifs du Comité, M. Stewart confirme l'importance du rôle du Comité dans le renforcement des droits de l'homme et l'influence des avis qu'il rend. Quant à la pratique signalée par le même membre, il indique que, lorsque le Comité se réunit dans d'autres lieux que son siège, outre qu'il y reçoit généralement un accueil très favorable, cela lui permet d'entendre, par exemple de la part de professeurs de droit, de magistrats ou de juristes, des points de vue dont il n'aurait autrement pas bénéficié.

31. En réponse à M. Hmoud, M. Stewart explique que c'est précisément pour éviter tout affaiblissement de la protection des droits de l'homme que le Comité juridique interaméricain prévoit d'élaborer un guide pour la réglementation de l'usage de la force dans les situations de violence interne. Ces situations soulèvent des questions de plus en plus importantes et complexes au regard du droit international, d'autant que les groupes en cause sont de plus en plus lourdement armés et que ce qui n'était autrefois que des combats de rue ressemble parfois à de véritables conflits armés. De nombreux organismes se penchent déjà sur ces questions, notamment l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, et les États ont commencé à y apporter des réponses différentes. Le Comité en tiendra compte. Pour M. Stewart, l'objectif principal des travaux devrait donc être la protection des droits de l'homme (y compris ceux des membres des groupes armés), même si les forces de l'ordre doivent aussi pouvoir faire leur travail. Il y aura un équilibre à trouver.

32. M. ŠTURMA voudrait connaître le statut juridique de la Charte démocratique interaméricaine et demande s'il existe des mécanismes institutionnels permettant d'en surveiller l'application.

33. M. SABOIA est satisfait de la réponse apportée à la question de M. Hmoud, qu'il souhaitait lui-même poser. À titre d'exemple de recoupements entre les travaux du

³²⁰ *Opinión jurídica sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América (CJI/RES.II-15/92).*

Comité juridique interaméricain et ceux de la Commission du droit international, il rappelle que la Commission vient de terminer l'examen en première lecture des projets d'article sur le sujet intitulé «Expulsion des étrangers», dont certaines dispositions évoquent le statut des réfugiés et des demandeurs d'asile. M. Saboia souhaiterait en outre – même si M^{me} Escobar-Hernández abordera sans doute aussi la question – avoir des informations sur les lignes de travail du Comité juridique interaméricain dans le domaine des immunités internationales en droit interne.

34. M. WAKO, après avoir observé que, dans la mesure où le Comité juridique interaméricain fait également œuvre de développement progressif du droit international, ses travaux se rapprochent fortement de ceux de la Commission, souhaiterait des précisions sur le rapport mentionné dans le rapport annuel pour 2011³²¹ relatif au rôle de la diversité culturelle dans le développement du droit international. Il a par ailleurs l'impression que le Comité juridique interaméricain s'occupe avant tout d'assurer la coopération de ses États membres avec la Cour pénale internationale mais il voudrait savoir si le Comité peut aller plus loin et identifier des domaines dans lesquels le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pourrait être modifié. Enfin, étant donné que la question des conflits internes est inscrite à l'ordre du jour du Comité juridique interaméricain, M. Wako voudrait connaître l'avis du Comité quant aux limites de la liberté d'expression. Sur le continent africain, en tout cas, les conflits armés internes ont souvent une dimension ethnique et sont fréquemment avivés par des propos haineux. Il serait intéressant de savoir ce que le Comité juridique interaméricain préconisera en vue de concilier la liberté d'expression avec la nécessité de prohiber l'incitation à la haine.

35. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ, comme M. Saboia, voudrait savoir quelle place occupent les immunités internationales dans les législations internes. Elle voudrait savoir en outre si, dans le cadre de son étude sur le renforcement du système interaméricain des droits de l'homme, le Comité juridique interaméricain a prévu un mécanisme de coopération et d'échange de vues avec les organes du système chargés de la protection des droits de l'homme, notamment la Commission interaméricaine des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le secrétariat permanent qui sert ces organes.

36. M. STEWART dit qu'il tentera de répondre brièvement à la question de M. Šturma sur la Charte démocratique interaméricaine. La Charte n'est pas un traité mais plutôt une déclaration à forte valeur normative. Les mécanismes qui en surveillent l'application sont essentiellement politiques. Un État ne pourrait pas engager des poursuites contre un autre État pour violation de cet instrument. M. Stewart pense que les obligations les plus importantes peuvent être bien respectées, même lorsque le suivi de leur exécution ne relève pas d'un cadre judiciaire.

37. En réponse à la question de M. Saboia relative aux recoupements entre les travaux du Comité et ceux de la Commission dans certains domaines, M. Stewart cite

l'exemple d'une personne qui s'était vu refuser l'asile et le statut de réfugié parce qu'elle n'avait pas respecté les procédures applicables. Le Comité a déclaré ce refus injustifié au motif qu'il était contraire aux obligations des États et que les règles de procédure ne devaient pas être invoquées pour priver un individu d'un statut auquel il pouvait prétendre en vertu du droit international.

38. La question des immunités en droit international présente un intérêt évident pour le système juridique interaméricain, qu'il s'agisse de l'immunité de l'État ou de celle des individus. Mais le sujet n'a pas encore été retenu par le Comité et M. Stewart ignore la forme qu'il pourrait prendre le cas échéant.

39. Concernant la question posée par M. Wako à propos de la diversité culturelle, M. Stewart renvoie au rapport du Comité sur le sujet, dans lequel les droits des peuples autochtones sont particulièrement mis en avant, l'objectif étant d'assurer la protection des droits de tous les peuples, autochtones et autres, qui composent les sociétés multiculturelles.

40. Le Comité juridique interaméricain n'a pas proposé de modification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale – il s'est plutôt concentré sur la ratification du Statut et l'incorporation de ses dispositions dans le droit interne.

41. Enfin, le Comité juridique interaméricain ne s'est pas encore penché sur la question de la liberté d'expression et des conflits armés internes. Au sujet de la question posée par M^{me} Escobar Hernández sur le renforcement du système interaméricain des droits de l'homme, M. Stewart dit qu'il y a bien coopération et échange de vues avec les autres organes concernés, mais de manière informelle, et que la coopération est parfois délicate.

Organisation des travaux de la session (fin*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

42. Le PRÉSIDENT remercie le représentant du Comité juridique interaméricain et informe les membres de la Commission que des consultations informelles ont eu lieu en vue d'examiner l'opportunité d'inscrire le sujet «Protection de l'atmosphère», qui figure dans le programme à long terme, au programme de travail de la Commission. Ces consultations se poursuivront sans doute lors de la session suivante. Le Bureau envisage par ailleurs des consultations informelles à propos d'un autre sujet figurant au programme à long terme, «Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés», également en vue de son inscription éventuelle au programme de travail de la Commission. Enfin, le Président informe les membres que M. Vasciannie, en raison de ses nouvelles responsabilités, a démissionné de ses fonctions avec effet immédiat.

La séance est levée à 11 h 40.

³²¹ Voir *supra* la note 319.

* Reprise des débats de la 3141^e séance.

3150^e SÉANCE

Jeudi 26 juillet 2012, à 10 heures

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes (fin)

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ORGANISATION JURIDIQUE CONSULTATIVE POUR LES PAYS D'ASIE ET D'AFRIQUE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Mohamad, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), et l'invite à prendre la parole devant la Commission.

2. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'en vertu de son mandat l'AALCO a notamment pour mission d'examiner les sujets traités par la Commission du droit international et de communiquer à celle-ci les vues de ses États membres. Au fil des ans, l'accomplissement de ce mandat a contribué à resserrer les liens entre les deux organes, qui ont également pour coutume d'être représentés à la session de l'autre.

3. Une réunion spéciale d'une demi-journée, consacrée à certains points inscrits à l'ordre du jour de la Commission, a été convoquée lors de la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO, tenue à Abuja (Nigéria), du 18 au 22 juin 2012. À cette occasion, les sujets suivants ont été examinés: «Protection des personnes en cas de catastrophe» et «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État». M. Rohan Perera, ancien membre de la Commission, a animé le débat; M. Djamchid Momtaz, également ancien membre de la Commission, est intervenu pour faire part de ses réflexions sur ces deux sujets.

4. Dans sa présentation du sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Perera a insisté sur le fait que la protection des victimes de catastrophes naturelles et le principe fondamental du respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale relevaient du droit international coutumier et étaient couverts par le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Il a présenté les principaux points de désaccord et de consensus qui étaient ressortis de l'examen par la Commission des projets d'articles 10 à 12 sur le sujet. Divers points de vue avaient été exprimés; les membres semblant toutefois s'accorder sur le fait que le droit d'un État affecté de

rechercher de l'assistance internationale avait pour corollaire le devoir des États tiers et des organisations d'examiner cette demande, mais pas nécessairement l'obligation d'y accéder. La Commission avait également insisté sur le fait que le droit de la communauté internationale d'offrir son assistance pouvait se doubler d'un encouragement à fonder les offres d'assistance sur les principes de coopération et de solidarité internationale.

5. Dans sa présentation du sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Perera a indiqué que le débat à la Commission avait porté sur trois questions principales: orientation générale du sujet, champ d'application de l'immunité et existence d'exceptions à l'immunité en cas de crimes graves de droit international. Donnant un aperçu des vues exprimées par les États lors du débat à la Sixième Commission, M. Perera a souligné que, de manière générale, ceux-ci avaient appuyé le choix de la Rapporteuse spéciale de considérer le sujet sous l'angle de la *lex lata*, quitte à l'envisager, une fois les lacunes identifiées, sous celui de la *lex ferenda*.

6. Concernant le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Perera a fait observer que, de l'avis général de la Commission, les membres composant la triade bénéficiaient de l'immunité *ratione personae*. Pour les autres catégories de représentants de l'État, la Commission avançait sur un territoire non balisé. Toute la difficulté était de parvenir à trouver un équilibre délicat entre la nécessité d'élargir, quoique prudemment, les catégories de représentants de l'État auxquels accorder l'immunité de juridiction *ratione personae* et la nécessité d'éviter la multiplication de ces catégories, qui était susceptible d'engendrer un climat d'impunité sous couvert d'immunité.

7. Concernant les exceptions à l'immunité d'un représentant de l'État, M. Perera a rappelé l'avis de la Rapporteuse spéciale selon lequel les exceptions n'étaient envisageables qu'au regard de l'immunité *ratione materiae*, pour des actes accomplis à titre officiel s'agissant de la commission de crimes de droit international, mais qu'elles ne s'appliquaient pas à l'immunité *ratione personae* qui couvrait les actes accomplis à titre à la fois officiel et personnel. Enfin, M. Perera a indiqué qu'à son sens le récent arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, dans lequel la Cour internationale de Justice estime qu'il ne peut pas y avoir de conflit entre des règles de fond et les règles relatives à l'immunité, lesquelles sont de nature procédurale, avait des conséquences manifestes pour les travaux de la Commission.

8. M. Momtaz a réaffirmé la nécessité pour les États membres de l'AALCO d'être plus réactifs aux questions posées par la Commission. Il a ainsi rappelé que le Rapporteur spécial sur le sujet intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» avait souhaité savoir si la pratique des États était fondée sur des obligations conventionnelles ou si elle reposait sur des obligations du droit international coutumier. Une des questions relatives à la protection en cas de catastrophe concernait le point de savoir si les États avaient l'obligation d'offrir une assistance et si l'obligation de l'État affecté de l'accepter était limitée à l'assistance offerte par des sujets de

droit international, ce qui excluait l'assistance proposée par les organisations non gouvernementales.

9. Enfin, sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Momtaz a relevé que l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'accordait pas l'immunité aux chefs d'État, aux ministres des affaires étrangères et aux autres représentants de l'État, et a souligné que, dans son récent arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait insisté sur l'immunité juridictionnelle de l'État devant les juridictions nationales.

10. Lors du débat tenu à la réunion spéciale, les représentants de la République populaire de Chine, de l'Indonésie, du Japon, de la République islamique d'Iran, de la Malaisie, de la République de Corée, de l'Arabie saoudite, du Koweït et de l'Inde ont soulevé d'importantes questions. Relevant qu'un grand nombre de membres de la Commission étaient originaires d'États d'Asie et d'Afrique, plusieurs délégations ont exprimé l'espoir que la participation active des intéressés aux travaux de la Commission favoriserait une meilleure prise en considération des vues et aspirations de ces États dans le développement progressif et la codification du droit international.

11. Une délégation a fait savoir qu'elle prévoyait de prendre la parole à la Sixième Commission, à l'occasion de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, pour donner son point de vue sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, et sur le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Arguant de la coexistence de règles divergentes en matière de droit de l'environnement et de la nécessité de prévenir la fragmentation du droit international, cette délégation a proposé que la Commission inscrive le sujet de la protection de l'atmosphère à son ordre du jour.

12. Concernant le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, nombre de représentants ont souligné que l'assistance humanitaire ne pouvait être fournie qu'avec le consentement de l'État affecté et dans le plus grand respect des principes fondamentaux du droit international: souveraineté, intégrité territoriale, unité nationale et non-ingérence dans les affaires intérieures des États. Un représentant a proposé que l'AALCO s'entretienne avec l'ASEAN des mécanismes de gestion des catastrophes et d'intervention urgente prévus par l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence.

13. Concernant le sujet de l'immunité des représentants de l'État de juridiction pénale étrangère, plusieurs délégations ont estimé que la Commission devait s'en tenir exclusivement à la codification des règles de droit international existantes, rejetant l'idée d'un développement progressif du droit en la matière.

14. En conclusion, M. Mohamad indique que l'AALCO continuera de coopérer activement avec la Commission pour que les vues de l'Asie et de l'Afrique soient reflétées dans ses travaux et pour contribuer à ceux-ci de manière substantielle.

15. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dit que l'AALCO compte parmi les organisations juridiques les plus en vue et qu'elle prend dûment en considération les travaux de la Commission. Les relations entre ces deux organes sont importantes et il faut espérer que leur coopération se resserrera encore à l'avenir.

16. M. HASSOUNA dit que, si la Commission avait été informée du résultat de la réunion spéciale de l'AALCO avant sa soixante-quatrième session, elle aurait pu tenir compte, dans ses débats, des vues exprimées par les États membres. Il propose que l'AALCO étudie la possibilité de tenir sa session annuelle avant celle de la Commission. Relevant que le Secrétaire général de l'AALCO a récemment achevé son premier mandat à la tête de l'organisation, il demande quelles ont été les principales réalisations de celle-ci au cours de la période considérée et quels sont ses objectifs et aspirations futurs.

17. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'il est effectivement regrettable que la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO ait eu lieu trop tard pour que ses résultats soient pris en considération à la présente session de la Commission. Il redoublera d'efforts pour faire en sorte que les sessions annuelles suivantes de l'AALCO se tiennent en avril.

18. Au cours des quatre premières années de son mandat de Secrétaire général, M. Mohamad s'est efforcé de comprendre le fonctionnement de l'organisation, de veiller à ce qu'elle reste utile et d'assurer la bonne gestion des affaires courantes. Pendant son deuxième mandat, il mettra l'accent sur les questions de fond, particulièrement celles qui intéressent les travaux de la Commission. L'AALCO apportera sa pierre aux travaux de recherche de la Commission, notamment en ce qui concerne les nouveaux sujets, qu'elle inscrira à son programme de travail.

19. M. SINGH rappelle que l'ordre du jour de la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO comportait un point relatif à l'environnement et au développement durable, et qu'une réunion spéciale sur le droit de la mer et les problèmes de droit international posés par la piraterie a été organisée. L'une des recommandations formulées à l'issue de cette réunion était que le secrétariat de l'AALCO devrait fournir une assistance technique aux États membres pour les aider à élaborer une loi contre la piraterie. Il serait intéressant de savoir comment le secrétariat de l'AALCO envisage de s'acquitter de cette tâche.

20. M. WISNUMURTI dit que la réélection de l'actuel Secrétaire général de l'AALCO augure bien du maintien de la coopération constructive avec la Commission à l'avenir. Il se félicite de la volonté affirmée par l'AALCO de resserrer plus avant sa coopération avec la Commission dans le futur, et dit qu'il serait utile que la première communique à la seconde un rapport de synthèse sur les principales tendances se dégageant des vues exprimées par ses États membres à ses sessions annuelles.

21. M. VALENCIA-OSPINA, après avoir félicité M. Mohamad de sa réélection, dit qu'au fil du temps l'AALCO a contribué utilement aux travaux menés par la Commission sur un grand nombre de sujets. L'examen

par l'AALCO des projets d'articles de la Commission a joué un rôle moteur dans la formation des points de vue d'un groupe relativement important d'États Membres de l'Organisation des Nations Unies. En qualité de Rapporteur spécial sur le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Valencia-Ospina a participé avec grand plaisir aux réunions tenues par l'AALCO en parallèle des séances de la Sixième Commission à New York. Il voudrait savoir quel type de relation l'AALCO prévoit d'établir avec la CUADI.

22. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique), répondant à la question de M. Singh, dit que l'AALCO étudiera la possibilité d'organiser une conférence visant à célébrer le trentième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et qu'elle s'efforcera de faire coïncider cet événement avec le cinquante-sixième anniversaire de la création de l'AALCO, en novembre 2012.

23. Concernant la demande de M. Wisnumurti tendant à ce que soit établi un rapport de synthèse sur les principales tendances des vues exprimées par les États membres de l'AALCO, M. Mohamad dit que le secrétariat fera de son mieux pour y donner suite, avec les moyens limités dont il dispose.

24. Répondant à la question de M. Valencia-Ospina sur les liens que l'AALCO entend créer avec la CUADI, M. Mohamad dit qu'un mémorandum d'accord a été conclu avec l'Union africaine et que les deux organisations continueront de coopérer dans les domaines d'intérêt commun.

25. M. HMOUD, soulignant l'importance de la coopération entre les États membres de l'AALCO et la Commission sur tous les aspects du droit international, fait observer que l'organisation de réunions et de séminaires en parallèle des séances de la Sixième Commission favorise une meilleure connaissance des questions juridiques. Il conviendrait toutefois que l'AALCO resserre les liens entre ses États membres pendant la période intersessions et les aide à organiser des ateliers juridiques. Enfin, elle devrait inviter des participants originaires d'États d'Afrique et d'Asie qui ne sont pas membres à prendre part à ses travaux.

26. M. KITTICHAISAREE rappelle qu'il avait proposé, lors d'une réunion intersessions d'experts organisée à New Delhi par l'AALCO, que celle-ci s'emploie à harmoniser les positions des États d'Asie et d'Afrique sur les questions juridiques. Ces États sont désormais plus d'une centaine et certains aspects de leur pratique peuvent devenir des règles coutumières régionales, voire, par la suite, internationales. M. Kittichaisaree propose que l'observateur de l'AALCO à New York organise des séances de réflexion sur les questions qui intéressent à la fois la Commission et l'AALCO. Si le résultat de ces séances était transmis à la Sixième Commission, celle-ci pourrait en tenir compte quand elle examine les sujets traités par la Commission du droit international. Enfin, le site Web de l'AALCO devrait contenir des informations sur les positions des États membres sur différents aspects du droit international intéressant les travaux de la Commission.

27. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ relève que les débats tenus par l'AALCO à sa cinquante et unième session annuelle sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » étaient essentiellement axés sur l'approche retenue par la Commission à sa soixante-troisième session, mais ont également porté sur nombre des questions qu'elle-même a mises en avant dans son rapport préliminaire soumis à la présente session (A/CN.4/654). Alors que l'examen du sujet entre dans une phase décisive, les États membres de l'AALCO doivent savoir qu'elle a l'intention de soumettre des rapports de fond contenant des projets d'article, l'objectif étant que ces projets d'article soient adoptés en première lecture d'ici à la fin du présent quinquennat. M^{me} Escobar Hernández tient à remercier de nouveau l'AALCO de son intérêt pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et attend avec impatience le résultat de ses travaux sur ce thème et sur les autres sujets examinés par la Commission.

28. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation consultative juridique pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'il a pris note de tous les points soulevés par M. Hmoud. Il veillera, en sa qualité de Secrétaire général, à ce que l'importante relation entre la Commission du droit international et l'AALCO s'approfondisse, et à ce que les travaux de celle-ci demeurent utiles.

29. Il sera dûment tenu compte également des observations de M. Kittichaisaree sur la nécessité d'harmoniser les positions des États membres de l'AALCO sur les questions juridiques, et de ses propositions concernant le site Web. À l'heure actuelle, il est difficile pour l'AALCO d'accéder à certaines sources, notamment aux lois et déclarations de ses États membres, mais elle s'emploie activement à surmonter ces difficultés. La contribution de son observateur à New York est certainement précieuse ; il faut espérer que davantage d'activités de ce type pourront être organisées à l'avenir.

30. M. Mohamad remercie M^{me} Escobar Hernández de ses informations sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et attend avec impatience sa participation à une future réunion de l'AALCO.

31. M. SABOIA voudrait savoir si l'intérêt manifesté par une délégation pour la tenue d'un débat sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens à une future session de l'Assemblée générale traduit une volonté d'œuvrer en faveur de l'entrée en vigueur de ce texte.

32. M. KAMTO dit que la réélection à l'unanimité de M. Mohamad au poste de Secrétaire général de l'AALCO montre bien que ses compétences de chef sont appréciées par les États membres. L'AALCO apporte une importante contribution aux travaux de la Commission du droit international, et ses réunions à New York, en parallèle des séances de la Sixième Commission, sont très utiles et devraient être maintenues.

33. M. Kamto apprécie d'avoir pu entendre un compte rendu très fouillé et très clair des travaux accomplis par l'AALCO à sa cinquante et unième session annuelle tenue à Abuja, à laquelle il n'a pas pu participer. Il relève

toutefois que le sujet de l'expulsion des étrangers, dont il s'occupe, n'a pas suscité beaucoup de commentaires. Faut-il y voir du pessimisme et conclure que le sujet n'intéresse pas vraiment l'AALCO, ou une marque d'optimisme indiquant que celle-ci est satisfaite des travaux accomplis jusque-là?

34. Sir Michael WOOD dit que l'AALCO peut s'enorgueillir d'une longue expérience dans le domaine du droit international. Son prestige s'explique notamment par le fait qu'elle représente un large éventail d'États situés dans une vaste région et qu'elle accueille volontiers des observateurs dans le cadre de ses sessions annuelles et de ses réunions à New York. Compte tenu de l'importance de ces réunions, Sir Michael voudrait savoir quel sera l'ordre du jour de la suivante, prévue à la fin de l'année 2012. Il voudrait aussi savoir si des efforts sont consentis pour accueillir de nouveaux pays membres d'Afrique et d'Asie, et pour accroître le nombre d'observateurs; enfin, des précisions seraient bienvenues sur l'accès à ce statut.

35. M. WAKO dit que les activités de l'AALCO intéressent plus directement les travaux de la Commission que celles de toutes les autres organisations régionales, dont aucune, contrairement à l'AALCO, n'est mandatée à la fois pour s'occuper de la codification et du développement progressif du droit international et pour contribuer aux travaux de la Commission du droit international sur les sujets que celle-ci inscrit à son programme de travail. Il serait souhaitable que cette relation particulière entre l'AALCO et la Commission soit plus dynamique. Les membres de la Commission originaires de pays d'Afrique et d'Asie devraient être invités à participer aux réunions de l'AALCO. Il serait également utile que les Rapporteurs spéciaux de la Commission soient invités aux réunions portant sur les sujets dont ils s'occupent; ils pourraient ainsi mieux comprendre les vues des États membres de l'AALCO. La contribution de l'AALCO aux travaux de la Commission est suffisamment importante pour justifier la tenue de sa session annuelle au mois d'avril de chaque année. Il serait aussi préférable qu'un représentant de l'AALCO participe à une séance de la première et non de la seconde partie de la session de la Commission.

36. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) remercie l'ensemble des membres de la Commission de leurs contributions et retours d'information. La déclaration à laquelle M. Saboia s'est référé a été faite par un membre d'une délégation à la session annuelle de l'AALCO et n'exprime pas la position de cette dernière.

37. En réponse aux questions posées par Sir Michael, M. Mohamad dit que l'AALCO s'efforce d'élargir sa composition. Elle a ainsi créé un groupe de personnalités éminentes chargé de l'aider à recruter plus de membres. Celui-ci reçoit un grand nombre de demandes de renseignements sur les modalités d'admission à l'AALCO émanant d'États d'Afrique et d'Asie, et fait au mieux pour faciliter la procédure. Les organisations internationales et les États non membres peuvent participer aux sessions annuelles de l'AALCO en qualité d'observateurs.

38. M. Mohamad dit qu'il a pris note des trois remarques de M. Wako. C'est l'État hôte qui fixe les dates de la session annuelle de l'AALCO, laquelle n'a donc guère son

mot à dire sur la question. M. Mohamad s'efforcera toutefois de convaincre les États hôtes d'organiser les sessions annuelles suivantes en avril et d'inviter les membres et les Rapporteurs spéciaux de la Commission à y participer, de façon qu'ils puissent échanger avec les représentants des États membres de l'AALCO.

Formation et identification du droit international coutumier (suite*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G, et A/CN.4/653]

[Point 7 de l'ordre du jour]

NOTE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

39. M. HASSOUNA félicite le Rapporteur spécial de sa note (A/CN.4/653), claire et bien structurée, dans laquelle il présente l'important sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Malgré l'augmentation considérable du nombre de traités et l'élargissement de leur portée, des pans entiers du droit international restent régis par la coutume. Faute de législation centralisée à l'échelon international, le corpus de normes écrites est souvent lacunaire, ce qui renforce le besoin de règles non écrites. Alors que les traités eux-mêmes peuvent renvoyer au droit coutumier, il arrive parfois que des règles coutumières soient utilisées pour interpréter ou compléter des dispositions conventionnelles. Les questions de la formation et de l'identification du droit coutumier posant des problèmes très complexes, des directives de la Commission en la matière seraient très utiles aux praticiens. Des conclusions assorties de commentaires, comme le propose le Rapporteur spécial, seraient le résultat le plus fructueux auquel pourrait parvenir la Commission. Ces conclusions devraient porter principalement sur le processus de formation du droit international coutumier, en tenant compte de sa souplesse et de son évolution constante.

40. Il serait opportun d'étudier de manière approfondie certains documents de base dans le cadre des travaux préliminaires sur le sujet. Le rapport de la Commission sur les «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier³²²», qui date de 1950, pourrait être réévalué à la lumière des caractéristiques du système juridique international contemporain. Les conclusions de l'Association de droit international³²³ et l'étude

* Reprise des débats de la 3148^e séance.

³²² *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (anglais seulement), document A/3116, Report of the International Law Commission covering its second session, Part II, "Ways and means for making the evidence of customary law more readily available", p. 367 à 374, par. 24 à 94. Voir aussi le document A/CN.4/16 et Add.1 (Article 24 of the Statute of the International Law Commission: Working paper by Manley O. Hudson), *ibid.*, p. 24 et suiv.

³²³ «London statement of principles applicable to the formation of general customary international law» (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général): Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international: voir le *Rapport de la soixante-neuvième. Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39 (disponible sur le site Web de l'Association de droit international, www.ila-hq.org). Voir, pour le débat en séance plénière, *ibid.*, p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite *ibid.*, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (Général), tenue en 2000, *ibid.*, p. 778 à 790. Les six rapports intermédiaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

du CICR de 2005 sur le droit international humanitaire coutumier³²⁴ devraient également être examinées. Quant aux questions controversées, particulièrement celle de la méthode, elles appellent un examen complémentaire.

41. Dans sa note, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur la nécessité de clarifier certaines notions, notamment l'expression «droit international général», qui ne signifie pas la même chose que «droit international coutumier». Les questions de terminologie devraient être traitées dès le début, de façon à assurer la cohérence des travaux de la Commission. L'élaboration d'un bref lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies serait certainement très utile.

42. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission examine les théories relatives à la coutume est bienvenue. Il a été dit que la coutume posait la question de savoir comment se formait le droit, puisque contrairement à l'élaboration des normes conventionnelles, par la conclusion de traités, les règles coutumières n'étaient pas le fruit d'une volonté délibérée mais résultaient d'un processus fondé sur la pratique et l'*opinio juris*.

43. D'importants progrès ont été accomplis en matière d'identification des règles du droit international coutumier, grâce non seulement à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de justice internationale – les deux sources d'inspiration proposées par le Rapporteur spécial – mais aussi grâce aux conclusions d'autres cours et tribunaux internationaux. Ainsi, le 16 février 2011, dans le cadre de l'affaire *Ayyash et autres*, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban a rendu une décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, selon laquelle

[...] un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies, et de pratiques législatives et judiciaires étatiques manifestent la formation d'une *opinio juris* générale au sein de la communauté internationale [...], dont il résulte qu'une règle coutumière de droit international relative au crime international de terrorisme, au moins *en temps de paix*, s'est effectivement dégagée [par. 85].

Les décisions des tribunaux internationaux devraient néanmoins faire l'objet d'un examen critique et, en cas de doute sur leur cohérence, les raisons pour lesquelles elles divergent devraient être analysées.

44. Concernant le champ du sujet, le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 21 de sa note qu'il n'inclut pas le rôle que joue le droit international coutumier dans l'interprétation des traités. S'il est exact que cette question a été traitée dans d'autres contextes, il pourrait se révéler utile de l'aborder dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen car elle relève de la relation entre le droit international coutumier et les traités.

45. Le Rapporteur spécial a raison de dire que le sujet devra concerner le droit international coutumier dans

son ensemble, car celui-ci peut être à l'origine de règles juridiques dans tous les domaines du droit international. M. Hassouna convient avec le Rapporteur spécial que la question de l'émergence de nouvelles normes impératives du droit international général, autrement dit de normes de *jus cogens*, ne relève pas du champ du sujet; il serait toutefois utile d'expliquer pourquoi.

46. Le rôle des États dans la formation du droit international coutumier appelle un examen complémentaire – notamment du point de vue de l'interprétation de leur silence. Les raisons pour lesquelles des règles coutumières obligeraient des États n'ayant pas été parties prenantes de leur formation doivent être dégagées.

47. Enfin, concernant la suite des travaux sur le sujet, M. Hassouna approuve la proposition de calendrier du Rapporteur spécial.

48. M. PETRIČ appuie les travaux accomplis sur le sujet, lesquels doivent favoriser une meilleure compréhension de la formation du droit international coutumier et aider les praticiens du droit à prouver l'existence de la coutume. Ainsi, la Commission fera œuvre utile: en effet, les règles de droit international coutumier n'étant pas écrites, elles donnent souvent lieu à des différends. Le Rapporteur spécial a raison de dire, au paragraphe 3 de sa note, que les travaux devraient déboucher sur un guide pratique, commenté à l'intention des juges, des juristes de la fonction publique et des praticiens. Toutefois, les juges et les juristes n'utilisent pas le droit de la même manière; les premiers l'appliquent pour régler des différends et les seconds, en leur qualité de conseils, cherchent à établir des points de droit.

49. M. Petrič convient avec le Rapporteur spécial que la Commission devrait axer son étude sur la jurisprudence des tribunaux internationaux, en particulier celle de la Cour internationale de Justice. Dans ses travaux sur l'identification du droit international coutumier, la Commission devrait également prendre en considération la pratique actuelle des États. Ces dernières décennies, le nombre d'États a doublé, de sorte que la pratique est actuellement créée par près de 200 d'entre eux, alors qu'ils n'étaient guère qu'une quarantaine par le passé. Concernant le rôle des actes unilatéraux des États, une attention particulière devrait être accordée à ceux de ces actes qui produisent des effets juridiques en soi, comme la protestation et la reconnaissance, et qui ont ainsi une incidence significative sur le développement du droit international coutumier.

50. La volonté exprimée par le Rapporteur spécial, au paragraphe 10 de sa note, de recueillir les premières impressions des membres de la Commission est l'approche qui convient. Concernant le paragraphe 12, M. Petrič dit que, jusqu'à présent, c'est uniquement pour certains sujets inscrits à son programme de travail que la Commission a identifié, aux fins de codification, des règles de droit international coutumier. Elle n'a pas cherché, et ne devrait pas chercher, à élaborer l'équivalent d'une Convention de Vienne pour le droit international coutumier, ainsi que cela a été souligné.

51. M. Petrič approuve la proposition énoncée au paragraphe 13; les travaux de l'Association de droit

³²⁴ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I (Règles), traduit par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (Practice), anglais seulement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

international sont utiles, mais les conclusions auxquelles ils ont abouti sont extrêmement prudentes, comme l'a souligné M. Murase. Cela devrait inciter la Commission à faire preuve, elle aussi, de circonspection. La terminologie relative au droit international coutumier devrait être clarifiée. Plusieurs expressions sont évoquées au paragraphe 14; M. Petrič note que, dans son propre pays, la Constitution renvoie aux « principes de droit international généralement reconnus » et prévoit leur application directe par les tribunaux. L'élaboration d'un lexique des termes pertinents, proposée au paragraphe 15, serait par conséquent utile.

52. Au paragraphe 14, il est également fait référence à la distinction entre droit coutumier et « droit souple » (*soft law*). Droit coutumier et droit conventionnel n'ont pas la même origine formelle, mais leur statut et leur autorité se valent. Quant au « droit souple », ce n'est en rien du droit. Des instruments de droit « souple », comme les déclarations ou les résolutions, peuvent, à terme, être codifiés et devenir des traités, ou devenir partie intégrante du droit international coutumier si la pratique des États va dans ce sens et que l'*opinio juris* se renforce. Parfois, ces instruments reprennent ou confirment des règles et des principes qui relèvent déjà du droit coutumier, comme ceux qui figurent dans la Charte des Nations Unies. Cela étant, le rôle des instruments de droit « souple » dans la formation et l'identification du droit international coutumier ne devrait pas être étudié par la Commission.

53. M. Petrič approuve l'objectif final des travaux de la Commission tel qu'il est énoncé au paragraphe 17: offrir une aide concrète à ceux qui sont appelés à s'interroger sur les règles du droit international coutumier. Il approuve en outre la remarque, au paragraphe 18, selon laquelle la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux fournit les indications les plus fiables sur le sujet. Cependant, les décisions rendues par les plus hautes juridictions nationales du monde entier – non seulement en Europe et en Amérique du Nord, mais aussi en Afrique et en Amérique latine, et y compris celles qui sont rédigées dans d'autres langues que l'anglais ou le français – ne doivent pas non plus être ignorées. Une bonne partie de la doctrine utile aux travaux est disponible en allemand et en russe, par exemple. M. Petrič est conscient des difficultés que pose l'exploitation de ces sources, mais le Secrétariat pourrait peut-être fournir une aide à cet égard.

54. Concernant le paragraphe 19, M. Petrič convient qu'il importe de réaliser une étude empirique de la pratique des États; toutefois, certaines déclarations ou notes diplomatiques, notamment celles qui ont trait à un *fait accompli*, sont à l'évidence biaisées en ce qu'elles n'ont d'autre but que de fonder les arguments avancés par un État sur le droit international coutumier. C'est pourquoi M. Petrič pense que la pratique devrait également être analysée sous un angle théorique.

55. Concernant la description du champ du sujet, au paragraphe 20, M. Petrič dit que les directives doivent être générales et non prescriptives, souples et non strictes. Concernant la proposition, au paragraphe 22, tendant à diviser le droit international en différents champs d'étude spécialisés, il considère à première vue qu'une telle

approche différenciée peut être source de confusion et d'incohérences. Toutefois, établir une légère différenciation selon les techniques qui seront proposées à titre de directives pratiques rendrait peut-être service aux praticiens.

56. M. Petrič convient avec le Rapporteur spécial que la survenance de normes de *jus cogens* n'entre pas dans le champ du sujet; étant au stade initial de ses travaux, la Commission devrait s'efforcer de parvenir à une série de propositions assorties de commentaires. Si les résultats sont encourageants, elle pourra aisément passer à l'adoption de conclusions. Ces propositions ou conclusions seront dépourvues de force juridique, mais cautionnées par l'autorité de la Commission.

57. M. Petrič approuve la proposition tendant à procéder en quatre étapes et attend avec impatience de participer aux travaux sur un sujet qui, à la fois, est stimulant au plan théorique et intéresse les fondements mêmes du droit international. Il ressort de la note du Rapporteur spécial que celui-ci n'ignore pas les difficultés susceptibles de se poser, raison pour laquelle il propose une approche initiale prudente, fondée sur des objectifs modestes.

58. M. FORTEAU, donnant ses premières impressions en réponse aux interrogations du Rapporteur spécial sur les résultats possibles des travaux sur le sujet, convient que la Commission ne doit pas être trop prescriptive et qu'elle devrait avoir pour objectif d'établir un guide pratique sous la forme de conclusions assorties de commentaires. Le plan de travail proposé au paragraphe 27 de la note paraît de nature à lui permettre d'aboutir à ce résultat, même si le calendrier envisagé paraît très ambitieux. À cet égard, M. Forteau pense, en particulier, qu'il sera difficile d'examiner en une seule année (2014) la pratique des États et l'*opinio juris*, autrement dit les deux éléments constitutifs de la coutume, qui soulèvent une série de questions très complexes. De même, le troisième rapport qui serait soumis en 2015 couvre un grand nombre de questions très diverses qui appellent sans doute un examen séparé.

59. La Commission devrait tout d'abord s'interroger sur la valeur ajoutée de ses travaux sur le sujet. L'Association de droit international a déjà adopté des principes sur la formation du droit international coutumier³²⁵: la Commission pourra-t-elle leur ajouter ou leur retrancher des éléments substantiels? D'abord plutôt sceptique sur ce point, M. Forteau considère, après avoir entendu les critiques formulées par M. Murase au sujet desdits principes, qu'il serait utile de clarifier les ambiguïtés mises en avant.

60. M. Forteau approuve la proposition faite par le Rapporteur spécial dans sa présentation, tendant à ce que la Commission ne perde pas trop de temps sur des questions théoriques ou conceptuelles. Il est en effet inutile de s'attarder longuement sur la question des définitions abordées au paragraphe 14 de sa note, sur les questions de terminologie soulevées au paragraphe 15 ou sur le rôle du droit international coutumier au sein du système juridique international, comme proposé au

³²⁵ Voir *supra* la note 323.

paragraphe 16. Tout cela relève davantage du débat universitaire que d'un travail de codification. À vrai dire, M. Forteau considère qu'il n'appartient pas à la Commission de décrire la façon dont la coutume se forme; l'accent devrait être mis sur la question, beaucoup plus concrète, de l'identification du droit international coutumier, autrement dit sur la question de la preuve de la coutume. Les remarques de M. Murase sur ce point méritent d'être appuyées. De plus, la distinction opérée au paragraphe 20 entre « formation » et « identification » du droit international coutumier n'est pas claire.

61. L'objectif initial du projet est, semble-t-il, d'établir un guide pratique offrant aux juristes internationaux, et particulièrement aux autorités internes, des techniques juridiques à solliciter pour déterminer si une règle relève ou non du droit international coutumier. À cette fin, il serait utile d'actualiser le rapport sur les « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », adopté par la Commission à sa deuxième session en 1950³²⁶. Il serait en particulier utile à tout juriste internationaliste rencontrant un problème lié à l'existence supposée d'une règle coutumière de savoir où orienter ses recherches pour régler le problème. Les praticiens du droit interne sont parfois en butte à des difficultés de ce type, notamment dans les pays où les services juridiques manquent de moyens. Pour eux aussi, il serait très utile de bénéficier d'orientations qui les aideraient à savoir où rechercher les documents pertinents dans le dédale des sources existantes, non seulement les répertoires de la pratique nationale, mais aussi les ressources électroniques. M. Forteau convient avec M. Petrič de la nécessité de tenir compte de la pratique des pays du monde entier, dans différentes langues.

62. M. Forteau convient avec M. Tladi que l'émergence du *jus cogens* ne relève pas du sujet, mais pour des raisons autres que celles avancées par le Rapporteur spécial au paragraphe 23 de sa note. Les règles de *jus cogens* sont nécessairement des règles coutumières. Simple-ment, déterminer le caractère coutumier d'une règle est une chose, savoir si une règle coutumière est en plus de nature à ne souffrir aucune dérogation conventionnelle en est une autre. Cette distinction est fondée, même si au paragraphe 99 de son arrêt du 20 juillet 2012 rendu en l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* la Cour internationale de Justice ne l'a pas clairement précisé lorsqu'elle a déclaré que l'interdiction de la torture relevait du droit international coutumier et avait acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*).

63. Le Rapporteur spécial laisse entendre, à la fin du paragraphe 22 de sa note, que des « méthodes spéciales » pourraient permettre d'identifier des règles particulières du droit international coutumier. Toutefois, la question qui se pose ici dépasse celle des méthodes. Par exemple, le principe de légalité des délits et des peines est susceptible d'avoir une incidence sur la manière dont il est possible d'établir l'existence d'une règle coutumière dans le champ du droit international pénal. De même, on peut se demander si le régime applicable à l'identification de règles coutumières est le même que celui qui s'applique

à la modification coutumière d'une règle coutumière. On pourrait s'attendre en effet à ce que le second soit plus strict que le premier dans la mesure où il s'agit de modifier une règle existante.

64. Même s'il a quelque peu corrigé cette impression dans sa présentation orale, le Rapporteur spécial semble exclure la jurisprudence régionale au paragraphe 18 de sa note, relatif à la méthodologie. Or, cet élément de la pratique mérite d'être étudié, pour deux raisons : pour déterminer comment les juges régionaux s'y prennent pour identifier une règle coutumière et pour mettre au jour d'éventuelles divergences jurisprudentielles. Il est à noter, par exemple, que, dans son arrêt du 23 mars 2010 rendu en l'affaire *Cudak c. Lituanie* (par. 60 et suiv.), la Cour européenne des droits de l'homme, relativement à des contrats de travail conclus avec une ambassade, a donné du droit coutumier applicable à l'immunité une interprétation qui s'écarte légèrement de celle donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 19 juillet 2012 rendu en l'affaire *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire* (par. 54 et suiv.). La Commission pourrait peut-être également s'interroger sur les incidences particulières des conventions de codification sur l'identification de la coutume.

65. Enfin, il convient de poursuivre l'analyse des effets des réserves aux traités sur le droit coutumier, entamée dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, notamment dans les directives 3.1.5.3 et 4.4.2.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (suite*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G]

[Point 10 de l'ordre du jour]

66. M. MURASE, revenant à l'échange de vues tenu avec le Secrétaire général de l'AALCO, dit qu'il se réjouit de l'appui enthousiaste manifesté par les États membres de cette organisation en faveur de l'inscription du sujet de la protection de l'atmosphère au programme de travail de la Commission, sujet pour lequel il a rédigé un plan d'étude³²⁷. Cela étant, il croit comprendre qu'il a été décidé de poursuivre à la session suivante les consultations informelles sur l'opportunité de cette inscription. Des précisions sur les motifs de cette décision seraient bienvenues.

67. M. HMOUD, s'exprimant en qualité de membre du Bureau, dit que la proposition d'inscription du sujet a été examinée de manière approfondie dans le cadre de consultations informelles, mais qu'elle suscitait des réserves concernant principalement non seulement le champ du sujet, mais aussi le résultat possible des travaux à cet égard.

La séance est levée à 13 heures.

³²⁶ Voir *supra* la note 322.

* Reprise des débats de la 3132^e séance.

³²⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe II.

3151^e SÉANCE

Vendredi 27 juillet 2012, à 10 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier (suite) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G, et A/CN.4/653]

[Point 7 de l'ordre du jour]

NOTE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la note du Rapporteur spécial sur la formation et l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/653).

2. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que le sujet à l'examen présente un grand intérêt à maints égards, dont un intérêt pratique qui est prioritaire pour la Commission. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, il arrive que différents organes de l'État, et pas uniquement les organes judiciaires, soient appelés à se prononcer sur des questions ayant des liens avec la coutume internationale, sans avoir l'expertise requise en droit international. Un guide pratique ou des conclusions leur sera donc d'une grande utilité.

3. En outre, cet intérêt ne se limite pas à la sphère nationale : la formation et la preuve du droit international coutumier ont acquis une importance croissante ces dernières années et concernent l'ensemble de la communauté internationale, y compris les organisations régionales. En témoignent les travaux de l'Association de droit international et la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général³²⁸, auxquels le Rapporteur spécial fait référence, mais également l'arrêt de février 2012 de la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, qui a déclenché une intéressante

³²⁸ « London statement of principles applicable to the formation of general customary international law » (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général) : Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international : voir le *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39 (disponible sur le site Web de l'Association de droit international, www.ila-hq.org). Voir, pour le débat en plénière, *ibid.*, p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite *ibid.*, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (Général), tenue en 2000, *ibid.*, p. 778 à 790. Les six rapports intermédiaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

polémique sur l'invocation de la coutume et la manière d'établir la preuve de son existence, ou encore le fait que le CAHDI ait prévu de consacrer une séance de sa session de septembre 2012 au traitement de la coutume par les tribunaux nationaux et internationaux. Il est donc particulièrement opportun que la Commission se penche sur le sujet.

4. L'objectif du Rapporteur spécial, dans un premier temps, n'est pas d'analyser sur le fond les problèmes qui se posent à propos de la formation et de la preuve du droit international coutumier, mais simplement de les cerner et de susciter un débat à leur sujet. M^{me} Escobar Hernández se limitera donc à formuler quelques questions.

5. Au paragraphe 16 de sa note, le Rapporteur spécial évoque le droit international coutumier en tant que « droit », mais on voit difficilement comment celui-ci pourrait s'entendre autrement, à moins qu'il ne soit fait référence ici à d'autres domaines comme le « droit souple » (*soft law*) ou les relations avec d'autres actes juridiques internationaux. Au paragraphe 18, il évoque les efforts de codification des organisations non gouvernementales. Là encore, on peut se demander à quoi il se réfère exactement. Peut-être s'agit-il de la codification privée, puisqu'il est fait mention de la contribution doctrinale des publicistes, ou d'autres exercices, comme les travaux du CICR sur le droit international humanitaire³²⁹ dans sa dimension coutumière, mais, dans ce cas, l'expression « organisation non gouvernementale » n'est pas appropriée étant donné la nature très spécialisée du CICR. En tout état de cause, la question se pose de savoir si cette codification a une pertinence et une valeur d'autorité suffisantes pour que la Commission en tienne compte dans ses travaux. L'examen de la codification privée suppose habituellement une analyse sur le fond, alors que l'exercice que la Commission se propose d'entreprendre en l'espèce est fondamentalement méthodologique : il s'agit d'étudier la formation de la coutume et la preuve de son existence.

6. L'approche choisie par le Rapporteur spécial, qui envisage une étude essentiellement pratique et non théorique, est bienvenue car l'objectif est en effet d'aider les États et les autorités judiciaires à régler les questions liées à l'application de la coutume ou à l'identification ou preuve de son existence. C'est pourquoi la partie consacrée à l'approche conceptuelle et théorique de la formation du droit international coutumier, prévue dans le premier rapport, devra être assez réduite même si elle reste utile, car les postulats théoriques sont relativement bien connus et c'est avant tout une évaluation empirique de la pratique qui est nécessaire.

7. Il faut bien sûr analyser la jurisprudence, en particulier celle des tribunaux internationaux, mais sans négliger pour autant les jurisprudences nationales, même si leur contribution à la coutume est évidemment moindre. D'autres manifestations non judiciaires de la pratique des États peuvent aussi être pertinentes. Il faudra veiller à ce que cette analyse de la pratique porte sur la totalité des États, des systèmes juridiques, des cultures et des langues. Le Rapporteur spécial propose d'analyser également la

³²⁹ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I (Règles), traduit par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (Practice), anglais seulement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

relation entre la coutume et les traités, ce qui peut être utile en effet même si cette question ne suscite aucune controverse, et l'on pourrait aussi y ajouter la relation entre la coutume et d'autres actes internationaux, comme les résolutions très variées des organisations internationales et les déclarations unilatérales des États qui, sans pouvoir être qualifiées de source du droit international, contribuent néanmoins à démontrer l'existence d'une coutume. Le Rapporteur spécial a choisi à juste titre de laisser de côté les normes de *jus cogens*. Il conviendrait cependant d'inclure la pratique coutumière régionale, sous peine de créer une lacune, si petite soit-elle. Enfin, il serait utile d'analyser la question de la coutume eu égard aux organisations internationales et, dans ce cadre, d'examiner leur contribution, non seulement à la formation d'une coutume applicable à elles-mêmes, mais aussi à la preuve de l'existence d'une coutume qui ne les lie pas nécessairement.

8. M^{me} Escobar Hernández a quelques réserves en ce qui concerne le calendrier des travaux. Il serait certes souhaitable que la Commission achève ses travaux au cours du quinquennat en cours, mais le sujet est très complexe, il a fait couler beaucoup d'encre pendant plusieurs décennies, et ce serait donc une tâche herculéenne que d'en faire le tour en quatre ans, même si l'on se limite à formuler des conclusions. Il ne faudrait pas, en tout cas, que le calendrier proposé ait une incidence sur la méthodologie. Le Rapporteur spécial semble envisager la formule d'une lecture unique pour l'adoption du produit final des travaux. Certes, celui-ci prendra la forme d'un guide pratique ou de conclusions, et non d'un projet d'articles, mais on peut se demander si la lecture unique ne prive pas la Commission de cet outil précieux que sont les commentaires des États. Ceux-ci feront chaque année des observations sur les rapports successifs, à la Sixième Commission, mais il serait utile d'avoir aussi leur avis sur le résultat final, d'autant que la formation et la preuve de la coutume sont un sujet très sensible et source de controverse.

9. Enfin, M^{me} Escobar Hernández souligne que le terme *documentación* employé dans la version espagnole du titre ne correspond pas à la teneur du sujet. Ainsi que l'a relevé M. Forteau, il faut parler de « preuve » (*prueba*), comme dans la version anglaise, et comme à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

10. M. GEVORGIAN dit que la note que le Rapporteur spécial a rédigée sur la formation et l'identification du droit international coutumier contient un plan de travail suffisamment élaboré pour le quinquennat à venir et constitue une excellente base pour structurer les débats au sein de la Commission. Le sujet à l'examen est très important et d'une grande actualité, car les travaux de la Commission permettront, au niveau national, d'aider les praticiens du droit et les juristes qui ne sont que très rarement amenés à identifier et à appliquer des normes du droit international coutumier. M. Gevorgian est d'accord avec le Rapporteur spécial au sujet des écueils à éviter, notamment le fait que la Commission ne doit pas se fonder sur des sources purement universitaires. Néanmoins, l'approche adoptée par le Rapporteur spécial dénote un certain optimisme. M. Gevorgian convient que le résultat des travaux de la Commission doit être nettement défini et orienté vers des conclusions pratiques, sans trop de détails

ni de théorie car, dans le cas contraire, il risque de poser plus de questions qu'il n'apportera de réponses et, partant, de ne pas être d'une grande utilité. Il faut également rappeler que le droit coutumier est pour l'essentiel un droit non écrit et que les travaux de la Commission ne doivent pas nuire à la souplesse qui le caractérise.

11. En ce qui concerne les craintes exprimées par M. Murase, pour qui la Commission risque d'en être réduite à affirmer des évidences, M. Gevorgian estime que des éléments qui peuvent sembler évidents aux membres de la Commission ne le seront pas nécessairement pour des juges nationaux qui devront appliquer pour la première fois peut-être des normes du droit international coutumier dans le cadre d'une affaire concrète. M. Murase a également dit que, s'il était conseiller juridique d'un État, il craindrait que la Commission du droit international élabore des directives concernant les normes du droit coutumier. Pour sa part, M. Gevorgian serait au contraire ravi que la Commission traite ce sujet, car des directives pratiques faisant autorité émanant de la Commission ne peuvent qu'aider considérablement ceux qui sont appelés à mettre en évidence les normes du droit coutumier. Parmi les preuves de l'existence de normes du droit coutumier, il y a les décisions des juridictions internationales, comme l'a souligné le Rapporteur spécial, mais il y a aussi et surtout la doctrine – or, il n'y a pas unanimité en la matière : certains estiment que des éléments de la doctrine établissent l'existence d'une norme coutumière, d'autres non.

12. Plus concrètement, M. Gevorgian est d'accord avec le format proposé pour les travaux de la Commission, dont les conclusions devront être formulées avec précision et clarté. Il convient aussi qu'une partie importante des travaux du quinquennat en cours devra être consacrée à ce sujet. En ce qui concerne la méthodologie, il estime, comme M. Murphy et M. Murase, qu'il faut se montrer prudent et ne pas fonder l'étude du sujet uniquement sur les décisions des cours et tribunaux internationaux. En effet, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a fondé ses conclusions sur la pratique de 10 États seulement. Dans l'*Affaire du « Lotus »*, également, la décision rendue par la Cour permanente de justice internationale se fondait sur la pratique de six États seulement, si bien que l'on ne saurait conclure, malgré les apparences, à l'existence d'une pratique étatique généralisée. Les coutumes ainsi établies font par la suite souvent l'objet de critiques car on leur reproche, à juste titre, d'être illégitimes et non démocratiques, et de renforcer le statu quo politique et économique. La Commission ayant pour tâche de formuler des directives faisant autorité à l'intention des juridictions nationales et internationales, il serait bon qu'elle tienne compte de ces observations dans ses travaux futurs.

13. En ce qui concerne le paragraphe 13, M. Gevorgian est d'accord avec les membres qui considèrent que les travaux de l'Association du droit international sont très importants et doivent être pris en considération, ne serait-ce que pour éviter d'en répéter les erreurs. Les critiques faites par M. Murase au sujet de la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général sont justes. En outre, un travail complexe attend la Commission, mais cela ne signifie

pas que la tâche sera irréalisable. Les questions mentionnées aux paragraphes 14 et 16 de la note du Rapporteur spécial peuvent revêtir un certain intérêt, mais, de l'avis de M. Gevorgian, il importe que la Commission n'en approfondisse pas trop l'examen, au risque de sombrer dans un débat trop théorique qui serait contraire à la tâche qui lui a été assignée, à savoir élaborer des directives faisant autorité. En ce qui concerne le paragraphe 15, il serait certainement utile d'établir un lexique dans les langues de l'ONU et la Commission pourrait reprendre les termes existants, sans négliger cependant d'examiner la pratique. Pour ce qui est de la survenance de nouvelles normes du *ius cogens*, M. Gevorgian se joint aux membres de la Commission qui estiment qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question, à l'exception de quelques éléments. Il souscrit à l'idée de demander des informations aux États, mentionnée au paragraphe 27, mais aussi à l'observation faite par M^{me} Jacobsson, notamment, qui a estimé qu'il faudrait mûrement réfléchir à la formulation des questions.

14. Enfin, en ce qui concerne l'intitulé du sujet, la recherche de preuves de l'existence de normes, ou leur identification, est consubstantielle à l'étude du processus de formation du droit international coutumier. C'est précisément cette étude qui permettra d'établir quelles sont les relations entre des éléments constitutifs de la coutume, tels que la pratique des États et l'*opinio juris*, et quel rôle ceux-ci jouent dans l'émergence des normes internationales. De plus, cela donnera des indications sur le point de savoir où il convient de chercher les preuves de l'existence d'une norme coutumière internationale.

15. Selon lui, dans la version russe, il serait préférable, pour traduire le terme anglais *evidence*, d'employer *Идентификация* («identification») plutôt que *Свидетельство* («preuve») – la traduction de ce terme semble également poser un problème dans la version espagnole, et peut-être dans la version française.

16. M. HMOUD dit que le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier est difficile et complexe, et qu'il est essentiel de définir le champ de son étude car, à défaut, l'exercice serait écrasant. Il est certain que le Rapporteur spécial fera en sorte que le champ du sujet soit limité et ciblé, de façon que le résultat des travaux se révèle utile pour les États et pour d'autres acteurs internationaux et nationaux. Il n'est pas nécessaire d'insister trop sur la théorie, mieux vaut se concentrer sur le résultat pratique qui devrait être, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, une série de conclusions assorties de commentaires qui précisent les raisons et les fondements de chaque conclusion. La théorie indiquera la base de chaque conclusion, mais c'est la pratique qui est la pierre angulaire de ce sujet et c'est sur elle qu'il faudra mettre l'accent. À ce sujet, M. Hmoud convient, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 24 de sa note, que le résultat ne doit pas se présenter sous la forme d'une série de règles immuables, mais doit permettre de comprendre le processus de formation et de détermination des règles du droit international coutumier. Il tient cependant à souligner qu'il faudra veiller, comme l'a aussi indiqué le Rapporteur spécial, à ne pas être trop prescriptif. Il est important de parvenir à cet équilibre ou au moins d'y tendre sans relâche, au risque, dans le cas contraire, que

les travaux de la Commission ne reçoivent pas l'indispensable assentiment des acteurs intéressés.

17. Le Rapporteur spécial indique qu'il compte se concentrer sur la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux, en particulier celle de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de justice internationale. Les décisions de ces juridictions sont certes une source essentielle pour étudier le sujet, mais on peut se demander dans quelle mesure elles peuvent faire avancer sur le sujet de l'identification d'une règle de droit international coutumier. Un certain nombre d'affaires portées devant la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice, comme les affaires concernant le *Wimbledon* et le «Lotus», l'affaire *Nottebohm*, l'affaire des *Pêcheries*, les affaires de *Compétence en matière de pêcheries* et les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* peuvent fournir des indications utiles quant aux preuves de la pratique. Cela étant, les juridictions internationales n'indiquent pas toujours comment elles sont parvenues à la conclusion qu'une règle est coutumière, n'exposant au mieux qu'une partie du raisonnement qui a abouti à leur décision. Elles expliquent qu'elles se sont appuyées sur ce qu'elles ont «constaté» dans la pratique des États, ou sur les conclusions de tel ou tel juriste, ou sur les articles de la Commission du droit international sur tel ou tel sujet qui attestent l'existence de la règle. Récemment, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice a nettement évité de se prononcer sur la question de l'existence du fondement coutumier d'une règle donnée et l'opinion individuelle rédigée par un juge sur ce point ne contenait aucune preuve à l'appui de sa conclusion.

18. Le Rapporteur spécial devrait, dans sa recherche de critères permettant d'établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, s'appuyer sur une grande variété de sources, en particulier la doctrine, les sources publiques et les sources indépendantes.

19. En revanche, en ce qui concerne l'aspect «formation» du sujet, la vaste jurisprudence des organes judiciaires internationaux peut constituer la source principale pour déterminer les éléments de création des règles coutumières. Les avis des États seraient par ailleurs très utiles, et le Rapporteur spécial pourrait rédiger un ensemble de questions à leur adresser. Les départements juridiques des ministères pourraient eux aussi communiquer leurs vues sur la manière dont se forme une règle coutumière. Tout cela pourrait favoriser une progression rapide des travaux.

20. Les organes judiciaires nationaux, en particulier ceux qui connaissent bien le droit international, peuvent constituer une source d'information précieuse pour les deux aspects du sujet. Cela dit, peu de juridictions nationales ont l'expertise nécessaire, et le Rapporteur spécial devrait se montrer prudent à l'égard de certaines sources. Le droit international coutumier revêt, après tout, un caractère général et les vues qui prévalent au sein d'un nombre limité de systèmes judiciaires ne reflètent pas nécessairement l'avis général des États au sujet de la formation d'une règle donnée ou des preuves de son existence.

21. Les sources régionales peuvent être utiles dans l'examen du sujet mais leur pertinence doit être appréciée au regard du contexte et de la particularité de chaque région, d'autant que les institutions ou organes judiciaires régionaux se prononcent souvent sur des règles coutumières à caractère général. Ces sources pourraient être d'une plus grande utilité pour ce qui est du droit international coutumier dit «spécial», sur lequel le Rapporteur spécial devrait également se pencher. Il serait bon qu'à cette occasion le Rapporteur spécial étudie les liens entre le droit international coutumier général et le droit international coutumier spécial, en particulier au vu de l'apparition de structures régionales dotées de régimes juridiques autonomes.

22. À propos du champ du sujet, le Rapporteur spécial indique au paragraphe 22 de sa note que cette même approche fondamentale de la formation et de l'identification du droit coutumier international s'applique quel que soit le domaine juridique considéré. Au paragraphe 27, dans la note de bas de page afférente au deuxième rapport prévu pour 2014, il évoque la question de savoir si les critères d'identification d'une règle de droit coutumier peuvent varier selon la nature de celle-ci ou le domaine dont elle relève. M. Hmoud préférerait cette dernière approche, qui serait très utile pour certains organes judiciaires, quasi judiciaires et conventionnels hautement spécialisés.

23. Toujours à propos du champ du sujet, M. Hmoud voudrait encourager le Rapporteur spécial à revenir sur son intention de ne pas traiter des normes impératives du droit international. Comme un certain nombre de membres l'ont déjà relevé, il s'agit là de règles essentiellement coutumières et le fait qu'elles puissent être énoncées dans un traité n'en affecte pas la nature. M. Hmoud ne pense pas, contrairement à d'autres membres, que le fait que la Commission traite de la formation et de l'identification du *jus cogens* puisse être considéré comme «excessivement progressiste» ou politiquement inadéquat dans la mesure où il ne s'agirait pas de dire quelles règles sont considérées comme des règles de *jus cogens* ni de se prononcer sur la valeur juridique de ces règles par rapport à celle d'autres obligations.

24. Deux questions devraient être abordées. La première est celle de la transformation du droit non contraignant (*soft law*) en droit international coutumier, qui concerne en particulier les résolutions de l'Assemblée générale. Si d'importants débats ont eu lieu quant au statut de ces résolutions, ce que dira la Commission sur le droit non contraignant influencera directement la manière dont seront définies les conditions qui doivent être réunies pour que les résolutions de l'Assemblée générale s'inscrivent dans le droit international coutumier, des points de vue temporel et substantiel. La deuxième question porte sur le point de savoir si le caractère non universel de certains traités doit être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si les obligations qui y figurent reflètent le droit international coutumier.

25. M. WISNUMURTI dit que le sujet est intéressant mais complexe: la formation du droit international coutumier est un processus dynamique alors que la preuve en est statique. Or ces deux aspects sont intimement liés et il est important que les travaux sur le sujet les englobent.

Cela dit, M. Forteau a eu raison de souligner que les travaux devaient privilégier l'aspect «identification» du sujet. La difficulté d'identifier une règle coutumière ne saurait être exagérée, en particulier pour les juridictions internes, et c'est là que le sujet revêt toute son importance.

26. Comme l'indique le Rapporteur spécial dans sa note, les représentants des États à la Sixième Commission ont largement soutenu l'examen du sujet, ce qui est essentiel pour que la Commission et le Rapporteur spécial puissent orienter leurs travaux dans la bonne direction.

27. Le Rapporteur spécial a eu raison de poser la question du droit international coutumier en tant que source du droit international public et de son lien avec d'autres sources, et M. Wisnumurti approuve son intention d'examiner dans son premier rapport la relation entre le droit international coutumier et les traités. Il faudrait également clarifier, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 14 de sa note, la relation entre le «droit international coutumier» et le «droit international général», et la relation entre «les principes généraux du droit» et «les principes généraux du droit international». Il conviendrait en outre de se mettre d'accord sur la définition des termes employés dès le début des travaux de fond sur le sujet.

28. Pour ce qui est de la méthodologie, M. Wisnumurti s'accorde à dire avec le Rapporteur spécial que le premier rapport devra inclure une description de l'approche que les juridictions internationales ont du droit international coutumier ainsi qu'une étude de la jurisprudence des cours nationales, des efforts de codification engagés par les organisations non gouvernementales et des écrits des publicistes. Une étude de la pratique des États devrait également y figurer puisque le droit international coutumier découle essentiellement de cette pratique.

29. Il est indispensable de délimiter le champ du sujet dès les premiers stades des travaux. Cela permettra notamment d'éviter tout chevauchement avec les travaux de la Commission sur d'autres sujets. Il serait raisonnable que le champ du sujet englobe l'ensemble du droit international coutumier, dans différents domaines.

30. M. Wisnumurti pense, comme le Rapporteur spécial et d'autres membres, que l'apparition de nouvelles normes impératives du droit international général, ou *jus cogens*, constitue une question distincte qui ne devrait pas être abordée dans les travaux sur le sujet. Toute décision contraire devrait être expliquée.

31. Pour ce qui est de la forme à donner au produit des travaux sur le sujet, il est clairement préférable d'opter, non pas pour un ensemble de règles mais, comme il a été suggéré à la Sixième Commission, pour un guide pratique sur le droit international coutumier destiné aux juges, aux juristes de la fonction publique et aux praticiens.

32. Pour conclure, M. Wisnumurti approuve le calendrier des travaux proposé dans la note du Rapporteur spécial.

33. M. McRAE dit que le sujet à l'examen représente un vrai défi dans la mesure où il suscite des divergences quant à la manière de l'aborder, la perspective à adopter et les aspects à privilégier.

34. Il est essentiel de mettre au point un langage commun, mais, au-delà de l'idée d'un lexique, il faudrait s'entendre sur le point de savoir si le but de l'exercice est la formulation de règles de fond ou de règles de procédure – à supposer qu'il s'agisse bien de règles. Le Rapporteur spécial évite dans une certaine mesure la difficulté en se bornant à parler de conclusions, mais elle risque d'émerger de nouveau dans la suite des travaux.

35. Le Rapporteur spécial a souligné que l'objectif est la formation des juges nationaux, des arbitres et des autres praticiens qui sont fréquemment appelés à identifier et à appliquer le droit international coutumier alors qu'ils y sont peu préparés. Cet objectif est louable, mais, pour l'atteindre, la Commission devra aboutir à un résultat qui fera véritablement autorité, comme les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³³⁰.

36. Pour sa part, M. Forteau a estimé que la Commission devait se concentrer sur l'identification du droit international coutumier et non sur sa formation. S'il entend par là que la Commission devrait se borner à indiquer aux juges et aux décideurs où rechercher le droit international coutumier, c'est insuffisant. La Commission doit non seulement déclarer que le droit international coutumier se trouve dans la pratique des États et dans l'*opinio juris*, mais également expliquer comment analyser cette pratique et – ce qui est plus difficile – ce qui constitue l'*opinio juris* et le lien de celle-ci avec la pratique. C'est à propos de ces questions qui sont au cœur du droit international coutumier que la Commission doit fournir des lignes directrices, comme le Rapporteur spécial lui-même semble en être convenu lorsqu'il a présenté le sujet.

37. Or, pour que le résultat des travaux de la Commission sur le sujet ait la même autorité que ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, deux éléments devront être pris en considération. Premièrement, le travail de la Commission ne sera jugé qu'en partie en fonction de la compréhension qu'en auront les juges et les arbitres. Le critère déterminant sera sans doute selon que ce travail sera ou non considéré par l'ensemble de la communauté du droit international comme reflétant pleinement, voire conciliant, les points de vue contradictoires qui existent sur le droit international coutumier. Pour atteindre cet objectif, il faudra garder à l'esprit les observations de M. Murase relatives aux attentes de nombreux universitaires – par exemple la nécessité d'étendre la recherche au-delà des décisions judiciaires, les différents angles, subjectifs et objectifs, sous lesquels les questions peuvent être envisagées, la rareté de la pratique étatique sur laquelle s'appuyer pour identifier les règles de droit international coutumier, la valeur intrinsèque de l'ambiguïté dans l'ensemble du processus d'élaboration du droit coutumier et la difficulté de passer de l'exercice spécifique qui consiste à identifier une règle coutumière à l'élaboration d'un consensus sur la méthode à suivre pour y parvenir. Deuxièmement, la Commission tentera peut-être d'éviter les débats théoriques, mais le succès de ses travaux dépendra de la mesure dans laquelle elle aura su donner le sentiment d'avoir dûment pris en compte la dimension

théorique du sujet. Comme certains membres l'ont déjà souligné, l'évolution de la structure de la communauté internationale signifie que de nouveaux éléments doivent être pris en considération pour identifier la pratique des États qui est à l'origine du droit international coutumier et pour comprendre le fondement consensuel de celui-ci. Le débat entamé de longue date à propos de l'importance relative de la pratique des États et de l'*opinio juris* devra être poursuivi, et il faudra prendre en compte les vues de ceux qui nient de manière systématique le caractère contraignant du droit international coutumier.

38. La position pragmatique du Rapporteur spécial offre un bon point de départ, mais il faudrait ménager la possibilité d'aller bien plus loin des points de vue théorique et pratique pour que les propositions, conclusions ou directives qui seront formulées soient largement acceptées. Il serait inutile de répéter ce qui figure dans n'importe quel ouvrage de droit international public.

39. Enfin, M. McRae estime qu'il serait prématuré de poser des questions aux États avant que le Rapporteur spécial n'ait défini plus précisément le champ du sujet et indiqué les lacunes qui pourraient subsister.

40. M. GÓMEZ ROBLEDO rappelle que, dans les pays de droit romain, la transposition du droit international dans le droit interne ne vise que les traités. Ainsi, la Constitution mexicaine ne fait aucune référence aux règles coutumières ou aux principes généraux du droit. Cependant, le droit international couvre aujourd'hui presque tous les aspects de la vie et les juges nationaux sont donc constamment appelés à l'appliquer. C'est pourquoi, dans le cadre de la récente réforme constitutionnelle, la Cour suprême du Mexique a instauré un contrôle de conventionalité à tous les échelons. Tous les juges doivent s'assurer que leurs décisions sont conformes non seulement au droit interne mais également au droit international. La Cour suprême a déclaré à cet égard que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme devenait d'application obligatoire sur le territoire mexicain. Dans ce contexte, un juge national pourrait être démuné face à une décision de la juridiction interaméricaine évoquant l'existence d'une norme de droit coutumier. Les travaux envisagés par le Rapporteur spécial seraient donc extrêmement utiles pour aider les juges nationaux à identifier les règles coutumières. Il convient par conséquent d'insister davantage sur la preuve que sur la formation, même si les deux sont étroitement liées. À ce propos, comme l'a relevé à juste titre M^{me} Escobar Hernández, l'emploi du terme *documentación* dans la version espagnole du titre du sujet ne convient pas pour désigner ce dont il s'agit, à savoir la preuve ou l'identification de la règle coutumière.

41. En conclusion, il est bienvenu que la Commission s'intéresse à ce sujet et, même s'il faut s'attendre à ce que les États, à la Sixième Commission, s'interrogent sur l'utilité de l'entreprise, nul doute que le Rapporteur spécial saura les en convaincre.

42. M. PARK rappelle que la « formation » est le processus par lequel les règles du droit international coutumier s'élaborent et que l'« identification » consiste à les recenser. S'il convient certes de trouver un équilibre entre les deux volets du sujet, il est d'avis que, dans la mesure où

³³⁰ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

les travaux de la Commission viseront à donner des orientations aux praticiens, il faudrait plutôt mettre l'accent sur l'identification. Ces travaux, qui aboutiront à un guide pratique, commenté à l'intention des juges, juristes de la fonction publique et praticiens, contribueront sans aucun doute à lever certaines ambiguïtés. Les questions que les praticiens nationaux se posent le plus fréquemment concernent, entre autres, la manière d'identifier une règle coutumière internationale, surtout lorsque le gouvernement qui n'a pas encore ratifié une convention internationale est sommé par un État tiers d'en respecter telle ou telle disposition au motif qu'elle reflète la coutume internationale; l'effet de l'acquiescement dans l'ordre international, en particulier dans le processus de formation du droit international coutumier, l'importance de la durée du silence, l'omission; à propos de la charge de la preuve, la question de savoir si le juge national doit s'appuyer uniquement sur la pratique pour constater l'existence d'une règle coutumière internationale ou s'il doit également examiner l'*opinio juris* et, si oui, de quelle manière; les relations entre le droit international coutumier et les traités; le statut juridique des résolutions adoptées par les organisations internationales, en particulier l'Assemblée générale des Nations Unies; la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda*, et le lien avec les travaux de codification.

43. Le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre qu'il ne fallait pas négliger les fondements théoriques du sujet, mais il serait inopportun d'entrer dans trop de détails. Pour ce qui est de la méthodologie, le Rapporteur dit que la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux, particulièrement de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de justice internationale, fournit les indications les plus fiables sur le sujet, mais il convient de garder à l'esprit que l'examen de la jurisprudence internationale et de la jurisprudence nationale n'est pas une tâche facile compte tenu notamment des divergences qui existent, même au sein de la jurisprudence internationale. Par exemple, dans l'*Affaire du «Lotus»*, la Cour permanente de justice internationale a considéré, en 1927, que la coutume était le produit de l'assentiment des États alors que dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que la coutume était l'expression d'une règle objective.

44. Outre la pratique des États et des organisations internationales, il convient de prendre en compte la pratique d'États qui ne sont pas reconnus par l'ensemble de la communauté internationale. Pour ce qui est de la portée des travaux, le Rapporteur spécial écarte d'emblée le *jus cogens*, position que partagent déjà la plupart des membres, mais, étant donné que les travaux devraient aboutir à un guide destiné aux praticiens nationaux, il conviendrait de donner un minimum d'explications, en indiquant par exemple que le *jus cogens* n'est pas seulement défini à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 mais qu'il existe aussi, d'une certaine manière, dans la coutume internationale. Enfin, il serait bon de savoir si le Rapporteur spécial envisage d'inclure dans le champ du sujet le droit coutumier régional.

45. M. KAMTO dit que le Rapporteur spécial, compte tenu de ses remarquables qualités de juriste internationaliste, et de juriste tout court, saura sans nul doute amener la Commission à tirer le meilleur parti du sujet à

l'examen. Bien qu'il ne soit pas évident que le processus coutumier soit le même dans l'ordre juridique interne et dans l'ordre juridique international, il n'est pas indifférent que le Rapporteur spécial soit d'une culture qui met l'accent sur la coutume, c'est-à-dire la tradition de la *common law*. Dans la note qu'il a soumise à l'examen de la Commission, le Rapporteur spécial s'est efforcé de baliser l'itinéraire qu'il entend suivre dans le traitement du sujet. Il a fait référence, dans sa présentation orale, à l'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier³³¹, qui aurait cependant gagné à être expressément mentionnée dans sa note. Ainsi, la section B du chapitre concernant les points préliminaires aurait pu s'intituler «Travaux d'autres organismes relatifs à la formation du droit international coutumier», ce qui aurait permis d'y mentionner, outre les travaux de l'Association de droit international³³², ceux du CICR et tous les autres travaux de même nature, notamment ceux du Princeton Project³³³ mais aussi ceux d'institutions universitaires. D'une manière générale, M. Kamto souscrit entièrement à ce que M. Murase a dit sur l'intitulé du sujet à l'antépénultième séance et n'est pas convaincu quant au fait de savoir si la Commission aurait intérêt à traiter aussi bien la formation que la détermination du droit international coutumier. M. Murase a présenté une argumentation convaincante à laquelle nombre des membres ont souscrit, et M. Kamto la reprend à son compte. Il estime cependant qu'il convient de parler de «l'identification» ou, si l'on veut être plus précis, de la «méthode d'identification» du droit international coutumier plutôt que de la «preuve» de la coutume ou du droit international coutumier, car la notion de preuve est plus restrictive et ne permettrait pas à la Commission de couvrir tous les aspects fondamentaux du sujet tels que le Rapporteur spécial les a esquissés dans sa note.

46. En ce qui concerne la forme que pourrait prendre le résultat des travaux de la Commission sur ce sujet, M. Kamto est d'accord avec l'orientation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 24 de sa note, qui vise à aboutir à des directives et des conseils pratiques plutôt qu'à l'élaboration de règles immuables. Il est assez réservé quant à la proposition de M. McRae tendant à ce que la Commission élabore un texte qui aurait la même autorité que ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, car il ne s'agit pas du même type d'exercice. Pour ce qui est de la démarche, il se réjouit que, comme le montre le paragraphe 17, le Rapporteur spécial n'exclue pas totalement l'examen des aspects théoriques, même si l'introduction qu'il a faite de sa note a pu donner une impression contraire. En effet, sans contester l'importance de la finalité pratique du travail de la Commission, M. Kamto estime que celle-ci ne peut pas se permettre d'examiner un sujet en s'appuyant uniquement sur la jurisprudence de diverses juridictions internationales, régionales et nationales. Après tout, la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations est mentionnée à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme un moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit. En somme, c'est

³³¹ Voir *supra* la note 329.

³³² Voir *supra* la note 323.

³³³ Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs, Princeton, New Jersey, Princeton University, 2001.

le résultat qui doit être pratique, pas l'étude elle-même. Quant au calendrier de travail proposé au paragraphe 27 de la note, il n'appelle pas d'observation particulière : il est purement indicatif et, partant, susceptible d'ajustements en fonction de l'évolution de l'examen du sujet et des circonstances.

47. Sur le fond, M. Kamto fait observer que, si la norme coutumière est difficile à établir, c'est parce que sa formation donne souvent lieu à contestation et que sa détermination est source de conflictualité, d'où l'importance de la question de la preuve de la coutume. En effet, comme l'a écrit un auteur, en droit international « on sait comment faire des traités, mais pas vraiment des coutumes³³⁴ ». Parfois, les juges révèlent les normes de façon mystérieuse, comme l'a fait la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* – mais elle s'est rattrapée dans son arrêt du 3 février 2012 en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, en particulier au paragraphe 55. D'autres fois, ils préfèrent éviter de se mêler de l'identification de la coutume, comme cela ressort de la position de l'Organe d'appel de l'OMC dans son rapport sur les *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (CE-Hormones)*. Pourtant, leur rôle reste déterminant dans la révélation de la norme coutumière. Après tout, une fois que le juge a dit qu'une règle est une règle de droit coutumier, même s'il n'a pas montré par quelle méthode il est parvenu à cette conclusion, force est de prendre acte de sa décision : cela montre bien que, comme l'a déjà dit M. Kamto, la volonté humaine intervient parfois dans la détermination de la règle coutumière.

48. En ce qui concerne les critères de quantité, c'est-à-dire le nombre d'États participant à la formation de la coutume, et de qualité, c'est-à-dire la participation ou non des « États particulièrement intéressés », pour reprendre la formule de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (par. 74), il faut se demander si l'un de ces deux critères peut l'emporter sur l'autre, dans quelles circonstances et à quelles conditions. À ces deux critères il faudrait ajouter le critère spatial ou géographique qui peut être à la base de la détermination d'une coutume régionale ou locale.

49. La frontière entre norme coutumière et norme relevant du développement progressif est un point important, voire fondamental, pour la Commission elle-même. En effet, il se trouve que, dans nombre de cas, la règle proposée comme relevant du développement progressif repose également, comme la règle coutumière, sur une pratique importante des États, souvent convergente mais pas unanime. Se pose dès lors la question de savoir si c'est l'existence de l'*opinio juris* dans le cas de la coutume et son absence dans le cas de la *lex ferenda* qui fonde la distinction entre règles du droit coutumier et règles relevant du développement progressif. En ce qui concerne le passage de la règle non écrite à la règle écrite, c'est-à-dire la transformation par voie de codification des règles coutumières en règles de droit conventionnel, le juge Herczegh, dans sa déclaration jointe à l'avis consultatif rendu en 1996 par

la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, a rappelé que cette opération permet certes de remédier à certaines faiblesses du droit coutumier en lui conférant la précision du droit conventionnel – mais en même temps, et c'est le risque de la transcription imparfaite, la codification peut retrancher ou ajouter à la norme coutumière, voire aboutir à sa transformation. On se trouverait alors en présence de deux normes coutumières ayant un même objet, l'une étant restée à l'état de droit coutumier, l'autre étant cristallisée par la codification. Les travaux de la Commission devraient l'amener à examiner le statut respectif de chacune de ces règles, toutes deux à prétention coutumière. En d'autres termes, le Rapporteur spécial pourrait réfléchir à la question de savoir si l'identification de la norme coutumière par le processus de codification laisse intacte la possibilité d'une identification non conventionnelle, par exemple l'identification jurisprudentielle. Certes, la Cour internationale de Justice a affirmé, dans son arrêt de 1986 sur le fond, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, qu'il est « clair [...] que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel [a]lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique » (par. 179). Cependant, ce qui intéresse la Commission n'est pas le contenu de la règle, mais son identification. Il s'agit donc de savoir si la référence à la norme conventionnelle codifiée peut servir de moyen de preuve ou d'identification de la coutume à un État qui n'est pas partie à la convention et n'a même pas participé à sa négociation.

50. En ce qui concerne la question de l'importance respective de la pratique et de l'*opinio juris* dans la formation de la coutume, si la pratique est en général relativement aisée à identifier, il n'en va pas de même de l'*opinio juris*. À cet égard, il y a lieu, comme l'a dit M. Park, d'examiner le rôle que joue l'acquiescement en matière de détermination de l'*opinio juris*. De même, il faut se demander si l'intention joue un rôle en la matière – et, dans l'affirmative, lequel – et ce qu'il en est du silence, dont M^{me} Jacobsson a parlé à l'avant-dernière séance. Ces questions ne sont pas purement rhétoriques et le droit international positif ne paraît pas particulièrement clair, ou tranché, sur le point de savoir si, par exemple, les consentements exprimés à l'occasion des négociations d'une convention internationale et qui se dégagent dès la phase des travaux préparatoires, c'est-à-dire avant la signature du texte final, constituent une *opinio juris*. À cet égard, Sir Robert Jennings, par exemple, a posé la question de savoir si le ou les États objectant pouvaient s'exclure de l'application générale de la loi, et a indiqué que l'observation que l'*opinio juris sive necessitatis* était en réalité le fruit du consensus, et non du consentement, y répondait largement³³⁵. Il faudrait voir si la jurisprudence s'exprime clairement à ce sujet et, dans le cas contraire, ce qu'il y a lieu de proposer.

51. Enfin, le Rapporteur spécial n'a évoqué le *ius cogens*, au paragraphe 23 de sa note, que pour l'écarter parce qu'il estime qu'il ne convient pas d'en traiter.

³³⁴ P.-M. Dupuy, « L'Unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000) », *Recueil des cours...*, vol. 297 (2002), p. 160.

³³⁵ Voir R. Jennings, « What is international law and how do we tell it when we see it? », *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), p. 59 à 88 ; voir aussi son opinion dissidente dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

Bien que cette position ait reçu le soutien de plusieurs membres, M. Kamto craint qu'il ne soit prématuré de prendre une telle décision, car il n'est pas sûr que la Commission échappera vraiment à l'examen de la formation et de l'identification du *jus cogens* en tant qu'élément du droit international coutumier. Dans l'affaire du *Procureur c. Anto Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a écrit, dans son jugement du 10 décembre 1998, que

l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire ». La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative [par. 153].

En écrivant « ce principe est devenu », le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie suggère l'existence d'un processus ou d'une formation, sans indiquer comment celui-ci ou celle-ci opère. De plus, il énonce diverses catégories de coutumes – locales, spéciales, générales – dont la Commission devra examiner si elles se forment toutes de la même manière. De plus, si, selon le Tribunal, les États ne peuvent déroger au *jus cogens* même par l'intermédiaire d'une coutume générale, est-ce à dire qu'une norme coutumière de *jus cogens* se forme de manière différente d'une norme coutumière générale? On voit, à l'évidence, que cet aspect de la question n'est pas si simple.

52. M. NOLTE félicite Sir Michael de sa nomination comme Rapporteur spécial sur le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier, qui est, à son sens, le plus ardu et le plus ambitieux inscrit au programme de travail de la Commission. Dans sa note, le Rapporteur spécial a exposé dans leurs grandes lignes les travaux futurs sur le sujet et, bien qu'il y ait beaucoup à dire sur les différentes manières de traiter celui-ci, il lui appartient pleinement de progresser comme il l'a proposé. Les membres qui se sont déjà exprimés ont fait nombre d'observations intéressantes sur différents points particuliers et M. Nolte n'entend ni les répéter ni les commenter davantage à ce stade du débat préliminaire, son intervention ayant essentiellement pour objet l'intitulé du sujet. M. Forteau a proposé que le Rapporteur spécial mette l'accent sur l'identification du droit international coutumier plutôt que sur sa formation. Il a laissé entendre que les praticiens souhaiteraient surtout savoir plus précisément comment identifier le droit international coutumier et que la Commission se livrerait à un exercice plutôt abstrait si elle tentait d'expliquer la « formation » du droit international coutumier. Il a, ce faisant, repris une distinction que M. Murase a introduite dans le débat lorsqu'il a fait la différence entre une approche « instantanée » qui cherche à identifier l'état du droit international coutumier à un moment précis du temps et une approche plus large qui vise à expliquer le processus au cours duquel se forme le droit international coutumier. M. Nolte comprend très bien qu'il importe au plus haut point, pour les États et les praticiens, d'être en mesure d'identifier le droit international coutumier à un moment particulier. Il n'est donc pas en désaccord avec M. Forteau, car cela doit être un élément

essentiel des travaux sur le sujet. Pour autant, il ne souscrit pas à l'idée qu'une clarification de la « formation » du droit international coutumier serait moins importante et constituerait un exercice purement théorique. Les États et les praticiens ne veulent pas seulement savoir par quels moyens établir la preuve de l'existence du droit international coutumier, ils veulent aussi savoir comment expliquer à leurs tribunaux nationaux ou à d'autres organes pourquoi et dans quelles circonstances ces moyens amènent à la conclusion qu'une norme particulière est ou n'est pas une norme du droit international coutumier. Bien entendu, en s'efforçant d'expliquer la formation du droit international coutumier, la Commission risque d'être amenée à débattre de certaines questions de principe d'ordre général, mais il semble que ce soit inévitable dans le cadre de cet exercice. Si elle ne traite pas de ces questions, elle ne répondra pas aux attentes des États et de la communauté internationale au sens large, et le résultat de ses travaux risque d'être trop facilement mis en cause.

53. Plus précisément, à la présente session, la Commission a repris l'examen, sous la direction de la nouvelle Rapporteuse spéciale, du sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Un des aspects importants de ce sujet est la question de savoir si l'on peut distinguer une tendance suffisamment nette pour établir la preuve de l'existence d'un développement du droit international coutumier. Cela dépend beaucoup des facteurs pris en considération pour établir la tendance en question. S'agit-il uniquement, ou principalement, de décisions particulières rendues par des tribunaux ou prises par des gouvernements et des législatures, ou aussi de valeurs générales et de déclarations de principe, et de développements parallèles dans des domaines connexes, comme celui de la juridiction pénale internationale? De l'avis de M. Nolte, il serait vain d'essayer de traiter cette question en tentant simplement de définir lesquels de ces facteurs sont pertinents pour établir l'existence d'une norme de droit international coutumier à un moment précis. Au contraire, il faut expliquer comment une éventuelle nouvelle norme du droit international coutumier se forme, afin de comprendre les différents facteurs à l'œuvre, ce qui, à l'évidence, suppose une réflexion plus générale. Si elle s'en abstient, la Commission passera à côté de la caractéristique essentielle du droit international coutumier, à savoir le fait que, contrairement à d'autres sources du droit international et aux différentes formes de législation nationale, le droit international coutumier est à la fois le résultat et l'élément d'un processus – caractéristique qui doit, selon M. Nolte, être impérativement prise en considération lorsque les États et d'autres acteurs s'efforcent d'identifier une norme de droit international coutumier à un moment précis.

54. Un autre point important est que, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, l'un des principaux objectifs des travaux sur le sujet, et peut-être le principal, est de donner aux tribunaux nationaux des orientations sur la manière de procéder lorsqu'ils sont appelés à appliquer des règles du droit international coutumier. M. Petrič, notamment, a confirmé que ce point est extrêmement important. Il a appelé l'attention de la Commission sur le fait que de nombreuses constitutions accordent une place particulière au droit international coutumier dans l'ordre

juridique interne, et souvent un rang supérieur à celui du droit conventionnel, ce qui semble indiquer que la volonté des tribunaux nationaux d'identifier et d'appliquer des règles du droit international coutumier conformément aux dispositions constitutionnelles peut dépendre de la mesure dans laquelle un organe faisant autorité, comme la Commission du droit international, est capable de bien en expliquer le caractère spécifique et contraignant. Si la Commission se contente d'adopter une approche « instantanée » ou d'établir une liste technique des sources des éléments de preuve, elle passera à côté de cette dimension importante du droit international coutumier.

55. L'objectif des travaux de la Commission sur le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier ne doit pas seulement être de fournir des orientations pratiques aux juges et autres intervenants qui ne sont pas très familiers du droit international coutumier. La Commission doit aussi donner un avis éclairé à l'intention de ceux qui connaissent ce droit. Les débats académiques en cours dans nombre de pays témoignent d'une profonde préoccupation d'ordre pratique : aujourd'hui, les juristes et les juges nationaux se demandent quelles sont les particularités du droit international coutumier et s'il est légitime de lui donner un statut spécial dans l'ordre juridique interne. Par exemple, la facilité, ou au contraire la difficulté, avec laquelle les normes coutumières changent a une grande incidence sur la légitimité et la valeur d'autorité de ces normes, sur le plan international mais aussi national. La Commission doit garder à l'esprit que ses travaux auront des implications en ce qui concerne la légitimité et la valeur d'autorité du droit international coutumier lui-même, dans les systèmes juridiques nationaux et au-delà. Elle devra donc justifier chacune de ses conclusions.

56. Enfin, comme l'a suggéré M. Petrič, il serait utile que le Rapporteur spécial exploite également les sources de droit dans d'autres langues que l'anglais et le français, par exemple la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand.

La clause de la nation la plus favorisée (A/CN.4/650 et Add.1, sect. F)

[Point 9 de l'ordre du jour]

RAPPORT ORAL DU GROUPE D'ÉTUDE

57. M. McRAE (Président du Groupe d'étude) rappelle que la Commission a décidé de reconstituer le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF) à la session en cours, et que celui-ci a tenu six séances. L'objectif général du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international et de souligner l'importance de favoriser une plus grande cohérence dans les approches suivies par les tribunaux qui rendent des sentences arbitrales en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les clauses NPF. L'idée est que le Groupe d'étude pourrait contribuer à conférer davantage de sécurité et de stabilité dans ce domaine. Le Groupe d'étude s'emploie ainsi à mettre au point un texte qui serait d'une utilité pratique pour tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements et pour les responsables politiques, et n'entend pas

élaborer des projets d'article ni revoir le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978³³⁶.

58. Le Groupe d'étude a examiné plusieurs documents de travail visant à éclairer davantage les problèmes que posent de nos jours les clauses NPF. Il était notamment saisi d'un document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage traitant des affaires d'investissements, établi par son président. Ce document de travail était une version remaniée du document de 2011 intitulé « Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement », dans laquelle avaient été intégrés les faits nouveaux survenus dans le domaine considéré et les conclusions des débats tenus par le Groupe d'étude en 2011³³⁷. L'examen de ce document a donné lieu à un échange de vues sur la question de savoir si la nature du tribunal avait une incidence sur l'interprétation que celui-ci donnait des traités, et en particulier si la nature mixte de l'arbitrage était un élément pertinent dans le processus interprétatif. Partant, M. Forteau a bien voulu préparer un document de travail sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales.

59. Le Groupe d'étude était également saisi d'un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient examinées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause était applicable. Le Groupe d'étude était également saisi d'un autre document de travail informel donnant un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition, lequel n'a pas été examiné par le Groupe d'étude, rendent compte de travaux toujours en cours, et le Groupe d'étude continuera donc de les actualiser de sorte qu'ils soient exhaustifs.

60. Le document de travail sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales avait pour objet d'expliquer la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements, d'examiner les modalités particulières de l'application de la clause NPF en cas d'arbitrage mixte, et d'étudier l'impact d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales. Il était fait valoir que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas

³³⁶ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 19 et suiv.

³³⁷ Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 177 et suiv., par. 351 à 360.

de même nature. Il était rappelé, en outre, que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte. L'arbitrage mixte se situait ainsi entre le plan national et le plan international, et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public. Il avait une nature à la fois privée et publique.

61. Dans le document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements, il était constaté que bien que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements s'appuient sur l'interprétation des traités ou invoquent les moyens d'interprétation visés dans la Convention de Vienne de 1969, il n'y avait guère de cohérence dans la manière dont ils conduisaient effectivement le processus interprétatif, ni nécessairement dans les conclusions auxquelles ils parvenaient. En conséquence, le document examinait plus avant les approches adoptées par ces tribunaux pour tenter de déceler certains facteurs qui semblaient influencer leur interprétation des clauses NPF, ainsi que certaines tendances.

62. Ces facteurs et tendances consistaient notamment : a) à faire la distinction entre *fond et procédure*, en posant la question fondamentale de savoir si, en principe, une clause NPF pouvait se rapporter tant aux dispositions procédurales qu'aux dispositions de fond d'un traité ; b) à interpréter la clause NPF par rapport aux dispositions du traité relatives au règlement des différends comme une *question de compétence*, en renvoyant implicitement dans certaines affaires à une prétendue norme supérieure d'interprétation pour déterminer si la portée d'une clause NPF concernait le consentement à l'arbitrage, tandis que, dans d'autres affaires, une distinction était faite entre *compétence et recevabilité*, auquel cas une disposition visant le droit d'action, qui relevait de la compétence, était distinguée d'une disposition visant la manière dont une action devait être engagée, interprétée comme relevant de la recevabilité ; c) à adopter la solution des *dispositions relatives aux conflits de traités*, qui consistait pour les tribunaux à considérer que la problématique qu'il s'agissait de couvrir l'avait déjà été, de façon différente, dans le traité de base lui-même ; d) à prendre en considération la *pratique* conventionnelle de l'une ou l'autre partie au traité bilatéral d'investissement au titre duquel le traitement NPF était réclamé afin de s'assurer des intentions des parties quant à la portée de la clause NPF ; e) à prendre en considération le *moment pertinent* auquel le traité avait été conclu (principe de contemporanéité), ainsi que la *pratique ultérieure* pour s'assurer de l'intention des parties ; f) à évaluer l'influence, sur le tribunal, du contenu de la disposition que l'on visait à exclure ou à ajouter au moyen d'une clause NPF ; g) à admettre une *doctrine implicite du précédent*, résultant plus d'un désir de cohérence que d'une éventuelle structure hiérarchique ; h) à évaluer le contenu de la disposition invoquée afin de déterminer si, en fait, elle accordait un *traitement plus/moins favorable* ; et i) à prendre en considération l'existence d'*exceptions de « politique publique »*.

63. Sur la base de ce document de travail établi par M. McRae, qui présentait également une analyse préliminaire de la direction que le Groupe d'étude pourrait souhaiter prendre, le Groupe d'étude a procédé à un

échange de vues au sujet de trois questions principales, à savoir : a) si, en principe, une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions de traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends ; b) si les conditions énoncées dans les traités bilatéraux d'investissement permettant aux investisseurs d'invoquer les dispositions relatives au règlement des différends pouvaient affecter la compétence d'un tribunal ; c) quels étaient les facteurs pertinents dans le processus interprétatif pour déterminer si une clause NPF figurant dans un traité bilatéral d'investissement s'appliquait aux conditions de recours à la procédure de règlement des différends.

64. Le Groupe d'étude a considéré que la question de savoir si une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends relevait de l'interprétation des traités et que la réponse à y apporter dépendait des circonstances d'espèce. Chaque disposition conventionnelle avait ses particularités qu'il fallait prendre en considération. Il a été noté qu'il n'y avait pas de problème particulier lorsque les parties incluaient ou excluaient expressément les conditions d'accès au règlement des différends dans le cadre de leur clause NPF. La question de l'interprétation s'était posée, comme dans la majorité des cas, lorsque les clauses NPF de traités bilatéraux d'investissement existants ne visaient pas expressément l'inclusion ou l'exclusion des clauses de règlement des différends. Il a été dit qu'au minimum les tribunaux n'avaient pas à se demander, lorsqu'ils interprétaient des clauses NPF dans des traités bilatéraux d'investissement, si ces clauses étaient en principe applicables aux dispositions relatives au règlement des différends. Après l'affaire *Maffezini*, les États seraient bien avisés de donner une indication de leur préférence.

65. Dans le cadre de ses travaux futurs, le Groupe d'étude continuera d'examiner les différents facteurs qui ont été pris en considération par les tribunaux aux fins de l'interprétation, en vue d'examiner si des recommandations pourraient être faites sur les points suivants : a) la portée du contexte ; b) la pertinence du contenu de la disposition que l'on vise à remplacer ; c) l'interprétation de la disposition que l'on vise à inclure ; d) la pertinence des travaux préparatoires ; e) la pratique conventionnelle des parties ; f) le principe de contemporanéité. Il a été estimé nécessaire d'étudier plus avant les aspects relatifs à l'interprétation de la clause NPF au-delà de l'affaire *Maffezini*, et de se demander si la distinction opérée dans la jurisprudence entre compétence et recevabilité pouvait être davantage précisée, qui était habilitée à invoquer la clause NPF, si une interprétation particulière pouvait être donnée à l'expression « traitement moins favorable » lorsqu'une telle disposition était invoquée dans le contexte de traités bilatéraux d'investissement, et si les exceptions de « politique publique » avaient un rôle à jouer en tant que restriction à l'application de la clause NPF.

66. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait précédemment estimé nécessaire d'étudier plus avant la question de la clause NPF dans le contexte du commerce des services au regard de l'Accord général sur le commerce des services et des accords d'investissement, ainsi que les relations entre les normes du traitement NPF, du traitement juste et équitable, et du traitement national. Le Groupe d'étude gardera ces questions à l'esprit en avançant dans

ses travaux. Il a été également rappelé que le domaine des relations entre la clause NPF et les accords commerciaux régionaux devait faire l'objet d'une nouvelle étude. Il existait aussi d'autres domaines d'intérêt contemporain comme les accords d'investissement et les considérations relatives aux droits de l'homme. Le Groupe d'étude était cependant conscient de la nécessité de ne pas élargir le champ de ses travaux et devait donc se garder d'explorer certains aspects qui risquaient de détourner l'attention de ses travaux dans des domaines où se posaient des problèmes quant à l'application des dispositions du projet d'articles de 1978.

67. Enfin, le Groupe d'étude a procédé à un échange de vues sur les grandes orientations de ses travaux futurs. À cet égard, il est envisagé de préparer à l'occasion de la session suivante de la Commission un rapport présentant le contexte général de la matière, analysant la jurisprudence et la remettant dans son contexte, attirant l'attention sur les questions qui se sont déjà posées et sur les tendances observées dans la pratique et, s'il y a lieu, présentant des recommandations, voire proposant des clauses types – les deux documents de travail déjà examinés seraient partie intégrante de ce rapport. Enfin, le Groupe d'étude garde bon espoir de pouvoir achever son travail au cours des deux ou trois sessions suivantes de la Commission.

68. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport oral du Groupe d'étude.

Il en est ainsi décidé.

L'application provisoire des traités³³⁸

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT ORAL DU GROUPE D'ÉTUDE

69. M. GÓMEZ ROBLEDO (Président du Groupe d'étude sur l'application provisoire des traités) dit que le Groupe d'étude s'est réuni les 19 et 25 juillet pour engager le débat sur certaines questions qu'il serait utile d'examiner dans le cadre des travaux sur le sujet pendant le quinquennat en cours. Il était saisi d'un document informel de son président présentant certains points préliminaires à examiner conjointement avec le plan d'étude figurant à l'annexe III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011), établi par M. Gaja.

70. Ouvrant le débat, le Président du Groupe d'étude a rappelé qu'il avait l'intention de soumettre un rapport préliminaire sur le sujet à la soixante-cinquième session de la Commission (2013) et a insisté sur la nécessité pour celle-ci de faire fond sur ses précédents travaux dans le domaine du droit des traités et sur les *travaux préparatoires* des articles pertinents de la Convention de Vienne de 1969. Le Groupe d'étude a notamment examiné les questions ci-après : actes de procédure constituant les

conditions préalables de l'application provisoire des traités et de la cessation de celle-ci ; relation entre l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969, relatif à l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur, et le régime d'application provisoire établi par l'article 25 du même instrument ; pertinence des situations juridiques créées par l'application provisoire d'un traité aux fins de l'identification de règles de droit international coutumier et utilité de l'envoi d'un questionnaire aux États sur leur pratique et, le cas échéant, contenu de celui-ci.

71. Concernant la relation entre les articles 18 et 25 de la Convention de Vienne de 1969, la majorité des membres a estimé que le régime d'application provisoire établi par l'article 25 dépassait l'obligation générale de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur établie par l'article 18. Ils ont estimé que ces deux articles étaient liés puisqu'ils portent tous les deux sur la période précédant l'entrée en vigueur du traité. Toutefois, ils établissaient des régimes juridiques distincts et devaient donc être traités comme tels.

72. Concernant la question de savoir si la situation créée par l'application provisoire d'un traité était pertinente aux fins de l'identification de règles de droit international coutumier, les membres du Groupe d'étude sont convenus que les aspects relatifs à la formation et à l'identification du droit international coutumier ne relevaient pas du champ du sujet. L'examen de la nature coutumière de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 pouvait néanmoins être envisagé.

73. Le Groupe d'étude a estimé qu'il était prématuré de demander aux États des renseignements ; le moment venu, des questions sur leur pratique législative, diplomatique, judiciaire et parlementaire pourraient leur être adressées au moyen d'un questionnaire. Un membre a estimé qu'il serait préférable de s'en tenir à des renseignements sur la législation nationale pertinente. Quoiqu'il en soit, il a été souligné que la Commission ne pouvait pas ignorer la position des États sur la question de l'application provisoire des traités ; certains membres indiquant à cet égard qu'un aperçu de la pratique suffisait.

74. Le Groupe d'étude s'est penché sur d'autres questions, parmi lesquelles : la signification exacte de « l'application provisoire d'un traité » et des diverses formes et manifestations de celle-ci ; le fondement juridique de l'application provisoire d'un traité, à savoir l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 lui-même ou un accord parallèle au traité ; les organismes compétents pour décider de l'application provisoire d'un traité, et le lien entre cette question et l'article 46 de la Convention de Vienne, relatif aux dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. Le Groupe d'étude s'est aussi penché sur la question de savoir si le régime de l'application provisoire était le même quel que soit le type de traité concerné et si l'application provisoire créait des obligations juridiquement contraignantes dont la violation engageait la responsabilité de l'État. Le Groupe d'étude a enfin abordé la question des modalités et des effets de la cessation de l'application provisoire d'un traité, analysés sous un angle rétrospectif. Les membres sont en outre convenus qu'il était trop tôt pour

³³⁸ Ce sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission en 2011 [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 à 367], sur la base de la proposition figurant à l'annexe III du rapport de la Commission sur les travaux de cette même session (*ibid.*, p. 180 et suiv.).

se prononcer sur la question de la forme finale des travaux. Certains ont évoqué la possibilité d'élaborer des projets d'article, soulignant toutefois que, à ce stade des travaux, il ne fallait pas exclure la possibilité de proposer des directives ou clauses types.

75. Plusieurs membres ont évoqué la possibilité de prier le Secrétariat d'élaborer un mémorandum sur le sujet. Le Président du Groupe d'étude, convenant qu'il serait très utile de disposer d'une étude sur les travaux déjà réalisés par la Commission sur l'application provisoire des traités et sur les travaux préparatoires des articles pertinents de la Convention de Vienne de 1969, invite la Commission à charger le Secrétariat d'élaborer un tel mémorandum.

76. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport oral du Groupe d'étude sur l'application provisoire des traités et appuyer la recommandation qui y figure.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 55.

3152^e SÉANCE

Lundi 30 juillet 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier (*fin*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G, et A/CN.4/653]

[Point 7 de l'ordre du jour]

NOTE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial), résumant le premier débat sur le nouveau sujet intitulé «Formation et identification du droit international coutumier», dit que celui-ci a été favorablement accueilli par l'ensemble des membres de la Commission, dont les premières appréciations ont confirmé les grands axes de la note du Rapporteur spécial publiée sous la cote A/CN.4/653. Les membres qui se sont exprimés ont attiré l'attention sur le rôle non négligeable que jouait le droit international coutumier dans l'ordre constitutionnel et le droit interne de nombreux États. Il importait que le droit international public fasse partie des enseignements fondamentaux dans

les écoles de droit et de la formation continue en droit des juristes et des juges.

2. M. Murase a émis de sérieux doutes quant au sujet; pour lui, il est malcommode, voire impossible, d'examiner le droit international coutumier dans son ensemble, même à un niveau très abstrait, et la Commission ne peut qu'échouer sur ce point puisqu'elle finirait par énoncer soit l'évidence, soit une ambiguïté. Toutefois, comme l'a relevé à juste titre M. Gevorgian, ce qui est évident pour la Commission ne l'est pas nécessairement pour tout le monde. Un ensemble de conclusions claires et directes de la Commission peut constituer une référence importante pour les juristes appelés à traiter de questions de droit international coutumier, dont la plupart n'ont aucune expérience dans ce domaine. Quant à la question de l'ambiguïté, M. Murase évoquait semble-t-il la difficulté de parvenir à des conclusions applicables à l'ensemble du droit international coutumier, sauf à établir un grand nombre de clauses de sauvegarde. De telles clauses se sont pourtant révélées utiles, en particulier dans les travaux de la Commission. L'objectif du Rapporteur spécial n'est pas d'examiner le fond du droit international coutumier mais les règles générales relatives à son identification.

3. Pleinement conscient de la difficulté inhérente au sujet et de la nécessité d'aborder celui-ci avec prudence, Sir Michael voudrait assurer les membres de la Commission qu'il espère lui aussi que la Commission ne sera pas trop ambitieuse dans ce domaine. Il s'emploiera à parvenir à un résultat utile, pratique et – espère-t-il – bien reçu.

4. Pour ce qui est de la proposition de M. Murase tendant à ce que la Commission prenne en considération d'éventuels publics désignés ou publics «cibles», Sir Michael dit qu'il ne comprend pas entièrement la distinction entre perspectives subjective, «intersubjective» et objective. Pour lui, une telle distinction revient pratiquement à nier le droit. Pour que celui-ci ait un sens, la méthode admise pour l'identifier doit être toujours la même; une compréhension commune et générale est précisément ce à quoi la Commission peut espérer aboutir. Contrairement à ce qu'a dit M. Murase de l'approche retenue par la Cour internationale de Justice, Sir Michael ne pense pas que les tribunaux qui ont à déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier s'estiment tenus de s'appuyer uniquement sur l'argumentation d'une partie, ni même des deux parties, en litige. Ils ont plutôt une théorie sur ce qu'est le droit international coutumier et sur les modalités de sa formation, théorie qu'ils appliquent indépendamment des affirmations des parties. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu en l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, le juge Abraham semble également écarter l'approche «intersubjective».

5. Il y a eu un large accord sur le fait que le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet devait avoir un caractère pratique. L'objectif est de donner des orientations à toutes les personnes, notamment aux non-spécialistes du droit international public, qui auraient à déterminer si une règle donnée existe ou non en droit international coutumier. Il n'appartient pas à la Commission de résoudre des controverses théoriques sur le fondement du droit coutumier ni sur les différentes approches existant

dans la doctrine quant à sa formation et à son identification; comme l'a souligné M. Hmoud, c'est la pratique et non la théorie qui est au cœur du sujet. Dans un premier stade au moins, il s'agit principalement de s'enquérir de la pratique effective des cours et des tribunaux, ainsi que des États, et à cet égard Sir Michael convient avec M. Petrič et M. Kamto, ainsi que d'autres membres, qu'il importe de prendre en considération la pratique d'États représentant tous les principaux systèmes juridiques du monde, dans toutes les régions. En même temps, comme l'ont souligné M. McRae et d'autres membres, pour que le résultat pratique des travaux soit considéré comme faisant autorité, au moins dans une certaine mesure, il doit être fondé sur une étude détaillée et approfondie, englobant également les fondements théoriques du sujet.

6. Il a été largement admis que le résultat final des travaux devait prendre la forme d'une série de propositions, conclusions ou directives. La Commission ne va pas élaborer une «convention de Vienne» sur le droit international coutumier; elle ne devrait donc pas être exagérément prescriptive. Comme nombre d'orateurs l'ont souligné, une des caractéristiques essentielles du droit international coutumier – et l'un de ses avantages – est la souplesse de son processus de formation. Sir Michael ne rejoint toutefois pas le membre qui a estimé que l'ambiguïté était inhérente au droit international coutumier, affirmation qui semblait viser le fond du droit comme le processus de son identification. Pour lui, l'ambiguïté des règles de droit international n'est pas un avantage en soi; elle ne permet pas d'assurer la primauté du droit dans les affaires internationales. La souplesse inhérente à la formation du droit coutumier ne doit pas aboutir à une ambiguïté quant au fond. Même s'il a été souligné que la manière d'appréhender le droit international coutumier peut évoluer avec le temps, l'objectif est d'expliquer le processus actuel et, comme l'a dit M. Murphy, de contribuer à clarifier les règles existantes en matière de formation et d'identification du droit international, et non d'en formuler de nouvelles.

7. De nombreux membres ont approuvé les considérations du Rapporteur spécial relatives au champ du sujet aux paragraphes 20 à 22 de sa note, et la proposition d'uniformiser la terminologie et d'élaborer un lexique dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies a recueilli un large soutien. La question de savoir si la Commission doit ouvrir ce que M. Park a appelé la boîte de Pandore du *ius cogens* a fait débat. La plupart des membres – mais pas la totalité – semblaient d'avis qu'il ne fallait pas aborder le *ius cogens* d'emblée, bien qu'il puisse être nécessaire de s'y référer au moment d'examiner certains aspects du sujet. Cette question pouvait être réexaminée à mesure que les travaux se poursuivraient.

8. Nombre de propositions ont été faites concernant les points à examiner dans le cadre des travaux sur le sujet. Il a ainsi été suggéré d'étudier, notamment: les origines de l'Article 38, paragraphe 1 *b*, du Statut de la Cour internationale de Justice (ou plutôt la disposition correspondante dans le Statut de la Cour permanente de justice internationale) et la manière dont cette disposition est interprétée par les tribunaux; les relations entre la coutume et les traités, y compris l'influence des traités largement ratifiés bien que non universels (à cet égard,

l'article 38 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales est particulièrement pertinent); les relations entre la coutume et les principes généraux du droit; la distinction entre le droit international coutumier et le droit international général; la question de la coutume régionale; l'effet des résolutions adoptées par des organisations internationales; le rôle de la pratique de sujets de droit international autres que les États, en particulier d'organisations internationales comme l'Union européenne; les relations entre «droit souple» et coutume; la mesure dans laquelle les approches peuvent différer selon les divers domaines du droit; l'importance à accorder ou non à une pratique hétérogène; la pertinence de l'acquiescement, du silence et de l'abstention; et les notions d'«États particulièrement intéressés» et d'«objecteur persistant».

9. Pour ce qui est des observations relatives à l'utilisation des mots «formation» et «identification» dans l'intitulé du sujet, y compris de la traduction du mot *evidence* dans les autres langues, Sir Michael dit que, quelle que soit la terminologie employée, le sujet doit couvrir à la fois la méthode d'identification de l'existence d'une règle de droit international coutumier – par exemple, la pratique des États et l'*opinio juris sive necessitatis* – et les types d'information qui pourraient servir de matière première pour procéder à l'analyse du droit international coutumier, ainsi que les sources de cette information. Il importe de trouver le bon titre, c'est-à-dire celui qui exprime le mieux l'angle sous lequel la Commission va aborder le sujet.

10. Sir Michael croit comprendre que, pour M. Forteau et d'autres membres, la principale question à traiter dans le cadre du sujet est celle de la méthode à suivre pour identifier les règles existantes du droit international coutumier. Il partage cet avis. Le terme «identification» aurait peut-être été préférable dans le titre anglais, et il n'est pas contre l'idée de modifier ce titre à un stade ultérieur. En même temps, Sir Michael rejoint ceux qui ont jugé utile d'avoir retenu le terme «formation»: pour se prononcer sur l'existence de ce qui est présenté comme une règle émergente, il peut tout à fait être nécessaire d'étudier les modalités de formation des règles coutumières en droit international. Comme l'ont souligné certains membres, ces deux aspects ne peuvent être totalement dissociés.

11. M. Hassouna a pensé que la Commission souhaiterait peut-être réexaminer l'étude préparatoire de 1949 établie conformément à l'article 24 de son statut sur les «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier»³³⁹, qui sert toujours de base à d'importantes activités en cours. Répondant à une question de M^{me} Escobar Hernández sur le paragraphe 16 de sa note, Sir Michael explique que celui-ci s'adresse à ceux qui semblent contester le caractère contraignant du droit international coutumier. Concernant le paragraphe 18, les mots «efforts de codification engagés par les organisations non gouvernementales» désignent les travaux de

³³⁹ Document A/CN.4/6 et Corr.1, document reprographié, disponible en anglais et en français sur le site Web de la Commission ou dans *Yearbook of the International Law Commission 1949* (anglais seulement).

l'Association de droit international³⁴⁰ ainsi que tous les autres efforts collectifs de nature non gouvernementale, notamment les travaux du CICR³⁴¹ et de l'Institut de droit international³⁴².

12. Sir Michael partage les vues des membres qui ont estimé important de s'appuyer sur les écrits d'un éventail d'auteurs aussi large que possible dans différentes langues, et attend avec intérêt les contributions de membres de la Commission et, le cas échéant, d'organisations avec lesquelles la Commission entretient des liens étroits.

13. Il y a eu un large accord sur la proposition de calendrier des travaux pour le quinquennat en cours, calendrier purement indicatif et susceptible d'être modifié. Les rapports prévus pour 2014 et 2015 pourraient se révéler trop ambitieux, mais, compte tenu des liens entre la pratique des États et l'*opinio juris*, il importe d'examiner ces deux éléments en même temps. Le Rapporteur spécial tiendra compte de l'observation de M^{me} Escobar Hernández selon laquelle les États devraient avoir la possibilité de faire des commentaires sur la totalité des conclusions ou des directives avant que celles-ci ne soient adoptées. Il serait utile, malgré les doutes exprimés par M. McRae, que la Commission demande aux États des renseignements concernant leur pratique auxquels il est difficile d'accéder. Plusieurs membres ont souligné à juste titre que la Commission ne devait pas s'appuyer uniquement sur la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, et qu'elle devait accorder une attention particulière à la pratique des États, y compris celle de tous leurs organes. Sir Michael a pris bonne note des observations de M^{me} Jacobsson et de M. Gevorgian concernant la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du premier alinéa du paragraphe 27 et propose de simplifier la demande de renseignements aux États pour qu'elle se lise comme suit : « La Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans : a) des déclarations officielles devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales ; et b) des décisions de juridictions nationales, régionales et sous-régionales. » Sir Michael espère que la Commission voudra bien charger le Secrétariat d'élaborer, si possible

³⁴⁰ « London statement of principles applicable to the formation of general customary international law » (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général) : Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international : voir le *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39 (disponible sur le site Web de l'Association de droit international, www.ila-hq.org). Voir, pour le débat en séance plénière, *ibid.*, p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite *ibid.*, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (Général), tenue en 2000, *ibid.*, p. 778 à 790. Les six rapports intérimaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

³⁴¹ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I (Règles), traduit par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (Practice), anglais seulement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

³⁴² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62, t. II (session du Caire, 1987), résolution et conclusions de la treizième commission sur « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative », p. 71.

en temps voulu pour la soixante-cinquième session, une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour le sujet.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre³⁴³ (*aut dedere aut judicare*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. D]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

14. M. KITTICHAISAREE [Président du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)] dit que le Groupe de travail a tenu cinq séances pour évaluer l'avancée des travaux sur le sujet et étudier diverses options possibles pour la suite. Le Groupe de travail s'est fondé sur quatre documents de travail non officiels établis par son président.

15. Certains membres souhaitaient avoir une idée plus claire des questions posées par le sujet pour aider la Commission à apporter une réponse appropriée. Il a été suggéré que la Commission jugerait peut-être utile d'harmoniser les régimes des traités multilatéraux énonçant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Quelques membres ont toutefois relevé que cette obligation jouait de manière très différente selon les régimes conventionnels de sorte que toute tentative d'harmonisation en dehors de ces cadres conventionnels n'avait pas de sens. Il n'était guère utile d'élaborer des projets d'article sur les dispositions existantes des traités multilatéraux.

16. Une deuxième possibilité serait d'étudier l'interprétation, l'application et la mise en œuvre des clauses énonçant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Certains membres ont toutefois fait valoir qu'il s'agissait de questions de fait que la Commission ne pouvait pas régler.

17. Une troisième possibilité serait de procéder à une étude et à une analyse systématiques de la pratique des États qui montrerait qu'une règle coutumière reflétant une obligation générale d'extrader ou de poursuivre était en train d'émerger ou que l'obligation d'extrader ou de poursuivre constituait un principe général du droit. Certains membres ont toutefois mis en doute l'utilité d'une telle entreprise, faisant observer que le projet d'article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³⁴⁴ adopté par la Commission à sa quarante-huitième session en 1996 prévoyait déjà une obligation d'extrader ou de poursuivre pour les crimes les plus

³⁴³ Entre 2006 et 2011, la Commission a examiné quatre rapports du Rapporteur spécial, M. Zdzislaw Galicki [*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/571 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/585 (deuxième rapport), *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/603 (troisième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/648 (quatrième rapport)]. La Commission a établi un groupe de travail à composition non limitée en 2009, sous la présidence de M. Alain Pellet, qui a défini un projet de cadre général pour l'examen du sujet [*Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 149, par. 204]. Le Groupe de travail a été reconstitué sous la présidence de M. Enrique Candioti à la soixante-deuxième session [*Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 199, par. 337 à 340] et sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree à la présente session.

³⁴⁴ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 32.

graves. Si la Commission souhaitait énoncer une obligation générale afin de viser un éventail de crimes plus large, elle devrait entreprendre un examen général du droit de l'extradition ainsi que de vastes questions liées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, domaines dans lesquels la pratique varie considérablement, ce qui susciterait des doutes quant à l'existence d'une telle obligation générale.

18. Certains membres ont reconnu que le principal obstacle aux progrès des travaux sur le sujet avait été l'absence de recherche fondamentale sur la question de savoir si l'obligation d'extrader ou de poursuivre était ou non devenue une règle coutumière. Ils ont fait observer que, lorsque la Commission avait élaboré le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'adoption des projets d'articles 8 et 9 avait constitué un développement progressif qui reposait davantage sur la nécessité d'établir un système efficace d'incrimination et de poursuites que sur une analyse de la pratique effective des États et de l'*opinio juris*. Il était entendu que l'inclusion de certains crimes dans le projet de code n'avait pas d'incidence sur le statut d'autres crimes en droit international et ne préjugait en rien des futurs développements dans cet important domaine. À cet égard, les membres en question ont suggéré qu'il pouvait être utile d'analyser l'évolution du droit depuis 1996.

19. Il y a eu consensus sur le fait qu'en général le sujet concernait l'obligation d'extrader ou de poursuivre et non les pratiques des États en matière d'extradition ni une obligation d'extrader, ou l'obligation de poursuivre, *per se*. Il y a aussi eu consensus quant au fait qu'aborder l'obligation d'extrader ou de poursuivre comme un principe général du droit international ne permettrait pas de faire progresser davantage les travaux sur le sujet que d'explorer la voie du droit international coutumier.

20. À propos de la relation entre le sujet et la compétence universelle, certains membres ont souligné qu'une analyse de la compétence universelle était inévitable compte tenu des liens étroits entre les deux. D'autres membres ont appelé l'attention sur les travaux relatifs au champ d'application et à la mise en œuvre du principe de la compétence universelle actuellement en cours à la Sixième Commission. Plusieurs membres ont proposé que la Commission entame l'analyse du rôle de la compétence universelle vis-à-vis de l'obligation d'extrader ou de poursuivre sans attendre que la Sixième Commission achève ses travaux sur la compétence universelle.

21. À propos du caractère réalisable du sujet, certains membres ont pris note de l'importance que les États attachaient aux travaux, considérant qu'ils étaient utiles non seulement d'un point de vue pratique parce qu'ils faciliteraient la résolution des problèmes rencontrés par les États dans la mise en œuvre de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, mais aussi parce que l'obligation jouait un rôle de coordination essentiel entre les systèmes nationaux et le système international dans l'architecture globale de la justice pénale internationale. À cet égard, certains membres ont proposé que la Commission, tenant compte à la fois du développement progressif et de la codification du droit, se concentre sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre telle qu'elle ressort, en particulier,

des traités multilatéraux. Ils ont proposé que cet effort porte, notamment, sur le champ d'application matériel et le contenu de l'obligation, sur le lien entre l'obligation et d'autres principes, sur les circonstances donnant naissance à l'obligation, sur la mise en œuvre de l'obligation et sur la relation entre l'obligation et la remise de l'auteur présumé de l'infraction à un tribunal pénal international compétent. D'autres membres ont toutefois souligné que la prudence était de mise, appelant l'attention sur le fait que la complexité du sujet justifiait de ne prendre aucune décision hâtive à propos de la désignation d'un nouveau rapporteur spécial, de la poursuite des travaux sur le sujet et, le cas échéant, de leurs modalités.

22. La pertinence des traités et du droit international coutumier pour l'examen du sujet a été soulignée. Plusieurs membres ont jugé prudent d'attendre que la Cour internationale de Justice rende son arrêt dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* avant d'adopter toute position définitive, puisque cet arrêt pouvait apporter des éclaircissements sur certaines questions posées.

23. Certains membres ont proposé que la Commission cesse ses travaux sur le sujet, estimant qu'elle n'était pas en mesure actuellement d'apporter une contribution appréciable dans ce domaine du droit. Ils estimaient que la Commission pouvait fournir des explications valables pour justifier la cessation de ses travaux.

24. Le 24 juillet 2012, le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire de l'arrêt de la Cour internationale de Justice susmentionné, reconnaissant qu'une analyse approfondie serait nécessaire pour en mesurer pleinement les conséquences pour le sujet. Il a demandé à son président de soumettre à la soixante-cinquième session de la Commission un document de travail qui examinerait les différentes analyses effectuées dans le cadre des travaux sur le sujet à la lumière de l'arrêt concerné ainsi que de toute nouvelle évolution et des observations qui auraient été faites au sein du Groupe de travail et à la Sixième Commission pendant la soixante-septième session de l'Assemblée générale. Sur la base des discussions qu'il aura eues pendant la soixante-cinquième session de la Commission, le Groupe de travail fera des propositions concrètes qu'il soumettra à la Commission pour examen. Il est envisagé, si la Commission décide de poursuivre ses travaux sur le sujet, de désigner un nouveau rapporteur spécial; si elle décide de mettre fin à ses travaux, elle devra expliquer sa décision.

Les traités dans le temps (*fin*^{*}) **[A/CN.4/650 et Add.1, sect. E]**

[Point 8 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE (*fin*^{})**

25. M. NOLTE (Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps) dit qu'en 2012 le Groupe d'étude a tenu huit réunions au total, les 9, 10, 15, 16 et 24 mai, ainsi que les 19, 25 et 26 juillet.

* Reprise des débats de la 3136^e séance.

** Reprise des débats de la 3135^e séance.

26. À la 3135^e séance de la Commission, M. Nolte a présenté un premier rapport oral sur certains aspects des travaux entrepris par le Groupe d'étude lors de ses cinq réunions de mai. Ces aspects concernaient principalement le cadre et les modalités des travaux futurs de la Commission sur le sujet. À cette occasion, il a expliqué que le Groupe d'étude préconisait la modification du cadre des travaux sur le sujet et la désignation d'un rapporteur spécial.

27. À sa 3136^e séance, la Commission a décidé de modifier le cadre de ses travaux sur le sujet à compter de sa soixante-cinquième session, comme l'avait proposé le Groupe d'étude, et a désigné M. Nolte Rapporteur spécial pour le sujet intitulé « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ».

28. M. Nolte dit que son rapport à la séance en cours couvrira certains aspects des travaux accomplis pendant la première partie de la session qu'il n'avait pas abordés dans son premier rapport oral, ainsi que le résultat des trois réunions tenues par le Groupe d'étude pendant la seconde partie de la session.

29. À la session en cours, le Groupe d'étude a examiné le troisième rapport du Président sur les accords et la pratique ultérieurs des États sans lien avec des procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles et a achevé l'examen de son deuxième rapport, consacré aux décisions rendues dans le cadre de certains régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs.

30. Le troisième rapport couvre diverses questions, parmi lesquelles : les formes, l'identification et l'interprétation des accords et de la pratique ultérieurs, et certaines questions d'ordre général liées, notamment, aux effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie (par exemple, pour préciser le sens d'une disposition conventionnelle ou confirmer le degré de pouvoir d'appréciation laissé aux parties par une disposition conventionnelle); la mesure dans laquelle un accord au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 doit exprimer l'opinion juridique des États parties concernant l'interprétation ou l'application du traité concerné, la pratique ultérieurement suivie en ce qu'elle peut faire apparaître un accord sur la non-application temporaire ou l'extension temporaire du champ d'application du traité ou exprimer un *modus vivendi*; la pratique bilatérale et régionale dans le cadre de traités avec un grand nombre de parties; la relation entre la pratique et les accords ultérieurs, d'une part, et les progrès techniques et scientifiques, d'autre part; le lien entre la pratique ultérieure des parties à un traité et la formation parallèle de règles du droit international coutumier; le rôle éventuel des accords et de la pratique ultérieurs s'agissant de la modification du traité et le rôle que la pratique et les accords ultérieurs peuvent exceptionnellement jouer dans l'extinction d'un traité. Le troisième rapport couvrirait également d'autres questions telles que l'influence des formes spécifiques de coopération sur l'interprétation de certains traités sur la base de la pratique ultérieurement suivie, et le rôle potentiel des conférences des États parties et des organes de suivi des traités dans l'émergence ou la consolidation des accords ou de la pratique ultérieurs. Dans le cadre de l'analyse de ces diverses questions, le troisième rapport fournit

des exemples d'accords et de pratique ultérieurs, évalue ces exemples et s'efforce de tirer certaines conclusions préliminaires.

31. Les débats du Groupe d'étude sur le troisième rapport ont été très riches. Au cours du débat, plusieurs membres ont évoqué la question générale du degré de certitude des projets de conclusion énoncés dans le troisième rapport. Certains membres ont estimé que nombre d'entre elles étaient rédigées en des termes plutôt généraux, d'autres membres qu'elles étaient trop catégoriques au regard des exemples présentés dans le rapport. À cet égard, quelques membres ont fait observer que la principale difficulté, pour les futurs travaux de la Commission sur le sujet, était de tenter d'élaborer des propositions ayant un contenu normatif suffisant, tout en préservant la souplesse inhérente au concept de pratique et d'accords ultérieurs.

32. S'agissant de la partie du rapport relative aux conférences des parties, un certain nombre de points ont été soulevés, notamment celui de déterminer dans quelle mesure ce type d'instances méritait un traitement spécial dans le cadre de l'examen du présent sujet; si l'expression « conférence des parties » renvoyait à une notion unique ou couvrait une diversité d'organes différents ayant pour trait commun le fait de ne pas être des organes d'organisations internationales; dans quelle mesure le fait de conférer ou non à une conférence des parties des pouvoirs décisionnels ou des pouvoirs d'examen avait une incidence sur leur contribution éventuelle à la formation d'accords ou de pratique ultérieurs; ainsi que la signification et la pertinence, dans le contexte existant, de procédures de consensus ou d'autres procédures de prise de décisions susceptibles d'être suivies par les conférences des parties.

33. Le Groupe d'étude a également examiné six conclusions générales supplémentaires proposées dans le deuxième rapport du Président sur les décisions rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs. Les débats ont porté sur les aspects suivants: la question de savoir si, pour servir de moyen d'interprétation, la pratique ultérieure devait refléter la position d'une ou de plusieurs parties concernant l'interprétation du traité; la mesure dans laquelle la pratique ultérieure devait être spécifique; le degré nécessaire de participation active à la pratique et la signification du silence de l'une ou de plusieurs parties au traité au sujet de la pratique de l'une ou de plusieurs autres parties; les effets possibles d'une pratique ultérieure contradictoire; la question d'une modification éventuelle du traité du fait de la pratique ultérieurement suivie et le lien entre la pratique ultérieurement suivie et les procédures formelles de modification ou d'interprétation.

34. À la lumière de ces débats au sein du Groupe d'étude, le Président a remanié le texte de ce qui est devenu six nouvelles conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude. Ces conclusions se lisent comme suit :

« 1) *La pratique ultérieure en tant que reflet d'une position concernant l'interprétation d'un traité*

« Pour être utilisée comme moyen d'interprétation, la pratique ultérieure doit refléter la position d'une ou

de plusieurs parties quant à l'interprétation d'un traité. Cependant, les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés n'exigent pas nécessairement que la pratique ultérieure reflète expressément une position quant à l'interprétation d'un traité, mais peuvent considérer que cette position est implicite dans la pratique.

«2) *Spécificité de la pratique ultérieure*

«En fonction du régime et de la règle en question, la spécificité de la pratique ultérieure est un facteur qui peut influencer la mesure dans laquelle elle est prise en compte par des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels. Il n'est donc pas nécessaire que la pratique ultérieure soit toujours spécifique.

«3) *Le degré de participation active à une pratique et la signification du silence*

«En fonction du régime et de la règle en question, le nombre des parties qui doivent activement contribuer à la pratique ultérieure pertinente peut varier. La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels qui s'appuient sur la pratique ultérieure ont reconnu que le silence de la part d'une ou de plusieurs parties peut, dans certaines circonstances, contribuer à la pratique ultérieure pertinente.

«4) *Effets d'une pratique ultérieure contradictoire*

«Une pratique ultérieure contradictoire peut avoir des effets différents selon le régime conventionnel multilatéral en question. Alors que l'Organe d'appel de l'OMC ne tient pas compte d'une pratique qui est contredite par la pratique d'une autre partie au traité, la Cour européenne des droits de l'homme, confrontée à une pratique non uniforme, a parfois estimé que la pratique de la «vaste majorité» ou un «quasi-consensus» des parties à la Convention européenne étaient déterminants.

«5) *Accord ultérieur ou pratique ultérieure et procédures formelles de modification ou d'interprétation*

«Il est arrivé que des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels reconnaissent que l'existence de procédures formelles de modification ou d'interprétation dans un régime conventionnel n'empêche pas le recours à l'accord ultérieur et à la pratique ultérieure comme moyen d'interprétation.

«6) *Pratique ultérieure et modification éventuelle d'un traité*

«S'agissant du recours à la pratique ultérieure pour interpréter un traité, l'Organe d'appel de l'OMC a exclu la possibilité que l'application d'un accord ultérieur puisse avoir pour effet de modifier des obligations conventionnelles existantes. La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal des différends irano-américains semblent avoir reconnu la possibilité que la pratique ultérieurement suivie ou un accord ultérieur puisse conduire à une modification des traités concernés.»

35. Le Groupe d'étude recommande d'inclure le texte de ces conclusions préliminaires du Président, tel que reformulé à la lumière des débats tenus au sein du Groupe d'étude, dans le chapitre du rapport de la Commission consacré au sujet intitulé «Les traités dans le temps» de la même façon que les neuf premières conclusions préliminaires ont été incorporées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)³⁴⁵. Il sera indiqué, dans le rapport de la Commission, que le Groupe d'étude a considéré que les conclusions de son président avaient un caractère préliminaire et qu'elles seraient revues et approfondies à la lumière des futurs rapports du Rapporteur spécial nouvellement désigné – notamment sur des aspects complémentaires du sujet – et des futurs débats de la Commission. La Commission ayant décidé de modifier le cadre futur de ses travaux sur le sujet, M. Nolte n'a pas proposé, dans son troisième rapport, de projets de conclusions remaniés à la lumière des débats du Groupe d'étude; il tiendra compte de ces débats lorsqu'il élaborera son rapport préliminaire en qualité de Rapporteur spécial. Ce rapport préliminaire sera la synthèse des trois premiers rapports soumis au Groupe d'étude.

36. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport oral du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps.

Il en est ainsi décidé.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (fin*) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G]

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE PLANIFICATION (A/CN.4/L.798)

37. M. NIEHAUS (Président du Groupe de planification), présentant le rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.798), dit que celui-ci a tenu quatre séances pour examiner: la section G (Autres décisions et conclusions de la Commission) du «Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session» (A/CN.4/650 et Add.1), la résolution 66/98 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, en particulier les paragraphes 22 à 28, la résolution 66/102 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, relative à l'état de droit aux niveaux national et international, et le chapitre XIII du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session³⁴⁶. Le rapport du Groupe de travail expose le résultat des délibérations. Le Groupe de travail a également décidé, toutefois, d'élaborer une section détaillée sur l'état de droit en réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale dans sa résolution 66/102. Si elles sont approuvées par la Commission, les recommandations du Groupe de planification seront incorporées dans le rapport de la Commission sur les

³⁴⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 174 et suiv., par. 344.

* Reprise des débats de la 3150^e séance.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 180 et suiv., par. 363 à 412.

travaux de sa soixante-quatrième session, au chapitre intitulé «Autres décisions et conclusions de la Commission».

38. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le rapport du Groupe de planification publié sous la cote A/CN.4/L.798, paragraphe par paragraphe.

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

1. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME

Paragraphe 3

39. Sir Michael WOOD indique que la deuxième phrase a été supprimée parce que le Groupe de planification soumettra probablement des rapports tout au long du quinquennat.

40. M. NIEHAUS (Président du Groupe de planification) confirme que c'est bien le cas.

Le paragraphe 3, tel que modifié oralement, est adopté.

2. PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA COMMISSION POUR LE RESTE DU QUINQUENNAT

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

3. EXAMEN DE LA RÉSOLUTION 66/102 DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, EN DATE DU 9 DÉCEMBRE 2011, RELATIVE À L'ÉTAT DE DROIT AUX NIVEAUX NATIONAL ET INTERNATIONAL

Paragraphe 5 à 11

41. M. NOLTE dit qu'il croit comprendre que le paragraphe 10 a été supprimé.

42. M. NIEHAUS (Président du Groupe de planification) dit que M. Nolte a tout à fait raison.

43. M^{me} JACOBSSON dit que le paragraphe 8 semble tronqué dans la mesure où il n'indique pas qui étaient les participants à la réunion de haut niveau. Elle propose que le secrétariat complète ce paragraphe.

Les paragraphes 5 à 11, tels que modifiés oralement et avec la modification proposée par M^{me} Jacobsson, sont adoptés.

4. HONORAIRES

Paragraphe 12

44. M. CANDIOTI dit que les mots «le Groupe de planification» devraient être remplacés par «la Commission».

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

5. DOCUMENTATION ET PUBLICATIONS

Paragraphe 13 à 15

45. Sir Michael WOOD dit que la Commission bénéficie grandement du travail de certaines branches du Secrétariat.

En particulier, c'est grâce à l'important travail accompli par la Section de l'édition et de la correction des publications à Genève que des progrès rapides ont été accomplis dans la publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international*. Le traitement des documents de la Commission à Genève et à New York s'est révélé extrêmement efficace pendant la session en cours, malgré les difficultés soulevées par la soumission tardive de certains rapports. Enfin et surtout, la Bibliothèque de Genève a apporté une aide précieuse aux membres de la Commission. On pourrait donc ajouter trois nouveaux paragraphes dans la section relative à la documentation et aux publications. Ces paragraphes se liraient comme suit :

«16. La Commission salue les progrès accomplis sur la voie de la résorption de l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international*. Elle félicite la Section de l'édition et de la correction des publications pour ses efforts et l'encouragement à poursuivre sa précieuse contribution à l'établissement de cette importante publication.

«17. La Commission exprime sa gratitude à tous les services intervenant dans le processus des documents, à Genève comme à New York, pour leur traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés, qui contribue au bon déroulement des travaux de la Commission.

«18. La Commission tient à exprimer sa gratitude à la Bibliothèque de Genève, pour l'aide qu'elle apporte avec autant d'efficacité que de compétence à ses membres.»

46. M. NIEHAUS (Président du Groupe de planification) dit qu'il est favorable à l'inclusion des paragraphes supplémentaires proposés par Sir Michael.

47. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'il faudrait modifier la référence à la «Bibliothèque de Genève» pour indiquer clairement qu'il s'agit en réalité de la Bibliothèque du Palais des Nations et non d'une bibliothèque municipale.

Les paragraphes 13 à 15, ainsi modifiés, sont adoptés.

6. FONDS D'AFFECTATION SPÉCIALE POUR RÉSORBER L'ARRIÉRÉ DE PUBLICATION DE L'ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

7. AIDE DE LA DIVISION DE LA CODIFICATION

Paragraphe 17

48. M. CANDIOTI dit qu'il faudrait remplacer les mots «Groupe de planification» par «Commission» dans la première phrase puisque c'est elle et non le Groupe de planification qui remercie la Division de la codification.

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

8. SITES WEB

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

B. Dates et lieu de la soixante-cinquième session de la Commission

Paragraphe 19

*Le paragraphe 19 est adopté.**Le rapport du Groupe de planification publié sous la cote A/CN.4/L.798, tel que modifié, est adopté dans son ensemble.***Protection des personnes en cas de catastrophe (fin*)
[A/CN.4/650 et Add.1, sect. C, A/CN.4/652 et A/CN.4/L.812]**

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

49. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction a provisoirement adopté cinq projets d'article – à savoir les projets d'articles 5 *bis*, 12, 13, 14 et 15 – lors de cinq séances tenues du 5 au 11 juillet 2012. Pendant la session, le Comité de rédaction était également saisi d'une proposition relative au projet d'article 12 que le Rapporteur spécial avait formulée dans son quatrième rapport³⁴⁷, en 2011, et que le Comité n'avait pas eu le temps d'examiner. Le Comité de rédaction était également saisi des projets d'articles A, 13 et 14, proposés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/652) et renvoyés au Comité de rédaction à la 3142^e séance. M. Hmoud tient à rendre hommage au Rapporteur spécial, dont l'approche constructive et les indications patientes ont une fois de plus grandement facilité la tâche du Comité de rédaction. Il voudrait aussi remercier les autres membres de la Commission de leur participation active et de leurs importantes contributions, ainsi que le Secrétariat de son aide précieuse.

50. Les cinq projets d'article adoptés à titre provisoire figurant dans le document A/CN.4/L.812 se lisent comme suit :

« Article 5 bis. Formes de coopération »

« Aux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours internationales et des communications et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours et de compétences scientifiques, médicales et techniques.

« Article 12. Offres d'assistance »

« Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté pour faire face à une catastrophe. Les organisations non gouvernementales pertinentes peuvent aussi offrir leur assistance à l'État affecté.

« Article 13. Conditions de fourniture de l'assistance extérieure »

« L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions

doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles internationales applicables et au droit interne de l'État affecté. Ces conditions doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes affectées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État affecté doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

« Article 14. Facilitation de l'assistance extérieure »

« 1. L'État affecté prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit interne, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier :

« a) Le personnel de secours civil et militaire, dans des domaines comme les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation ; et

« b) Les biens et l'équipement, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.

« 2. L'État affecté s'assure que sa législation et sa réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

« Article 15. Cessation de l'assistance extérieure »

« L'État affecté et l'État qui lui prête assistance, et si nécessaire les autres acteurs qui lui prêtent assistance, se consultent au sujet de la cessation de l'assistance extérieure et de ses modalités. L'État affecté, l'État qui lui prête assistance, ou les autres acteurs qui lui prêtent assistance qui souhaitent cesser cette activité le notifient de manière appropriée. »

51. Le projet d'article 5 *bis* est intitulé « Formes de coopération » car le Comité de rédaction a estimé que cet intitulé reflétait mieux son contenu. Énumérant les diverses formes de coopération prévues par le projet d'articles, il vise à compléter le projet d'article 5, relatif à l'obligation de coopérer en général, sans créer d'obligations juridiques supplémentaires. Le Comité de rédaction s'est appuyé sur la proposition de projet d'article A que le Rapporteur spécial formulait dans son cinquième rapport. Ce projet d'article avait lui-même été établi sur le modèle du paragraphe 4 de l'article 17 des articles sur le droit des aquifères transfrontières adoptés par la Commission à sa soixantième session, relatif à la coopération dans les « situations d'urgence »³⁴⁸, notion proche de celle de catastrophe. Le Comité de rédaction a décidé de supprimer la première phrase du texte initialement proposé par le Rapporteur spécial car elle faisait double emploi avec le projet d'article 5. Le Comité de rédaction est parti du principe que cette disposition devait toutefois être lue à la lumière du projet d'article 5 et que, de ce fait, l'élément de réciprocité implicite dans l'obligation de coopérer lui était également applicable.

* Reprise des débats de la 3142^e séance.

³⁴⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643.

³⁴⁸ Résolution 63/124 du 11 décembre 2008 de l'Assemblée générale, annexe. Le projet d'article 17 et le commentaire y relatif sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 45 à 47.

52. Le Comité de rédaction s'est donc employé à affiner le libellé du reste du texte, qui correspond à la seconde phrase de la proposition initiale du Rapporteur spécial. Il a également décidé d'inclure une référence expresse au but de la coopération envisagée, à savoir la protection des personnes affectées par une catastrophe, de façon à expliquer l'objectif du projet d'article. Il l'a fait en insérant la formule introductive «Aux fins du présent projet d'articles», reliant ainsi cette disposition avec, notamment, le projet d'article 2 qui énonce l'objet de l'ensemble du projet d'articles.

53. La proposition initiale du Rapporteur spécial énonçait ce que les États sont tenus de faire en vertu de l'obligation de coopérer établie au projet d'article 5. Sur la base des suggestions faites lors du débat en séance plénière, cette disposition a été formulée en des termes plus descriptifs pour préciser les formes d'assistance visées au projet d'article 5. Ainsi, le membre de phrase «Les États et les autres acteurs [...] fournissent» a été supprimé.

54. Pour ce qui est des formes spécifiques d'aide humanitaire énumérées dans la disposition, le Comité de rédaction a décidé de mieux adapter la formulation au contexte des catastrophes en insérant la référence à l'aide humanitaire, qui figure à la fin du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, au début du projet d'article 5 *bis* puisque c'est la forme de coopération la plus importante pour faire face à une catastrophe. Une référence aux compétences médicales a également été ajoutée. Le Comité de rédaction a décidé de conserver la référence à la coopération scientifique, forme de coopération importante, et d'utiliser en anglais, à la fin de la disposition, le terme *resources* qui a une signification plus large que le terme *expertise* employé par le Rapporteur spécial dans le texte initial. Les mots «inclut notamment» indiquent que cette liste n'est pas exhaustive. Il est également entendu que ces formes de coopération ne préjugent en rien de toute décision que la Commission pourrait prendre quand elle étudiera la question de la prévention des catastrophes et de la réduction des risques.

55. Le Comité de rédaction a décidé d'insérer le projet d'article 5 *bis* immédiatement après le projet d'article 5, compte tenu des liens entre ces deux dispositions, sans exclure la possibilité de l'incorporer dans le projet d'article 5 lui-même en seconde lecture, à titre de second paragraphe.

56. Le projet d'article 12 s'intitule «Offres d'assistance». Le titre de la version précédente proposée par le Rapporteur spécial parlait de «droit», mais le Comité de rédaction a supprimé ce terme étant donné qu'il avait décidé de ne pas l'utiliser pour les organisations non gouvernementales.

57. Le Comité de rédaction s'est appuyé sur le texte proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport. Il a décidé, à la lumière du débat tenu en séance plénière sur ce texte, d'opérer une distinction entre la situation des États et des organisations internationales compétentes, d'une part, et celle des organisations non gouvernementales, d'autre part. Il l'a fait en scindant la version initiale en deux phrases et en adoptant un point de vue différent dans chacune d'elles.

58. La première phrase a trait à la situation des États, de l'Organisation des Nations Unies et des autres organisations intergouvernementales compétentes. Le Comité de rédaction a estimé que la plupart des réponses des États à la question posée par la Commission dans son rapport de 2011, ainsi que les vues exprimées en séance plénière, montraient clairement qu'il n'existait actuellement, pour les États, aucune obligation juridique de fournir une assistance aux États affectés. Il est en outre difficile de se référer à l'action des organisations internationales en termes d'obligations car ces organisations agissent en fonction de leurs mandats et de leurs compétences respectifs. Pour que cela soit bien clair, le Comité de rédaction a supprimé le verbe *shall* dans le texte anglais initialement proposé par le Rapporteur spécial.

59. Le Comité de rédaction a donc décidé de suivre l'approche retenue par le Rapporteur spécial dans sa proposition, axée sur le droit des États et des organisations internationales d'«offrir» une assistance, droit qui ne devrait pas a priori être considéré comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'État affecté. Pour le Comité de rédaction, la principale difficulté était de trouver le meilleur libellé possible, autrement dit de déterminer s'il fallait utiliser les mots «droit d'offrir» ou une autre formulation telle que «peuvent offrir» (*can* ou *may* en anglais). Plusieurs membres du Comité de rédaction ont exprimé leur préférence pour la première option et le Comité s'est finalement mis d'accord sur le membre de phrase «ont le droit d'offrir leur assistance». Il s'agissait d'indiquer où mettre l'accent: même si pour la majorité des membres du Comité, les États n'étaient pas tenus d'offrir leur assistance, ils devaient par principe être encouragés à le faire. Le Comité de rédaction a estimé que les mots «ont le droit d'offrir» indiquaient aux États et aux organisations internationales compétentes qu'ils avaient non seulement la possibilité d'offrir leur assistance, mais qu'ils étaient même encouragés à le faire.

60. M. Hmoud voudrait signaler qu'une minorité de membres du Comité de rédaction a exprimé des doutes quant à l'utilisation des mots «ont le droit de», préférant la formule plus classique «peuvent» (*can* ou *may* en anglais). Pour eux, la nuance que l'on cherchait à introduire en distinguant «avoir le droit de» de «pouvoir» ne correspondait pas à la véritable signification de ces mots et risquait même de conduire à des interprétations erronées, y compris du verbe «pouvoir» dans d'autres projets d'article.

61. Le Comité de rédaction a décidé d'utiliser le verbe «peuvent» dans la seconde phrase pour souligner la situation distincte des organisations non gouvernementales qui, sans être sur le même plan que les États et les organisations internationales, sont néanmoins libres d'offrir leur assistance à l'État affecté. Le Comité était réticent quant à l'idée de reconnaître un «droit» des organisations non gouvernementales d'offrir leur assistance car leurs activités sont régies par le droit interne, qui peut soumettre de telles offres à des restrictions. Le Comité a envisagé d'indiquer explicitement ce point dans le projet d'article lui-même mais a finalement décidé de l'expliquer dans le commentaire.

62. Le projet d'article 13, intitulé «Conditions de fourniture de l'assistance extérieure», traite des conditions

que peuvent poser les États affectés à la fourniture de l'assistance extérieure. En réponse aux suggestions faites lors du débat en séance plénière, incitant le Comité de rédaction à envisager d'étoffer le projet d'article 13 proposé par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport, le Comité s'est appuyé sur une proposition révisée du Rapporteur spécial consistant en deux projets d'article. Le second projet d'article a été adopté en tant que nouveau projet d'article 14, dont M. Hmoud parlera ensuite.

63. Le projet d'article 13 est composé de quatre phrases. La première énonce la règle élémentaire selon laquelle l'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. Le Comité de rédaction a examiné une proposition tendant à supprimer l'adjectif «extérieure» mais a finalement décidé de le conserver parce que la disposition couvre uniquement l'assistance offerte par des États tiers ou d'autres acteurs, comme les organisations internationales, et non celle offerte par des entités internes. Une version antérieure évoquait les conditions «imposées» à la fourniture d'une assistance, mais le Comité de rédaction a choisi la formulation «peut poser des conditions à la fourniture» car elle correspondait mieux au caractère volontaire de cette assistance tout en reconnaissant à l'État affecté le droit de poser non seulement des conditions générales avant la survenance d'une catastrophe, mais aussi des conditions relatives aux offres d'assistance précises émanant d'acteurs donnés pendant la phase d'intervention.

64. La deuxième phrase désigne le cadre juridique au regard duquel l'acceptabilité des conditions posées est appréciée, à savoir le projet d'articles, d'autres règles de droit international applicables et le droit interne de l'État affecté. Le commentaire expliquera que la référence au droit interne ne signifie pas qu'une législation nationale doit absolument exister. Même s'il peut arriver que le droit interne en la matière soit inexistant ou lacunaire, le Comité de rédaction est parti du principe que la plupart des États avaient certains éléments de législation applicables, ne serait-ce qu'indirectement, au contexte particulier de la réaction en cas de catastrophe.

65. La troisième phrase énonce une exigence essentielle: les conditions posées doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes affectées par les catastrophes, ainsi que la qualité de l'assistance. Les mots «prendre en compte» montrent que les conditions relatives aux besoins identifiés et à la qualité de l'assistance ne sont pas les seules que les États peuvent poser à la fourniture de l'assistance extérieure. L'adjectif «identifiés» doit être compris comme impliquant une obligation de justifier les besoins; n'importe quelle affirmation à ce sujet ne suffit pas, les besoins des personnes touchées par la catastrophe doivent être régulièrement identifiés et justifiés au regard des capacités de l'État affecté, au fur et à mesure que l'ampleur et les conséquences de la catastrophe se révèlent.

66. La dernière phrase impose à l'État affecté qui poserait des conditions l'obligation d'indiquer la portée et le type de l'assistance requise. Le Comité de rédaction s'est également penché sur une proposition tendant à déplacer la dernière phrase dans le projet d'article 10, mais il a décidé d'en reporter l'examen à la seconde lecture.

67. Le projet d'article 14, intitulé «Facilitation de l'assistance extérieure», a également son origine dans le projet d'article 13 proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction s'est appuyé sur une proposition révisée du Rapporteur spécial consistant en deux nouveaux projets d'article; le second est devenu le projet d'article 14 soumis à la Commission.

68. Dans la version initiale proposée par le Rapporteur spécial, le respect du droit interne était considéré comme une condition spécifique. Le Comité de rédaction a toutefois décidé de modifier cette disposition et d'aborder la question sous l'angle de la facilitation de l'assistance. Autrement dit, alors qu'il était question dans le texte initial de dérogations ou d'exceptions au droit interne, il est désormais plus directement question d'appliquer le droit interne pour faciliter l'assistance.

69. Au paragraphe 1, le membre de phrase «prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national» renvoie notamment aux mesures législatives, exécutives et administratives, qui peuvent comprendre les mesures prises en application de la législation d'exception. Il peut également renvoyer aux mesures pratiques, non juridiques, visant à faciliter l'assistance. La proposition initiale évoquait la possibilité que l'État affecté déroge à son droit national, ce qui a été jugé problématique par certains membres du Comité de rédaction pour lesquels cela risquait d'être interprété comme envisageant le contournement par les États de leurs règles internes. Cette proposition posait également un problème car la possibilité de déroger aux règles internes pouvait être limitée par la Constitution. De plus, la dérogation au droit national ne couvrirait pas d'autres scénarios, telle que l'extension du champ des privilèges et immunités. La possibilité que l'État déroge aux lois ou aux règlements internes ou en suspende l'application pour faciliter la fourniture rapide et efficace de l'assistance extérieure était de toute façon couverte par la notion de «mesures nécessaires».

70. Des exemples de deux domaines d'assistance particulièrement pertinents sont énumérés aux alinéas *a* et *b*. Les mots «en particulier» ont été ajoutés pour indiquer que ces énumérations ne sont pas exhaustives. L'alinéa *a*, qui concerne le personnel, fait mention du personnel militaire en reconnaissance de son rôle dans les interventions en cas de catastrophe de grande ampleur. L'alinéa *b* est consacré aux biens et à l'équipement. Le commentaire donnera davantage de précisions sur ces deux catégories ainsi que sur l'utilisation de chiens de recherche.

71. Le paragraphe 2 souligne l'obligation de l'État affecté de faciliter le respect de son droit national en s'assurant que sa législation et sa réglementation pertinentes sont facilement accessibles. Cette obligation a été libellée en des termes suffisamment souples pour ne pas imposer une charge trop lourde à l'État affecté. Le membre de phrase «aux fins de faciliter le respect du droit national» introduit un élément de conditionnalité, objet du projet d'article 13, dans le contexte des exigences découlant du droit interne de l'État affecté.

72. Le projet d'article 15, intitulé «Cessation de l'assistance extérieure», a son origine dans le projet d'article 14 proposé par le Rapporteur spécial dans son cinquième

rapport. Le Comité de rédaction a travaillé à partir d'une version modifiée établie par le Rapporteur spécial, qui tenait compte des vues exprimées lors du débat en séance plénière et insistait moins sur la question de la cessation de l'assistance extérieure que sur la durée de l'assistance extérieure, laquelle, par définition, avait donc une fin. Le Comité de rédaction a toutefois rapproché la disposition de la proposition initiale du Rapporteur spécial en mettant l'accent sur le moment où l'assistance extérieure prend fin.

73. Le projet d'article 15 comprend deux phrases. La première traite de l'obligation de l'État affecté, de l'État qui lui prête assistance et, si nécessaire, des autres acteurs qui lui prêtent assistance de se consulter au sujet de la cessation de l'assistance extérieure, y compris ses modalités. Par cette formulation, le Comité de rédaction cherchait à établir un équilibre entre la reconnaissance du droit de l'État affecté de faire cesser l'assistance extérieure reçue, droit inhérent à son rôle principal en matière de réaction en cas de catastrophe (conformément au paragraphe 2 du projet d'article 9), et la nécessité de ne pas préjuger de la position des différents acteurs, y compris des États qui ont prêté ou prêtent cette assistance.

74. Par conséquent, cette disposition n'a pas été libellée de façon à reconnaître à l'État affecté un droit unilatéral de mettre fin à l'assistance. Le Comité a préféré reconnaître que les États et les autres acteurs prêtant assistance pouvaient avoir eux-mêmes besoin de mettre fin à cette activité. Cette disposition préserve ainsi le droit de chacun des États et acteurs mentionnés de chercher à mettre fin à l'assistance fournie, étant entendu qu'il doit le faire en consultation avec les autres États ou acteurs, si nécessaire.

75. Le Comité de rédaction a décidé de conserver les mots «acteurs qui lui prêtent assistance», tirés d'instruments existants, pour désigner les organisations internationales et les organisations non gouvernementales, étant entendu que des définitions plus complètes seront données dans un article sur les termes employés qui sera élaboré ultérieurement. La disposition envisage un cas de figure bilatéral mais elle n'exclut pas le cas de l'assistance extérieure fournie par plusieurs États. Le terme «modalités» renvoie aux procédures à suivre pour mettre fin à l'assistance extérieure.

76. La seconde phrase énonce une obligation de notification à la charge de la partie qui souhaite mettre fin à l'assistance extérieure. Le Comité de rédaction l'a délibérément rédigée avec souplesse pour que la notification puisse avoir lieu à tout moment avant, pendant ou après le processus de consultation.

77. Ce projet d'article doit être lu à la lumière de l'ensemble du projet d'articles, compte tenu en particulier de son objet, énoncé au projet d'article 2, de manière que la cessation de l'assistance extérieure ne nuise pas aux personnes touchées par la catastrophe. En conclusion, M. Hmoud espère que la Commission voudra bien prendre note des projets d'article présentés.

78. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite prendre note des projets d'article figurant dans le document A/CN.4/L.812.

Il en est ainsi décidé.

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

Chapitre IV. Expulsion des étrangers (A/CN.4/L.802 et Add.1)

79. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre IV du projet de rapport, en commençant par la partie de ce chapitre figurant dans le document A/CN.4/L.802.

A. Introduction

Paragraphe 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 9 à 15

Les paragraphes 9 à 15 sont adoptés, sous réserve que les paragraphes 13 à 15 soient complétés par le Secrétariat.

C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture

1. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

80. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le fait que le titre de la sous-section 2 et le paragraphe 17 ont été accidentellement omis dans la version anglaise; ils seront ultérieurement insérés par le Secrétariat. Le Président croit comprendre que la Commission souhaite adopter la partie du chapitre IV figurant dans le document A/CN.4/L.802, dans son ensemble, sous réserve qu'elle soit complétée par le Secrétariat.

Il en est ainsi décidé.

81. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la partie du chapitre IV figurant dans le document A/CN.4/L.802/Add.1.

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS [A/CN.4/L.802/ADD.1]

Commentaire général

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Le commentaire général du projet d'articles est adopté.

PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Commentaire du projet d'article 1 (Champ d'application)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

82. M. MURPHY dit que le libellé du paragraphe ne lui pose pas de problème en l'état, mais qu'il omet de refléter un point de vue minoritaire exprimé par lui-même et d'autres membres de la Commission, à la fois en séance plénière et au Comité de rédaction, à savoir que le projet d'articles ne devrait pas couvrir les étrangers illégalement présents sur le territoire de l'État expulsant. En effet, la plupart des principaux traités multilatéraux traitant de l'expulsion ne le font pas. M. Murphy propose d'ajouter, à la fin du paragraphe, une phrase se lisant comme suit : « Certains membres de la Commission ont toutefois estimé que seuls les étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant devaient être couverts par ce projet d'articles, étant donné que les restrictions concernant l'expulsion prévues par la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Convention européenne d'établissement de 1955 et la Charte arabe des droits de l'homme adoptée par la Ligue des États arabes en 2004³⁴⁹ ne visent que ces étrangers. »

83. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M. Murphy n'est pas conforme à la procédure habituelle de la Commission. Si son point de vue est reflété dans le commentaire, ce devrait être par une phrase courte indiquant très clairement que l'avis exprimé est celui d'un seul membre de la Commission et non de plusieurs. Lors de l'adoption des commentaires des projets d'article, les membres devraient généralement s'abstenir de proposer ce que l'on pourrait qualifier de « commentaires dans le commentaire ».

84. M. PETRIČ dit que, dans sa première déclaration sur le sujet de l'expulsion des étrangers, plusieurs années auparavant, il avait exprimé sa préférence pour un traitement distinct de ces deux catégories d'étrangers, puisque les étrangers légalement présents sur le territoire d'un État expulsant bénéficient d'un degré élevé de protection qui approche celui conféré aux nationaux, alors que les étrangers illégalement présents sont dans une situation complètement différente. Son point de vue n'avait pas été favorablement accueilli et la majorité des membres avaient estimé que les deux catégories devaient être regroupées, mais, comme le même point est à présent soulevé par un nouveau membre, il faudrait indiquer dans le commentaire que deux membres de la Commission ont exprimé cet avis.

85. M. GEVORGIAN souscrit aux vues exprimées par M. Petrič et M. Murphy car elles coïncident avec la position qu'il avait lui-même exprimée lors du débat sur le projet d'articles. Il avait pris la parole sur ce point précis pour dire que s'il approuvait le contenu du projet d'articles, il n'était pas d'accord avec la définition du terme « étranger », estimant comme M. Petrič que les deux catégories d'étrangers devaient être traitées séparément. Il approuve donc l'idée d'ajouter une phrase dans le commentaire pour l'indiquer.

86. M. ŠTURMA (Rapporteur) propose que la Commission suspende l'examen du paragraphe afin que le

Rapporteur spécial, M. Murphy et tout autre membre de la Commission intéressé puissent se réunir en vue d'élaborer une formule acceptable pour le Rapporteur spécial et la majorité.

87. M. KAMTO (Rapporteur spécial) relève qu'alors que M. Gevorgian et M. Petrič se disent d'accord avec M. Murphy ce dernier considère que le projet d'articles ne devrait pas s'appliquer aux étrangers illégalement présents sur le territoire d'un État expulsant tandis que les premiers pensent que le projet d'articles devrait traiter chaque catégorie d'étrangers séparément. Il y a là deux raisonnements différents.

88. M. Kamto peut comprendre les raisons pour lesquelles le Rapporteur propose de suspendre l'examen du paragraphe, mais la Commission n'a pas coutume de procéder de la sorte. Il est disposé à ajouter une courte phrase indiquant qu'un membre a exprimé l'avis que les étrangers illégalement présents sur le territoire de l'État expulsant ne devraient pas relever du champ d'application du projet d'articles. Cela étant, rien dans les instruments juridiques énumérés dans le texte proposé par M. Murphy n'interdit d'inclure les étrangers illégalement présents sur le territoire d'un État expulsant dans le champ d'application d'un ensemble de projets d'articles généraux relatifs à l'expulsion des étrangers.

89. Le PRÉSIDENT dit que la Commission va suspendre l'examen du paragraphe 3 pour que les membres intéressés puissent rédiger une phrase brève qui sera ajoutée au paragraphe.

Paragraphe 4

90. M. NOLTE propose de supprimer l'adjectif « forcé » dans la deuxième phrase. En effet, vu que celle-ci concerne les diplomates, les agents consulaires et d'autres personnes qui ne sont généralement pas expulsées de force, la Commission peut s'abstenir d'employer cet adjectif sans modifier le sens. De surcroît, la notion d'expulsion ne recouvre pas uniquement l'expulsion forcée.

91. M. KAMTO (Rapporteur spécial) rappelle qu'au paragraphe 2 du projet d'article il est indiqué que le projet d'articles ne s'applique pas aux étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et immunités en vertu du droit international. Par conséquent, la force est le seul moyen d'exiger de ces étrangers qu'ils quittent le territoire de l'État expulsant – que l'expulsion soit ordonnée malgré leur immunité ou parce que celle-ci n'a pas été reconnue. Pour ce qui est des allées et venues normales de diplomates vers ou depuis un État étranger, il n'y a pas lieu d'envisager l'hypothèse de l'expulsion. Cela étant, si la Commission exclut l'expulsion de cette catégorie d'étrangers du champ d'application du projet d'articles, c'est nécessairement leur expulsion forcée qu'elle exclut.

92. M. NOLTE dit que le paragraphe 2 du projet d'article évoque le cas d'un diplomate déclaré *persona non grata* quittant le territoire sans être expulsé de force. La description de l'objet de cette disposition, au paragraphe 4 du commentaire, devrait englober l'ensemble de son champ d'application, qui n'est pas limité au départ forcé.

³⁴⁹ Reproduite dans le document CHR/NONE/2004/40/Rev.1.

93. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ propose que l'adjectif «forcé» (*forzosa* en espagnol) soit remplacé par «obligatoire» (*obligatoria* en espagnol) car, même lorsqu'il quitte volontairement un pays, un diplomate déclaré *persona non grata* se conforme à son obligation de le faire en vertu de cette décision.

94. M. ŠTURMA (Rapporteur) approuve la proposition de M^{me} Escobar Hernández. Pour répondre aux préoccupations de M. Nolte, une autre solution serait de remplacer l'adjectif «forcé» par «involontaire» qui n'exprime pas l'idée d'utilisation de la force.

95. Sir Michael WOOD propose de remplacer l'adjectif «forcé» par «obligatoire», qui n'exprime pas nécessairement l'idée de la force physique.

96. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que l'argument avancé par M. Nolte n'est pas convaincant parce que, dans tous les cas, un diplomate déclaré *persona non grata* est forcé de quitter le territoire et que l'adjectif «forcé», pris dans ce sens, ne signifie pas nécessairement qu'il y a utilisation de la force physique. L'emploi de l'adjectif «contraints», dans la version française, pourrait peut-être régler le problème.

97. M. HASSOUNA propose de traduire «contraint» en anglais par *compelled*.

98. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ propose les mots *obligada* ou *obligatoria* pour la version espagnole.

99. M. NOLTE propose de remplacer, dans la dernière phrase de la version anglaise, l'adjectif *constrained* par *compelled*.

Il en est ainsi décidé.

100. Sir Michael WOOD dit que la place des mots «ainsi que, le cas échéant, les membres de leur famille», dans la deuxième phrase, ne permet pas de savoir à quelle catégorie de personnes citées ils renvoient. Ces mots pourraient aussi désigner, selon les circonstances, d'autres fonctionnaires se trouvant sur le territoire d'un État étranger ou du personnel militaire. Sir Michael propose par conséquent que les mots en question soient déplacés à la fin de la deuxième phrase. Il propose par ailleurs de remplacer l'expression *posted abroad*, dans la version anglaise de la deuxième phrase, par l'expression *on mission* qui correspond mieux au français. Il propose également de supprimer le dernier membre de phrase – «et dont la présence sur ce territoire est réglementée par des accords spécifiques entre États concernés» – pour ne pas exclure, notamment, les visites entreprises par des fonctionnaires dans le cadre de missions spéciales qui ne sont pas couvertes par des accords spécifiques au sens formel du terme. Compte tenu de toutes les modifications proposées, la partie de la phrase venant après les mots «les fonctionnaires d'organisations internationales» pourrait se lire comme suit: «et d'autres fonctionnaires ou des militaires se trouvant en mission sur le territoire d'un État étranger ainsi que, le cas échéant, les membres de leur famille».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

101. Sir Michael WOOD propose de supprimer les mots «ne sont pas exclus du champ d'application du projet d'articles» dans la première phrase et d'ajouter à la fin de celle-ci les mots «relèvent du champ d'application du projet d'articles». Cela donnerait à cette phrase une connotation positive plutôt que négative.

102. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. GEVORGIAN et M. HMOUD, dit que, si la proposition de Sir Michael Wood était acceptée, il y aurait un décalage entre la version anglaise et les autres versions linguistiques car «relever de» et «ne pas être exclus de» sont deux choses différentes.

103. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) propose de conserver les mots «ne sont pas exclus du champ d'application du projet d'articles» mais de les déplacer à la fin de la phrase.

Il en est ainsi décidé.

104. M. MURPHY dit que, lors des débats tenus au Comité de rédaction, les membres ont estimé que les personnes qui avaient été déplacées à travers les frontières, et qui étaient donc des étrangers, étaient également couvertes par le projet d'articles. Il propose d'ajouter cette catégorie à la liste des personnes qui bénéficient d'une protection particulière en vertu du droit international.

105. M. KAMTO (Rapporteur spécial) ne se souvient pas que la question de l'ajout de cette catégorie de personnes déplacées ait été soulevée par le Comité de rédaction.

106. M. HMOUD (Président du Comité de rédaction) dit que M. Murphy a soulevé ce point mais qu'il n'y a pas eu accord, ni dans un sens, ni dans l'autre.

107. M. ŠTURMA dit que le libellé actuel montre bien que la liste des personnes qui bénéficient d'une protection spéciale en vertu du droit international n'est pas exhaustive.

108. M. MURPHY dit que, chaque année, des centaines de milliers, voire des millions, de personnes déplacées se retrouvent en dehors de leur pays d'origine. Il importe que la Commission décide si ces personnes doivent être couvertes par le projet d'articles. M. Murphy croit comprendre que la Commission avait conclu que ces personnes n'étaient pas exclues du champ d'application du projet d'articles. Si tel est bien le cas, il faudrait les mentionner expressément avec les autres catégories d'étrangers énumérées dans la première phrase.

109. M. GÓMEZ ROBLEDO dit que le point soulevé par M. Murphy mérite d'être examiné plus avant et propose donc, pour que les membres aient le temps de la réflexion, de suspendre l'examen du paragraphe 5 jusqu'à la séance plénière suivante.

110. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que l'adoption des commentaires ne doit pas être pour les membres l'occasion de revenir sur les propositions qu'ils ont faites en séance plénière ou au Comité de rédaction et qui n'ont pas été approuvées. Le Bureau devrait rappeler aux

membres que cela n'est pas conforme aux procédures de la Commission. Toutes les observations ayant fait l'objet d'une demande formelle d'inclusion dans les commentaires, au Comité de rédaction ou en séance plénière, ont été reflétées. M. Kamto ne peut accepter qu'on suspende l'examen de paragraphes du commentaire pour parvenir à un accord sur l'avis d'un membre de la Commission que le Rapporteur spécial n'a pas été officiellement prié de refléter dans les commentaires.

111. Pour ce qui est de la question posée, M. Kamto rappelle que c'est sur l'insistance de M. Murphy qu'il a accepté de réexaminer le libellé du projet d'article 2 pour y inclure les mots «ni la non-admission d'un étranger» alors que ce projet de texte avait déjà été provisoirement adopté par la Commission. Les étrangers qui franchissent les frontières en grand nombre pour une courte période ne devraient pas être inclus dans le champ d'application du projet d'articles. Le phénomène des étrangers déplacés évoqué par M. Murphy relève davantage du droit des réfugiés.

La séance est levée à 13 heures.

3153^e SÉANCE

Lundi 30 juillet 2012, à 15 heures

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (suite)

Chapitre IV. Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/L.802 et Add.1]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du document publié sous la cote A/CN.4/L.802/Add.1, qui contient le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-quatrième session.

C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (suite)

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (SUITE) [A/CN.4/L.802/ADD.1]

Commentaire du projet d'article 1 (Champ d'application) [suite]

Paragraphe 5 (suite)

2. M. GÓMEZ ROBLEDO, rappelant que M. Murphy a soulevé la question des personnes déplacées à la séance

précédente, dit qu'aucun instrument contraignant ne régleme la situation de ces personnes et que le seul document qu'il connaisse est une compilation établie par le représentant spécial du Secrétaire général, conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme³⁵⁰, qui n'a pas de valeur juridique supérieure à celle des résolutions de cette commission. Il fait valoir que les autres catégories de personnes énumérées au paragraphe 5 du commentaire (réfugiés, apatrides, travailleurs migrants et membres de leur famille) ont un statut juridique en droit international, ce qui n'est pas le cas des personnes déplacées, qui, par conséquent, ne devraient pas être mentionnées. Il lui semble entendu qu'il s'agirait ici de personnes déplacées hors de leur pays, même s'il pense que la Commission ne devrait pas non plus parler des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

3. M. MURPHY indique qu'il a eu le jour même une discussion informelle avec le Rapporteur spécial et que celui-ci a reconnu qu'il était opportun de mentionner les personnes déplacées dans le commentaire. En réponse à M. Gómez Robledo, il cite l'étude du Secrétariat³⁵¹, le deuxième rapport du Rapporteur spécial³⁵² et les résolutions dans lesquelles l'Assemblée générale a demandé au HCR d'étendre à ces personnes l'assistance humanitaire³⁵³. Il pense qu'il faut faire référence à ces personnes dans le commentaire même s'il est d'accord pour que ce soit ailleurs, par exemple dans le commentaire du projet d'article 2, ce qui conviendrait peut-être mieux à M. Gómez Robledo.

4. M. HASSOUNA pense aussi qu'il est important que les personnes déplacées, qui ont besoin aujourd'hui d'une protection et d'un statut spécial, comme l'Assemblée générale semble l'avoir reconnu, soient mentionnées dans le commentaire.

5. M. TLADI dit qu'il n'est pas opposé à ce que les «personnes déplacées» soient mentionnées dans le commentaire mais que cela dépend de ce que l'on entend par cette expression. S'il s'agit de non-nationaux, donc de personnes qui ont traversé la frontière, il est clair que le projet d'articles doit également les viser.

6. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que puisqu'il existe des résolutions de l'Assemblée générale les mentionnant, les personnes déplacées devraient être citées dans le commentaire comme le propose M. Murphy, à condition de préciser qu'il s'agit des personnes déplacées au sens de telle ou telle résolution.

7. M. MURPHY explique que sa proposition est d'insérer les mots «les personnes déplacées» au paragraphe 5, après «les apatrides», puis d'ajouter éventuellement une note de bas de page où seraient citées les résolutions dans lesquelles l'Assemblée générale a demandé au HCR d'étendre l'assistance humanitaire aux personnes déplacées.

³⁵⁰ Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe).

³⁵¹ A/CN.4/565 et Corr.1, document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission (à paraître ultérieurement comme additif à *l'Annuaire... 2006*), par. 160 à 162.

³⁵² *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

³⁵³ Voir, entre autres, la résolution 67/149 du 20 décembre 2012.

8. M. GÓMEZ ROBLEDO dit ne pas être opposé à la proposition de M. Murphy, à condition que les personnes déplacées soient mentionnées dans une phrase distincte car leur situation n'est pas réglementée par le droit international.

Paragraphe 3 (*fin*)

9. Le PRÉSIDENT, revenant sur le paragraphe 3 qui avait été laissé en suspens à la séance précédente, demande à M. Murphy s'il souhaite proposer l'addition d'une phrase.

10. M. MURPHY, précisant qu'il a consulté le Rapporteur spécial et d'autres membres dans l'intervalle, propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 3 : « Cependant, dans la mesure où les restrictions à l'expulsion prévues par les traités universels et régionaux pertinents ne visent que cette catégorie d'étrangers, certains membres étaient d'avis que les projets d'article en question devaient viser uniquement les étrangers légalement présents dans l'État expulsant. » La nouvelle phrase serait assortie d'une note de bas de page citant les traités pertinents.

11. M. KAMTO (Rapporteur spécial), appuyé par Sir Michael, dit qu'on ne peut pas parler de « certains membres » lorsqu'un seul membre est concerné. Il vaudrait mieux dire « l'opinion a été exprimée ».

La proposition de M. Murphy est retenue sous réserve de cette modification rédactionnelle.

Le paragraphe 3, tel que modifié, est adopté.

12. M. TLADI demande une clarification sur la place accordée aux opinions minoritaires dans les travaux de la Commission et sur la manière dont elles sont reflétées dans les commentaires.

13. M. CANDIOTI explique que les différentes opinions mentionnées en première lecture n'apparaissent plus en seconde lecture.

Commentaire du projet d'article 2 (Définitions)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

14. Sir Michael WOOD propose de modifier la fin de la première phrase, après les mots « des critères d'attribution prévus », pour qu'elle se lise comme suit : « au chapitre II de la première partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », et d'insérer une note de bas de page renvoyant à la résolution de l'Assemblée générale et à la partie de *l'Annuaire... 2001* où figurent les articles en question³⁵⁴.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

³⁵⁴ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

Paragraphe 4

15. Sir Michael WOOD dit que la note de bas de page, dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe 4, devrait renvoyer aux paragraphes 3 à 7 et non aux paragraphes 3 et 4 du commentaire.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

16. M. NOLTE, appuyé par M. TLADI, souhaite ajouter une phrase pour rendre compte du fait que la Commission a débattu de la possibilité de remplacer le terme *alien* (étranger) utilisé dans la version anglaise. Ce n'est certes pas nécessaire du point de vue juridique, mais il faudrait au moins dire que la Commission est consciente que ce terme peut avoir une connotation péjorative dans certains pays anglophones. Il y a eu, au fil des ans, une évolution de l'utilisation du terme que l'on ne peut ignorer.

17. M. FORTEAU dit que le terme *alien* est largement employé, et sans aucune connotation péjorative, dans la littérature juridique anglophone, notamment dans *l'Oppenheim's International Law*³⁵⁵. Il figure aussi depuis 1966 dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sans avoir jamais posé de difficulté dans la pratique du Comité des droits de l'homme chargé d'en surveiller l'application. Le risque est de soulever un problème qui n'existe pas, et cela pourrait même se retourner contre la Commission.

18. M. KAMTO (Rapporteur spécial), appuyé par M. CANDIOTI et M. SABOIA, rappelle que le terme *alien* figure dans le titre du sujet, arrêté depuis plus de quinze ans. Il est exclu de remettre en question ce titre, qui a d'ailleurs été proposé par un membre anglophone de la Commission, M. Addo. L'ajout proposé n'a pas sa place dans le commentaire s'il ne concerne qu'une seule langue. On pourrait envisager à la rigueur de préciser dans une note de bas de page qu'*alien* est pris ici au sens strictement juridique, comme le suggère Sir Michael. En sa qualité de Rapporteur spécial, M. Kamto estime cependant que les arguments juridiques militent contre cette proposition.

Le paragraphe 6 est adopté sans modification.

Paragraphe 7

19. Sir Michael WOOD propose de parler de « droits particuliers » plutôt que de « protection particulière », cette dernière expression étant utilisée dans les autres projets d'article pour les réfugiés, les apatrides et les travailleurs migrants.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 2, tel que modifié, est adopté.

³⁵⁵ R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e édition, Harlow, Longman, 1992.

Commentaire du projet d'article 3 (Droit d'expulsion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

20. M. MURPHY rappelle que les principaux instruments multilatéraux de protection des droits de l'homme doivent rester applicables indépendamment du projet d'articles. Cela est clair dans le texte du projet d'article 3, mais le commentaire pourrait être interprété autrement. M. Murphy propose de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 et de modifier la première pour qu'elle se lise comme suit : « La seconde phrase du projet d'article 3 rappelle que l'exercice du droit d'expulsion est régi par le présent projet d'articles et par les autres règles applicables du droit international », puis d'ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante : « Figurent également parmi les autres règles applicables les dispositions des instruments relatifs aux droits de l'homme qui visent les dérogations autorisées dans les situations d'urgence. »

21. Sir Michael WOOD fait observer, à propos de la dernière phrase du paragraphe, que l'interdiction du déni de justice est la plus fondamentale des règles en matière de traitement des étrangers et que l'on ne peut donc l'en dissocier.

22. M. TLADI souscrit à cette remarque et propose de reformuler la fin de la dernière phrase comme suit : « il convient de mentionner tout particulièrement certaines limitations "classiques" qui découlent des règles en matière de traitement des étrangers, notamment l'interdiction de l'arbitraire, de l'abus de droit et du déni de justice ».

Les propositions de M. Murphy et M. Tladi sont retenues.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 3, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 4 (Obligation de conformité à la loi)

Paragraphe 1

23. M. PARK demande s'il ne convient pas de préciser ce que l'on entend par « conformément à la loi ».

24. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il s'agit ici de la législation interne de l'État expulsant, au sens défini par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Lorsque « la loi » couvre à la fois le droit interne et le droit international, comme c'est le cas ailleurs dans le projet d'articles, cela est précisé. Dans le contexte de l'expulsion, l'obligation de conformité à la loi vise nécessairement le droit interne. C'est ce qu'expliquent les paragraphes suivants, en particulier le paragraphe 6.

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

25. M. VALENCIA-OSPINA dit que les mots *under the of law* à la fin de la première phrase de la version anglaise n'ont aucun sens. Il semble que les mots « sous l'empire du », dans la version française, n'aient pas été correctement traduits.

26. M. KAMTO (Rapporteur spécial) propose de traduire l'expression « sous l'empire du droit » par *in the framework of law*.

Le paragraphe 3, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 4

27. M. FORTEAU dit qu'il ressort de la pratique abondante citée au paragraphe 3 du commentaire que l'exigence de conformité à la loi ne vaut que pour les réfugiés ou les personnes qui se trouvent régulièrement sur le territoire de l'État concerné. Il semble donc qu'il y ait une part de développement progressif dans le paragraphe 4 et la Commission pourrait, pour la faire ressortir, remplacer dans la première phrase le verbe « s'applique » par « doit s'appliquer ».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

28. M. NOLTE propose, par souci de précision, de remplacer dans la version anglaise de la première phrase le mot *formal* par *procedural*.

Le paragraphe 5, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

29. M. FORTEAU note que, dans son arrêt rendu en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour internationale de Justice indique au paragraphe 70 qu'elle n'intervient qu'en cas d'interprétation manifestement erronée du droit national, ce qui correspond d'ailleurs à la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour en rendre compte, on pourrait insérer dans la sixième phrase, avant « la Cour européenne des droits de l'homme », les mots « La Cour internationale de Justice et », et supprimer les deux dernières phrases. Il faudrait en outre faire mention du paragraphe 70 de l'arrêt susmentionné dans la note de bas de page dont l'appel se trouve désormais à la fin du paragraphe.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 4, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 5 (Motifs d'expulsion)

Paragraphe 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 5 est adopté.

DEUXIÈME PARTIE. CAS D'EXPULSION INTERDITE

Commentaire du projet d'article 6 (Interdiction de l'expulsion des réfugiés)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

30. Sir Michael WOOD propose de faire simplement mention de l'article 1 de la Convention relative au statut des réfugiés dans la note de bas de page afférente et de l'article 1 du Protocole relatif au statut des réfugiés dans la note suivante, sans reproduire le contenu de ces articles dont le texte peut être aisément consulté.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

31. Sir Michael WOOD propose de remplacer, dans la première phrase de la version anglaise, les mots *also in the light of* par *but having regard to* de façon à refléter plus fidèlement la version française.

Le paragraphe 2, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

32. M. MURPHY dit qu'il faudrait indiquer clairement que la protection prévue au paragraphe 2 du projet d'article 6 constitue un développement progressif du droit. Il propose par conséquent d'insérer dans la troisième phrase, après «constitue», le membre de phrase suivant : «un développement progressif du droit sous la forme d'».

33. M. VALENCIA-OSPINA souligne que la Commission s'est toujours gardée de préciser dans ses commentaires que telle ou telle de ses propositions relevait de la codification ou du développement progressif du droit.

34. M. MURPHY dit que ce n'est pas tout à fait exact. Ainsi est-il indiqué au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27 (Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion) que ce projet de texte «relève sans doute du développement progressif du droit international». Il est également fait mention d'un développement progressif du droit dans le paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 29 (Réadmission dans l'État expulsant).

35. Sir Michael WOOD dit que la Commission a également fait mention de développements progressifs du droit dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁵⁶ et sur la responsabilité des organisations internationales³⁵⁷. Cela étant, il n'est

³⁵⁶ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77 (paragraphe 1 du commentaire général).

³⁵⁷ Résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*,

peut-être pas nécessaire de préciser que le paragraphe 2 du projet d'article 6 relève du développement progressif du droit dans la mesure où il est indiqué que la protection prévue par ce paragraphe reflète une tendance doctrinale ainsi que la pratique de certains États. Pour répondre à la préoccupation de M. Murphy, on pourrait simplement remplacer dans la troisième phrase du commentaire le verbe «constitue» par «constituerait».

36. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'effectivement il est question de développement progressif du droit dans les commentaires des projets d'articles 27 et 29, ce qui lui pose un problème car la Commission a déjà affirmé à plusieurs reprises qu'elle n'avait pas à apporter une telle précision. Quoiqu'il en soit, il s'agit d'une question de politique juridique qu'il faudra trancher.

37. M. KAMTO (Rapporteur spécial) reconnaît que la Commission n'a pas coutume d'indiquer que telle ou telle disposition relève d'un développement progressif du droit, mais qu'il a apporté cette précision à la demande expresse de la majorité des membres du Groupe de travail sur l'expulsion des étrangers.

38. M. NOLTE approuve la proposition de Sir Michael et suggère de remplacer dans la troisième phrase le mot «dérogation», terme technique renvoyant à des cas de figure bien précis, par «exception».

39. Le PRÉSIDENT croit comprendre que les propositions de Sir Michael et de M. Nolte sont approuvées.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 6, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 7 (Interdiction de l'expulsion des apatrides)

Paragraphe 1

40. Sir Michael WOOD propose de supprimer, dans la version anglaise, l'adjectif *strict*, qui lui semble superflu.

Le paragraphe 1, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

41. M. MURPHY propose de remplacer *accordingly* par *however* dans la seconde phrase de la version anglaise.

42. Le PRÉSIDENT fait observer que l'expression «de ce point de vue», dans la version française, ne veut dire ni

vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88 (paragraphe 1 et 5 du commentaire général).

accordingly ni *however* et qu'il vaudrait peut-être mieux la traduire littéralement par *from this point of view*.

43. Sir Michael WOOD serait d'avis de supprimer purement cette expression, qui lui semble intraduisible en anglais.

44. M. KAMTO (Rapporteur spécial) rappelle que la Commission travaille en alignant les différentes versions linguistiques sur la version originale établie dans la langue de travail du Rapporteur spécial, et non l'inverse. En l'espèce, l'anglais ne doit pas être le lit de Procuste du français, car chaque langue a un souffle, une logique et une manière de construire un raisonnement qui lui sont propres.

45. Sir Michael WOOD fait valoir qu'il n'y a pas de lien logique entre les deux phrases car la première, qui est simplement l'affirmation d'un fait, n'exprime aucun point de vue. Il lui semble donc préférable de supprimer l'expression «de ce point de vue» dans toutes les versions linguistiques.

Cette proposition est retenue.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 7, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 8 (Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 8 est adopté.

Commentaire du projet d'article 9 (Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 9 est adopté.

Commentaire du projet d'article 10 (Interdiction de l'expulsion collective)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

46. M. NOLTE dit qu'il faudrait supprimer, dans la deuxième phrase, le membre de phrase «à l'issue et sur la base duquel serait prise la décision d'expulser le groupe d'étrangers», qui prête à confusion car il porte à croire que l'expulsion collective d'un groupe d'étrangers a été décidée alors qu'il s'agit de l'expulsion concomitante de plusieurs étrangers.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 10, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 11 (Interdiction de l'expulsion déguisée)

Paragraphe 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 11 est adopté.

Commentaire du projet d'article 12 (Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La séance est levée à 18 h 5.

3154^e SÉANCE

Mardi 31 juillet 2012, à 10 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (suite)

Chapitre IV. Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/L.802 et Add.1]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de la partie du chapitre IV du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.802/Add.1.

C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (suite)

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (SUITE) [A/CN.4/L.802/ADD.1]

Commentaire du projet d'article 12 (Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens) [fin]

Paragraphe 2

2. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à l'issue de la séance précédente M. Murphy a proposé de remplacer l'expression *seems contrary to* («apparaît contraire au») par

implicates (« implique le »). Il aimerait savoir si, après examen, la Commission est parvenue à un consensus sur cette proposition.

3. M. MURPHY explique que le verbe *implicates* permettrait de concilier les avis divergents au sein de la Commission.

4. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que, dans le texte français, le verbe « impliquer » n'a guère de sens dans le contexte de ce paragraphe.

5. M. FORTEAU propose d'employer l'expression « mettre en cause » ou « mettre en jeu » dans la version française.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 12, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 13 (Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition)

Paragraphe 1

6. M. FORTEAU dit que, dans la troisième phrase, il conviendrait d'ajouter « et exécutée » après « une décision définitive est adoptée ».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 13, tel que modifié, est adopté.

TROISIÈME PARTIE. PROTECTION DES DROITS DES ÉTRANGERS OBJETS DE L'EXPULSION

CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Commentaire du projet d'article 14 (Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

7. M. NOLTE rappelle qu'au cours du débat sur le sujet tous les membres sont convenus que la dignité humaine était le fondement ou la source d'inspiration de tous les droits de l'homme, mais que les avis divergeaient sur la question de savoir si la dignité humaine constituait aussi un droit de l'homme spécifique. Il propose donc de remanier la première phrase comme suit: « Des avis divergents ont été exprimés par les membres de la Commission sur la question de savoir si la dignité humaine constituait le fondement ou la source d'inspiration des droits de l'homme en général ou si elle était aussi un droit de l'homme spécifique. »

8. Sir Michael WOOD souscrit à l'idée de M. Nolte mais pense qu'elle serait plus clairement exprimée si,

dans le libellé initial, on remplaçait les mots « ou plutôt » par « en sus d'être ». La phrase se lirait alors: « Des avis divergents ont été exprimés par les membres de la Commission sur la question de savoir si la dignité humaine constituait un droit de l'homme spécifique en sus d'être le fondement ou la source d'inspiration des droits de l'homme en général. » Dans la phrase suivante de la version anglaise, il faudrait remplacer le mot *often* par l'expression *not infrequently* pour rapprocher le texte de la version française.

Le paragraphe 2 est adopté avec ces deux modifications.

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 14, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 15 (Obligation de non-discrimination)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

9. Sir Michael WOOD propose de supprimer la deuxième phrase car, dans certains instruments, l'interdiction de la discrimination est une obligation de portée générale tandis que, dans d'autres, elle ne s'applique qu'aux droits énoncés dans l'instrument considéré. Le début de la phrase suivante devrait alors se lire: « Dès lors que cette interdiction vise l'exercice du droit d'expulsion ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

10. M. NOLTE, appuyé par Sir Michael WOOD, propose la suppression de l'adverbe « ultérieurement » dans la première phrase, car les membres de la Commission qui ont proposé d'élargir la liste des motifs de discrimination l'ont fait dans le cours normal des débats. L'emploi du mot « ultérieurement » pourrait laisser penser à tort que cette proposition aurait été faite en dehors du cadre du débat, ou dans des circonstances inhabituelles.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

11. M. McRAE dit que, dans la dernière phrase, le passage « il ne paraît pas nécessaire de mentionner cette dernière [l'orientation sexuelle] comme un motif distinct » paraît signifier que ce serait la conclusion générale à laquelle serait parvenue la Commission, alors qu'il ne s'agit que du point de vue de quelques membres. Il faudrait donc le modifier ainsi: « certains membres estimaient qu'il n'était pas nécessaire ».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 15, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 16 (Personnes vulnérables)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

12. Sir Michael WOOD propose, dans la deuxième phrase, l'adjonction des mots «et de leurs besoins particuliers» après «vulnérabilité».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 16, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE II. PROTECTION REQUISE DANS L'ÉTAT EXPULSANT

Commentaire du projet d'article 17 (Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion)

Le commentaire du projet d'article 17 est adopté.

Commentaire du projet d'article 18 (Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 18 est adopté.

Commentaire du projet d'article 19 (Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion)

Paragraphe 1

13. Sir Michael WOOD note que l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article, qui dispose qu'un étranger objet d'une expulsion doit être détenu séparément des personnes condamnées, vise seulement l'une des conséquences du principe énoncé à l'alinéa *a* du même paragraphe, c'est-à-dire que la détention d'un étranger ne doit pas avoir un caractère punitif. La deuxième phrase du commentaire du paragraphe 1 devrait donc se terminer ainsi : «tandis que l'alinéa *b* énonce une des conséquences de ce principe».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

14. Sir Michael WOOD dit que la durée de la détention est une question essentielle plutôt que sensible. Dans la

première phrase de ce paragraphe, il faudrait donc remplacer l'expression «très sensible» par «essentielle».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

15. Le PRÉSIDENT indique que l'usage à la Commission étant d'employer le terme «Rapporteur spécial» quel que soit le sexe de la personne dont il est question, il convient, dans la version française du paragraphe, de remplacer «Rapporteuse spéciale» par «Rapporteur spécial».

Le paragraphe 7 est adopté avec cette modification d'ordre rédactionnel dans la version française.

Paragraphe 8

16. Sir Michael WOOD propose, pour rendre le texte plus clair, d'ajouter une phrase à la fin du paragraphe qui se lirait ainsi : «L'alinéa *b* du paragraphe 3 est sans préjudice du droit d'un État de maintenir l'étranger en détention pour des motifs autres que l'expulsion.» Cette phrase viserait le cas où un étranger étant en détention dans l'attente de son expulsion, celle-ci deviendrait impossible, mais où d'autres motifs, comme la sécurité nationale, justifieraient que l'étranger soit maintenu en détention. L'adjonction qu'il propose vise à préciser que l'affirmation «il est mis fin à la détention», à l'alinéa *b* du paragraphe 3, ne concerne que la détention en vue d'une expulsion.

17. M. TLADI, appuyé par M. KAMTO (Rapporteur spécial), a des doutes quant à la modification proposée par Sir Michael. Il propose pour sa part d'ajouter l'expression «liée à l'expulsion» après le mot «détention» dans la première phrase, si l'intention de la Commission est de permettre à un État de maintenir en détention un étranger objet d'une expulsion, mais uniquement pour des raisons sans lien avec son expulsion. Il ne souhaite cependant pas introduire un libellé qui semblerait porter atteinte à l'essence de l'article et pourrait passer pour un signal d'encouragement à l'État pour maintenir l'intéressé en détention.

18. M. SABOIA demande ce que signifie exactement le membre de phrase, à la fin de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 19, «sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné».

19. M. McRAE dit que cette formule apparemment obscure vise à laisser la possibilité de maintenir en détention un étranger si des facteurs autres que le motif de l'expulsion nécessitent sa mise à détention.

20. Sir Michael WOOD se dit prêt, eu égard aux commentaires constructifs qui ont été faits, à souscrire à la proposition de M. Tladi.

Le paragraphe 8 est adopté avec cette modification.

Le commentaire du projet d'article 19, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 20 (Obligation de respecter le droit à la vie familiale)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

21. Sir Michael WOOD juge quelque peu obscur l'usage de l'expression «*a contrario*».

22. M. TLADI donne lecture du paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont il est dit au paragraphe 5 qu'il énonce une condition «*a contrario*».

23. M. NOLTE estime que le terme «*implicitement*» serait plus exact que «*a contrario*» et correspondrait mieux au but du projet d'article qui est d'assurer non seulement que l'interférence ne viole pas la loi, mais aussi qu'elle repose sur la loi.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 20, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE III. PROTECTION PAR RAPPORT À L'ÉTAT DE DESTINATION

Commentaire du projet d'article 21 (Départ vers l'État de destination)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

24. Sir Michael WOOD propose la suppression de la longue citation de l'affaire *Maal*, qui date beaucoup en ce qu'il y est fait une distinction entre les hommes de bien et les autres.

25. M. KAMTO (Rapporteur spécial) tient à maintenir cette citation car elle montre que la prise de conscience du caractère sacré de la personne humaine et de l'importance de sa dignité existait dès le début du XIX^e siècle.

26. M. NOLTE dit que, bien que les termes de la citation soient peut-être démodés, sa teneur est extrêmement importante et instructive.

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

27. Sir Michael WOOD juge peu claire l'expression «un passager non admissible ou» dans la citation tirée de la section 5.2.1 de l'annexe 9 de la Convention relative à l'aviation civile internationale et propose donc sa suppression.

28. M. KAMTO (Rapporteur spécial) explique que l'aspect important de ce paragraphe est qu'il souligne que les conditions dans lesquelles une personne est expulsée ne doivent pas porter atteinte à sa dignité.

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

29. M. FORTEAU signale que, dans la première phrase, c'est le paragraphe 3 et non le paragraphe 4 du projet d'article qui devrait être visé.

Le paragraphe 6 est adopté avec cette correction.

Le commentaire du projet d'article 21, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 22 (État de destination de l'étranger objet de l'expulsion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

30. Sir Michael WOOD dit que la dernière partie de la première phrase «en vertu d'une règle de droit international, qu'il s'agisse d'une règle de droit international général ou d'une règle conventionnelle liant cet État» a une portée trop étroite. Ainsi, une règle de droit international régional ou une règle de droit coutumier peut ne pas être une règle de droit international général. Il considère que l'accent est censé être mis sur les règles conventionnelles. Il propose donc, dans un but d'exhaustivité, que ce membre de phrase se lise «en vertu d'une règle de droit international, y compris une règle conventionnelle liant cet État».

31. Le PRÉSIDENT estime qu'une solution plus simple consisterait à supprimer le membre de phrase «qu'il s'agisse d'une règle de droit international ou d'une règle conventionnelle liant cet État».

32. M. McRAE pense que si ces mots étaient supprimés, le commentaire n'ajouterait rien au projet d'article. S'il comprend bien l'idée qu'a voulu exprimer le Rapporteur spécial, une règle de droit international pourrait être une règle coutumière ou une règle conventionnelle. La proposition de Sir Michael Wood lui plaît, parce qu'elle exprime cette idée en mettant néanmoins l'accent sur les règles conventionnelles.

33. Le PRÉSIDENT dit que la question est apparemment de savoir comment on interprète les mots «règle de droit international».

34. Sir Michael WOOD précise que sa proposition cadrerait avec la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin de cette phrase, qui renvoie le lecteur à des exemples de règles conventionnelles.

35. M. TLADI dit que le souvenir qu'il a gardé des délibérations de la Commission est que si certains membres souhaitaient mettre l'accent sur le droit conventionnel, les membres du Comité de rédaction dans leur majorité étaient d'avis qu'il fallait viser à la fois le droit conventionnel et le droit international général. Il préférerait donc maintenir le libellé actuel ou le modifier dans le sens proposé par le Président.

36. M. KAMTO (Rapporteur spécial) convient avec M. Tladi qu'insister sur le droit conventionnel ne refléterait

pas exactement le débat qui a eu lieu au Comité de rédaction. Il souscrit aussi à l'observation de M. McRae, à savoir que la suppression d'une partie du membre de phrase reviendrait à ne rien ajouter au projet d'article. C'est pourquoi il propose de remanier la phrase ainsi : «en vertu d'une règle de droit international, qu'il s'agisse d'une règle de droit conventionnel liant cet État ou d'une règle de droit international coutumier». Le contenu du droit international général varie selon les auteurs, certains considérant qu'il ne couvre que le droit coutumier tandis que d'autres estiment qu'il couvre à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel.

37. M. CANDIOTI fait observer que la note de bas de page correspondante devrait alors se lire : «Pour des exemples concernant la première hypothèse [...]».

Le paragraphe 2, tel que modifié par le Rapporteur spécial et avec cette modification de la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin de la première phrase, est adopté.

Paragraphe 3

38. M. HMOUD, faisant référence à la dernière phrase, propose que, dans le passage «l'opinion a également été exprimée selon laquelle l'État d'embarquement n'aurait aucune obligation juridique d'accueillir l'étranger expulsé», le verbe «n'aurait» soit remplacé par «n'a».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

39. M. FORTEAU propose, en plus de la référence aux projets d'articles 23 et 24, de viser aussi le projet d'article 6, paragraphe 3.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 22, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 23 (Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

40. M. McRAE rappelle qu'une partie essentielle du compromis obtenu au sein de la Commission a consisté à viser dans le projet d'article 15 tout autre motif non admis en droit international. Dans son libellé actuel, le paragraphe 3 du commentaire semble indiquer que la question de savoir si l'orientation sexuelle devrait être incluse dans les motifs de discrimination interdits a été abandonnée, ce qui n'est pas le cas. C'est pourquoi il propose que le paragraphe se termine par la formule : «et la question est en tout état de cause couverte par les mots "tout autre motif non admis en droit international"».

41. M. KAMTO (Rapporteur spécial) pense que la proposition de M. McRae ne refléterait pas le résultat des discussions qui se sont tenues au Comité de rédaction – telle a été la position de certains membres, mais non du Comité de rédaction dans son ensemble. Il propose de maintenir le libellé actuel, étant donné qu'il y a de toute façon une note de bas de page qui renvoie au paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 15, lequel explique les différents points de vue exprimés. Une autre solution pourrait consister à ajouter à la fin du paragraphe une nouvelle phrase précisant que certains membres considéraient que l'orientation sexuelle ne devrait en aucun cas être incluse dans les motifs de discrimination interdits.

42. M. McRAE, reprenant l'idée exprimée par le Rapporteur spécial, propose d'ajouter une phrase analogue à la première phrase du paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 15.

43. M. WISNUMURTI préférerait maintenir le libellé actuel du paragraphe 3.

44. M. NOLTE dit que le libellé existant du paragraphe 3 ne reflète pas exactement l'équilibre du débat et pourrait donner lieu à des malentendus.

45. M. CANDIOTI observe, eu égard aux propos de M. McRae, que la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe devrait viser non seulement le paragraphe 5 mais aussi le paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 15, et que cela devrait être pris en compte pour remanier le texte.

46. À la suite de consultations, M. McRAE propose de modifier ainsi la seconde phrase du paragraphe 3 : «Au vu des avis divergents exprimés par les membres sur cette question, il a été décidé de suivre la même approche que pour le projet d'article 15 et le commentaire s'y rapportant.» Cette modification permettra de se dispenser d'une note de bas de page.

Le paragraphe 3, ainsi modifié et avec la suppression de la note de bas de page correspondante, est adopté.

Paragraphe 4

47. Sir Michael WOOD propose de remplacer dans la dernière phrase les expressions «droit international positif» et «droit positif» par «règle existante de droit international» et «droit existant», respectivement, car ces termes paraissent plus appropriés dans le contexte.

48. M. MURPHY pense que le Rapporteur spécial a employé le terme «positif» parce que, dans son cinquième rapport³⁵⁸, il a fait une distinction entre les obligations énoncées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention européenne des droits de l'homme, d'une part, et les obligations non conventionnelles, d'autre part. Il propose de remplacer dans les deux cas «positif» par «conventionnel».

49. M. KAMTO (Rapporteur spécial) propose de supprimer purement et simplement le mot «positif».

³⁵⁸ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/611.

50. M. MURPHY dit que, sans le terme «positif», la phrase paraîtrait viser une règle de droit international coutumier, ce qui ne correspond pas à ce qui était dit dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial ni dans le commentaire des projets d'article. Il serait peut-être préférable de supprimer la phrase.

51. M. CANDIOTI préférerait retenir l'adjectif «conventionnel» pour les raisons exprimées par M. Murphy. Si le mot «positif» était simplement supprimé, l'expression couvrirait toute règle de droit international, ce qui n'est pas l'intention.

52. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que les délibérations ont essentiellement porté sur la question de savoir, non pas s'il fallait viser le droit conventionnel ou une autre source du droit, mais jusqu'où allait le droit s'agissant de l'interdiction de la peine de mort. Il propose donc de libeller ainsi la dernière partie de la phrase : «Si [...] cette interdiction correspond désormais à une règle de droit international, il serait difficile d'affirmer que le droit international en l'état aille plus loin en la matière.» Il rappelle que, lors du débat au Comité de rédaction, certains membres ont fait état des efforts de l'Assemblée générale pour obtenir l'abolition de la peine de mort ou, à défaut, pour imposer un moratoire. La résolution de l'Assemblée générale qui a suivi ne relève pas du droit conventionnel, mais pourrait peut-être être considérée comme la preuve d'une tendance à ne pas appliquer la peine de mort.

53. M. NOLTE, appuyé par M. TLADI, dit qu'il est possible de soutenir que la question dépasse les limites du droit conventionnel, et il n'est donc pas favorable à la proposition de M. Murphy de remplacer «positif» par «conventionnel». Il appuie la proposition du Rapporteur spécial.

54. M. MURPHY dit que, tant l'étude du Secrétariat³⁵⁹ que le cinquième rapport abordent la question uniquement dans le contexte de régimes conventionnels spécifiques énonçant certains types d'obligations. Le paragraphe 4 du commentaire évoque le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui n'exprime pas la règle en question, bien que le Comité des droits de l'homme ait considéré dans des constatations qu'une telle règle existait dans ce régime conventionnel particulier. Néanmoins, dans les documents précédemment examinés par la Commission, ni le Rapporteur spécial ni personne d'autre n'a établi que la règle existait en dehors du droit conventionnel. Le Rapporteur spécial a même affirmé dans son cinquième rapport qu'il ne convenait pas de généraliser la règle car ce n'était pas une norme coutumière. Il ne souhaite pas s'engager dans un débat de fond au stade actuel, mais ne voudrait pas non plus que la Commission tire une conclusion qui étendrait la portée de l'interdiction au droit international coutumier général, sans effectuer les recherches nécessaires.

55. M. TLADI dit que, finalement, le commentaire est le produit du débat de la Commission. Au cours de celui-ci, il a exprimé l'avis que l'obligation pour un État

n'appliquant pas la peine de mort de ne pas expulser un étranger vers un État où il serait menacé de l'imposition ou de l'exécution de la peine capitale était une règle générale du droit international. Au Comité de rédaction, plusieurs membres ont souscrit à ce point de vue, tandis que d'autres sont même allés plus loin en disant qu'il existait une règle générale du droit international prohibant la peine de mort. La phrase considérée fait référence à une question plus étroite et n'est pas aussi définitive que l'a dit M. Murphy, puisqu'elle s'ouvre sur la formule «l'on peut considérer» et se poursuit avec l'expression restrictive «dans ces limites précises». Ce qui importe néanmoins est que le paragraphe reflète les débats qui ont eu lieu en Commission plénière et au Comité de rédaction. Il préférerait le maintien du libellé initial de la phrase ; mais si l'accent devait être mis sur le droit conventionnel, il préférerait que celle-ci soit supprimée.

56. Sir Michael WOOD, présentant ses excuses pour avoir déclenché un aussi long débat, dit que la solution la plus simple consisterait à supprimer la phrase. Si celle-ci est néanmoins maintenue, il propose de remplacer la formule «l'on peut considérer» par «certains membres de la Commission ont considéré» afin de rendre compte plus exactement de la discussion.

57. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que, bien que la proposition de Sir Michael constitue la solution la plus simple, étant donné qu'il s'agit de la première lecture des projets d'articles, il souhaiterait connaître la réaction des États Membres. Il souscrit aux explications de M. Tladi. Une lecture attentive montre que la phrase n'établit pas une règle générale. M. Murphy a bien compris son point de vue sur la peine de mort tel qu'il est exposé dans le cinquième rapport ; il est fermement convaincu qu'il n'y a actuellement aucune règle générale de droit international interdisant la peine de mort. Néanmoins, l'expression «dans ces limites précises» vise la situation d'un État qui a aboli la peine de mort ; ce faisant, il a adopté une position en droit international consistant à ne pas expulser un étranger vers un autre État dans lequel l'étranger serait menacé d'exécution, sans avoir obtenu l'assurance que la peine de mort ne serait pas exécutée. Il propose de maintenir la phrase mais de la modifier légèrement pour qu'elle se lise ainsi : «Si l'on peut considérer que, dans ces limites précises, cette interdiction correspond désormais à une tendance affirmée du droit international, il serait difficile d'affirmer que ce droit aille plus loin en la matière.»

58. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission approuve la proposition du Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

59. M. MURPHY, à propos de l'avant-dernière phrase du paragraphe 4 qui fait référence aux constatations du Comité des droits de l'homme, dit qu'il faudrait la reformuler pour l'aligner sur le style employé en d'autres endroits du commentaire. Il propose donc l'insertion d'une nouvelle phrase ainsi libellée :

«Le Comité des droits de l'homme considère que, au regard de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un État ayant aboli la

³⁵⁹ A/CN.4/565 et Corr.1, document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (à paraître ultérieurement comme additif à l'Annuaire... 2006, vol. II).

peine de mort ne peut pas expulser une personne vers un autre État dans lequel elle est sous le coup d'une condamnation à mort, sans avoir obtenu au préalable des garanties concernant la non-exécution de cette condamnation.»

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

60. M. VALENCIA-OSPINA dit que, dans la première phrase, l'expression «sans doute» traduit une intention beaucoup plus forte que ce dont la Commission est convenue à propos d'un paragraphe comparable des commentaires examinés à une séance précédente. De plus, l'affirmation expresse que le paragraphe 2 du projet d'article 23 relève du développement progressif n'ajoute rien pour la compréhension du texte – ce qui est après tout le but des commentaires – et envoie en revanche un message politique aux États. Si cette expression est maintenue, il craint que la Commission ne soit en contradiction avec elle-même, en retirant d'une main ce qu'elle donne de l'autre.

61. Sir Michael WOOD dit que la référence au développement progressif que conteste M. Valencia-Ospina est un aspect essentiel du compromis qui est ressorti des travaux de la Commission sur l'article 23, paragraphe 2; il est personnellement favorable à son maintien. Même si cela n'est pas fréquent, il arrive parfois que la Commission indique que les règles qu'elle élabore relèvent du développement progressif. On peut en trouver des exemples dans les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁶⁰, ainsi que dans d'autres textes que la Commission a produits. Étant donné son caractère sensible et son importance, il est justifié de préciser que la question visée au paragraphe 2 relève du développement progressif. Cela dit, il ne serait pas opposé à la suppression de l'expression «sans doute», qui insiste inutilement sur cet aspect.

62. En outre, compte tenu du débat que la Commission a eu sur le paragraphe 4, au cours duquel les avis ont divergé sur le point de savoir si le principe fondamental énoncé relevait du droit positif, il propose, dans la première phrase, d'insérer les mots «au moins», si bien que le membre de phrase se lirait: «relève du développement progressif au moins à deux égards». Il propose aussi, dans la dernière phrase, d'insérer l'adverbe «réellement» après «risque» afin de se conformer à la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme qui, dans ce contexte, emploient généralement l'expression «risque réel» ou «risque sérieux».

63. M. PARK dit, à propos du membre de phrase «aux États qui, tout en la prévoyant encore dans leurs codes, ne l'appliquent pas», qu'il faudrait ajouter une expression telle que «depuis assez longtemps» ou «depuis un certain temps» afin de préciser le laps de temps durant lequel l'État s'est abstenu d'appliquer la peine capitale.

64. M. PETER admet que la règle énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 23 a un caractère de développement progressif car elle tient compte du fait qu'il y a peut-être des États qui prévoient encore la peine de mort dans leurs codes mais ne l'appliquent plus. Reprenant une demande qu'il a faite lors du débat en séance plénière sur le projet d'article 23, il propose d'insérer une note de bas de page relative au paragraphe 5 qui se lirait ainsi:

«Il a cependant été noté que le fait de ne viser expressément que les États qui n'appliquent pas la peine de mort limite la sécurité de l'étranger objet de l'expulsion, en ce qu'il est loisible aux États qui appliquent la peine de mort d'envoyer l'étranger là où ils veulent.»

65. M^{me} JACOBSSON souscrit totalement au point de vue de M. Valencia-Ospina. Dire que le paragraphe «relève sans doute du développement progressif» revient à geler le statu quo de l'abolition de la peine de mort par les États alors qu'en réalité l'évolution et le rythme des changements concernant cette abolition ne peuvent être prévus. Elle propose donc, dans la première phrase, de remplacer l'expression «relève sans doute du développement progressif à deux égards» par «indique clairement que», avec les ajustements rédactionnels appropriés. Elle réserve son avis sur la proposition de Sir Michael concernant l'insertion de l'adverbe «réellement» après «risque», jusqu'à ce qu'elle ait vu des exemples de la jurisprudence qu'il a évoquée, bien qu'à première vue elle ait tendance à penser que cela est inutile.

66. M. NOLTE dit que, étant donné que le paragraphe 5 s'adresse non seulement aux États mais aussi aux juridictions nationales, il devrait y être indiqué clairement sur quel fondement juridique repose le paragraphe 2 du projet d'article. Les circonstances particulières visées au paragraphe 2 justifient que la Commission précise que celui-ci relève du développement progressif. En l'occurrence, non seulement il préfère que la référence au développement progressif soit maintenue, mais il croit aussi qu'il serait absolument trompeur de la supprimer. Il appuie les modifications du paragraphe 5 proposées par Sir Michael.

67. M. CANDIOTI approuve le point de vue exprimé par M. Valencia-Ospina et M^{me} Jacobsson tendant à supprimer la référence au «développement progressif». Celle-ci n'est pas conforme à la tradition suivie par la Commission, consistant à ne pas faire de distinction tranchée entre codification et développement progressif dans les règles qu'elle énonce, mais à adopter une approche nuancée. De plus, le fait pour la Commission de s'engager dans le développement progressif du droit international ne constitue pas un acte exceptionnel ou audacieux, mais au contraire fait partie intégrante de son mandat tel qu'il est énoncé dans son statut et dans la Charte des Nations Unies. Peut-être serait-il possible d'employer une formulation différente au paragraphe 5 pour indiquer que, dans une certaine mesure, le paragraphe 2 du projet d'article 23 reflète une innovation ou l'introduction d'une nouvelle norme, mais la Commission ne devrait pas se sentir obligée d'aviser la communauté internationale chaque fois qu'elle s'engage dans le développement progressif. De fait, la Commission sera de plus en plus appelée au XXI^e siècle à s'engager dans un tel développement, et elle a effectivement un rôle important à jouer à cet égard étant donné que pratiquement tout ce qui

³⁶⁰ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77 (paragraphe 1 du commentaire général).

était susceptible de faire l'objet d'une codification du droit international a déjà été codifié.

68. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il serait peut-être possible, par une formulation plus neutre – qui exprime néanmoins la nouveauté de la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 23 – de trouver un compromis entre le point de vue exprimé par M. Valencia-Ospina, M^{me} Jacobsson et M. Candiotti, auquel il souscrit, et les points de vue opposés exprimés par d'autres membres. Il propose donc de remplacer les mots «Par conséquent» par «En somme», et le membre de phrase «relève sans doute du développement progressif à deux égards» par «traduit une tendance qui laisse apparaître», et de procéder aux ajustements rédactionnels rendus nécessaires par ces modifications.

69. M. PETRIČ est pleinement d'accord avec M. Valencia-Ospina. Tous les travaux de la Commission, y compris chaque projet de convention qu'elle a établi, conjuguent codification et développement progressif. À la différence de M. Nolte, il préférerait éviter de qualifier les dispositions élaborées par la Commission comme relevant du développement progressif, car, par une telle affirmation, la Commission envoie un message aux juridictions nationales indiquant que la règle considérée est d'un rang inférieur à celui d'une règle résultant de la codification. À la session en cours, il y a eu de nombreuses références à la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda*; il convient néanmoins de répéter que *lex ferenda* s'entend de quelque chose qui deviendra du droit à l'avenir mais ne l'est pas encore. En conséquence, la Commission ne produit assurément pas des projets d'article de *lex ferenda*, elle produit des projets d'article de droit. Il appuie la proposition de Sir Michael tendant à insérer l'adverbe «réellement» après «risque» dans la dernière phrase.

70. M. MURPHY ne voit rien qui soutienne la tendance mentionnée par le Rapporteur spécial dans sa proposition. La raison d'être du paragraphe, et ce qui explique qu'il n'y ait pas de notes de bas de page citant des références, c'est que personne ni aucun organe n'a affirmé que les deux développements considérés feraient partie d'un régime conventionnel existant. Ils ne font pas partie du droit, ni d'une tendance du droit. C'est pourquoi, à son avis, la proposition ne règle pas la question.

71. Il ne comprend pas bien pourquoi certains membres prétendent que la Commission ne devrait jamais parler de «développement progressif», car ce ne serait pas conforme à la pratique suivie par elle depuis cinquante ans. Cette formule est employée dans des cas où la Commission fait une proposition qui est peu étayée, ou n'est pas étayée, afin d'indiquer la direction dans laquelle, à son avis et après mûre réflexion, le droit évolue ou devrait évoluer. Au lieu d'affirmer que les développements correspondent à une tendance, la Commission pourrait dire, à titre de compromis: «Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 23 développerait le droit au moins à deux égards», et maintenir le libellé actuel du reste du paragraphe. Il appuie les modifications proposées par Sir Michael. Néanmoins, au lieu des précisions d'ordre temporel proposées par M. Park, il préférerait insérer les mots «dans la pratique» immédiatement après «ne l'appliquent pas».

Suivant une proposition du Président, la Commission reporte sa décision sur le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23.

Commentaire du projet d'article 24 (Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

72. M. MURPHY dit qu'il convient de supprimer les italiques dans les deux dernières phrases du texte.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 24, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE IV. PROTECTION DANS L'ÉTAT DE TRANSIT

Commentaire du projet d'article 25 (Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion)

Le commentaire du projet d'article 25 est adopté.

QUATRIÈME PARTIE. RÈGLES SPÉCIFIQUES DE PROCÉDURE

Commentaire du projet d'article 26 (Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

73. M. McRAE dit qu'au début de la quatrième phrase il convient de supprimer les mots «Sur le plan doctrinal» qui sont inutiles.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

74. Sir Michael WOOD dit que, dans la deuxième phrase, il faudrait remplacer les mots «pouvait violer» par «pouvait soulever des questions au titre de», à des fins de cohérence avec la citation qui suit.

75. Le PRÉSIDENT dit que, dans le texte français, il faudrait indiquer que la citation de l'ouvrage de Manfred Nowak figurant à la fin du paragraphe est en fait une traduction.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

76. M. FORTEAU dit qu'à la fin de la note de bas de page correspondant à la deuxième citation il faudrait

insérer le texte suivant : « Voir également l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 639 ».

77. Sir Michael WOOD dit que, dans la note de bas de page dont l'appel se trouve trois alinéas infra, concernant l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, il conviendrait de supprimer le texte de l'article 6 de ladite Convention, qui est facilement disponible.

Le paragraphe 5 est adopté avec ces modifications des notes de bas de page susmentionnées.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

78. M. NOLTE dit que, dans l'avant-dernière phrase, il faudrait remplacer l'expression *may not be construed* (« ne saurait être interprété ») par *must not necessarily be construed* (« ne devrait pas être nécessairement interprété »), afin d'éviter toute ambiguïté. Dans la même phrase, le passage apportant des restrictions au droit de se faire assister d'un interprète supprime l'essence même de ce droit. Il serait favorable à son remplacement par un libellé plus abstrait.

79. M. PETRIČ est favorable au maintien du libellé initial, eu égard aux problèmes considérables de traduction et d'interprétation auxquels doivent faire face des pays comme le sien.

80. Le PRÉSIDENT dit que, dans la version française, les mots « ne saurait être » correspondent à la première proposition de M. Nolte.

81. M. PETER appuie la proposition de M. Nolte, compte tenu de l'importance que revêtent des services de traduction appropriés et efficaces pour les défendeurs à une instance et les étrangers.

82. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que le libellé du paragraphe 7 vise à refléter les débats qui se sont tenus au Comité de rédaction, en tenant compte des problèmes pratiques que rencontrent certains pays dans le domaine de la traduction et de l'interprétation. Les États ne devraient pas être censés fournir des services de traduction et d'interprétation dans toutes les langues, y compris celles qui ne sont pas d'usage courant. L'idée est que les étrangers devraient parler une des langues de la région, auquel cas il pourrait être recouru à un interprète d'un pays voisin ; dans le cas contraire, ils devraient parler une langue d'usage courant au niveau international.

83. Sir Michael WOOD suggère, en ce qui concerne la première proposition de M. Nolte, de remplacer dans le texte anglais l'expression *may not be construed* par *should not be construed*. S'agissant de la seconde proposition de M. Nolte, il suggère, afin de répondre aux préoccupations des différents intervenants, d'insérer le membre de phrase « pour autant que cela ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure » après les mots « au niveau international ».

Il convient de garder à l'esprit que le contexte est celui d'une procédure d'expulsion, et non d'un procès pénal.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

Paragraphe 9

84. Sir Michael WOOD dit que, dans la seconde phrase de la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe 9, il convient de supprimer les mots « les développements figurant dans ». D'une manière générale, s'il a été utile de mentionner les références à l'étude du Secrétariat³⁶¹ et au rapport du Rapporteur spécial, en l'occurrence le sixième rapport³⁶², cela ne signifie pas que la Commission adhère à tous les développements qui y figurent. En seconde lecture, la Commission devrait s'efforcer d'inclure toutes les informations nécessaires dans les commentaires eux-mêmes.

Le paragraphe 9 est adopté avec cette modification de la note de bas de page susmentionnée.

Paragraphe 10 et 11

Les paragraphes 10 et 11 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 26, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 27 (Effet suspensif de recours contre la décision d'expulsion)

Paragraphe 1

85. Sir Michael WOOD dit que, dans la deuxième phrase, il convient de remplacer l'expression « en droit positif » par « dans le droit existant ».

86. M. KAMTO (Rapporteur spécial) note que la Commission souhaitera peut-être harmoniser la référence au « développement progressif » figurant au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27 avec le libellé qu'il a proposé pour le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23. Il pourrait être indiqué que le paragraphe traduit une tendance actuelle du droit international.

87. Sir Michael WOOD conteste l'idée que le projet d'article 27 traduit une tendance du droit international. Il serait favorable au maintien de la référence au « développement progressif » au paragraphe 1 du commentaire de cet article, moyennant la suppression de la locution « sans doute ».

88. M. MURPHY rappelle qu'il n'y a encore aucun accord sur l'emploi du mot « tendance » au paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23. La raison pour laquelle il est fait référence au « développement progressif du droit international » au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27 est que, lors du débat à la Sixième Commission, la plupart des États ont dit que leur ordre juridique national ne comportait pas une telle disposition,

³⁶¹ Voir *supra* la note 359.

³⁶² *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2.

au moins concernant toute la série d'aspects couverts par le projet d'article. La référence au développement progressif engage la crédibilité de la Commission; rien ne permet d'affirmer que le projet d'article constitue déjà le droit. Il n'est pas opposé à la suppression des mots « sans doute », et serait même prêt à discuter de l'emploi d'un autre terme que « développement progressif ». L'obstination à vouloir supprimer des commentaires l'expression « développement progressif » est cependant regrettable.

89. M. TLADI estime qu'il ne faut pas traiter l'expression « développement progressif » comme un terme tabou, car son emploi n'implique pas qu'il ne s'agisse pas de règles de droit. Il existe une distinction entre les règles ou principes qui ne sont pas du droit et le développement progressif du droit. Cette distinction a été clairement énoncée, par exemple dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique³⁶³, en particulier au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 19, qui se lit ainsi :

Il existe certaines pratiques des États dans le domaine de la protection diplomatique qui n'ont pas encore acquis le statut de règles coutumières et qui ne peuvent être transformées en règles juridiques dans le cadre du développement progressif du droit [...] ³⁶⁴.

90. M. NOLTE dit que personne ne suggère que l'expression « développement progressif » soit un terme tabou. Comme l'a dit M. Murphy, il s'agit d'un fondement juridique que la Commission admet et affirme. L'expression « développement progressif » est une formule abrégée pour dire que la règle considérée, ou une variante de la règle, n'est pas suffisamment établie dans la pratique pour que la Commission puisse affirmer qu'elle relève de la codification du droit international coutumier. La distinction entre codification et développement progressif existe dans le statut de la Commission pour une bonne raison, et il n'y a pas lieu de l'abolir.

91. M. VALENCIA-OSPINA dit que, s'il a bien compris, la Commission s'emploie à trouver une formule faisant consensus pour le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23 qui puisse servir de modèle pour le paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27. Or, si au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27 la formule « relève sans doute du développement progressif du droit international » a été employée, au paragraphe 5 du commentaire du même projet d'article 27 l'expression « au titre du développement progressif du droit international » est complétée par la formule « au regard des tendances actuelles du droit international ainsi que de certaines législations nationales ». Peut-être serait-il intéressant de s'inspirer de cette dernière formule, qui va dans le sens de la proposition du Rapporteur spécial, pour parvenir à un libellé acceptable pour tous.

92. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que, quelle que soit la décision qui sera finalement prise sur ce point, nul ne devrait avoir l'impression que les règles sont le produit de l'imagination fertile du Rapporteur spécial. Si une tendance peut être insuffisamment établie, elle est toujours fondée sur une certaine pratique. Cela vaut

pour la règle relative à l'effet suspensif, qui a été officiellement établie dans la législation d'un certain nombre d'États; il est inexact de dire que les débats à la Sixième Commission ont montré qu'il n'existait aucune disposition législative. M. Kamto invite les membres à se reporter aux rapports du Rapporteur spécial et à l'étude du Secrétariat, d'où il ressort qu'une analyse approfondie des législations nationales a montré qu'un certain nombre d'États ont clairement établi l'effet suspensif des recours. D'autres États n'ont pris position ni dans un sens ni dans l'autre. Néanmoins, le fait qu'ils n'aient pas décidé de le faire ne signifie pas que l'effet suspensif ne soit pas établi, ni qu'ils y soient opposés. Si la Commission ne veut pas dire qu'une règle est fondée sur une tendance du droit international, elle pourrait dire qu'elle est fondée sur une tendance résultant de la pratique de certains États.

93. Le PRÉSIDENT propose la tenue de consultations pour parvenir à un consensus sur le libellé du paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 1; du paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23; et du paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 2

94. Sir Michael WOOD dit qu'au milieu de la seconde phrase, dans le passage relatif aux obstacles potentiels au retour, il convient de remplacer les mots *especially those* par *including those*, car il existe de nombreux autres obstacles potentiels en dehors du domaine économique.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 heures.

3155^e SÉANCE

Mardi 31 juillet 2012, à 15 h 5

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (suite)

Chapitre IV. Expulsion des étrangers (fin) [A/CN.4/L.802 et Add.1]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres à poursuivre l'examen du document A/CN.4/L.802/Add.1, qui contient

³⁶³ Résolution 62/67 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 22 et suiv., par. 49 et 50.

³⁶⁴ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 54.

le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à la session en cours. Il propose de commencer par le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 27 et rappelle que la Commission reviendra plus tard sur le paragraphe 1.

C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture (fin)

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (FIN)
[A/CN.4/L.802/ADD.1]

Commentaire du projet d'article 27 (Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion) [suite]

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

2. M. VALENCIA-OSPINA fait observer que la dernière phrase du paragraphe soulève la question des références au développement progressif du droit international, sur laquelle la Commission est convenue de revenir ultérieurement.

3. Sir Michael WOOD est partisan de supprimer la totalité du paragraphe car les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ne lui semblent pas utiles en l'espèce.

4. M. KAMTO (Rapporteur spécial) souligne que l'idée est de rendre compte de l'évolution du droit dans le domaine considéré et de montrer qu'une organisation au moins – le Conseil de l'Europe – est allée plus loin que les autres. Il propose de supprimer la dernière phrase, qui fait référence au développement progressif du droit, mais de conserver la précédente, qui suit la citation, pour indiquer que la Commission s'est fixé une limite dans ses travaux.

Cette proposition est retenue.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 28 (Procédures de recours individuel)

Le commentaire du projet d'article 28 est adopté.

CINQUIÈME PARTIE. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXPULSION

Commentaire du projet d'article 29 (Réadmission dans l'État expulsant)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

5. M. NOLTE souhaite ajouter une phrase à l'effet de tenir compte des cas où une décision d'expulsion qui était illicite au moment où elle a été prise aurait néanmoins été rectifiée par la suite conformément à la loi, comme cela peut arriver lorsque l'audition requise a été insuffisante ou tardive. Cela pourrait être utile aux avocats qui traitent de cas concrets.

6. M. TLADI dit que cet ajout n'est peut-être pas nécessaire car, si l'expulsion initialement illicite ne l'est plus, la question de la réadmission ne se pose plus.

7. M. FORTEAU demande s'il ne suffirait pas de dire que le caractère illicite de l'expulsion a fait l'objet d'une constatation obligatoire *et définitive*.

8. À l'issue d'un débat auquel participent M. NOLTE, M. FORTEAU, M. KAMTO et M. ŠTURMA ainsi que le PRÉSIDENT, il est convenu d'insérer, à la fin de la première phrase, une note de bas de page dont le libellé serait le suivant :

« Cette constatation n'a pas lieu lorsqu'une décision d'expulsion qui était illicite au moment où elle a été prise est considérée par l'autorité compétente comme ayant été rectifiée conformément à la loi. »

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5 à 7

Les paragraphes 5 à 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 29, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 30 (Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

9. M. McRAE propose de supprimer, dans la citation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, le troisième paragraphe de l'article 21, qui concerne l'usure et n'est donc pas pertinent.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 à 6

Les paragraphes 3 à 6 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 30, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 31 (Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite)

Paragraphe 1

10. Sir Michael WOOD dit qu'il s'agit de la deuxième référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁶⁵. Il propose de simplifier le paragraphe, comme cela a été fait pour le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 2. La première phrase resterait inchangée, mais la deuxième se lirait comme suit : « À cet égard, le projet d'article 31 doit être lu conjointement avec la deuxième partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », avec une note de bas de page correspondante. La phrase suivante se lirait comme suit : « La deuxième partie définit le contenu de la responsabilité internationale d'un État y

³⁶⁵ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

compris dans le contexte de l'expulsion des étrangers», avec une note de bas de page renvoyant au paragraphe 5 du commentaire général des articles de 2001, lequel précise que ces articles portent sur l'ensemble du domaine de la responsabilité des États et qu'étant de caractère général ils sont aussi, pour la plupart, supplétifs³⁶⁶. Ce que l'on veut dire ici, c'est que la responsabilité de l'État telle que définie dans les articles de 2001 est invocable aussi dans le contexte de l'expulsion des étrangers.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

11. M. McRAE propose de remplacer, au début de la troisième phrase, les mots «Il convient en outre de mentionner une orientation nouvelle» par «Une nouvelle orientation a été donnée».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

12. Sir Michael WOOD fait observer qu'au deuxième paragraphe le Rapporteur spécial établit une distinction entre le principe posé par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et celui rappelé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, alors que ces deux principes sont plutôt complémentaires. De plus, il juge cette phrase trop longue et propose de la remplacer par les mots : «La Cour a déclaré en outre :».

13. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il y est opposé car il est utile de montrer que la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* s'inscrit dans sa jurisprudence antérieure. On pourrait peut-être scinder le deuxième paragraphe en deux ou trois phrases.

14. M. FORTEAU dit qu'il partage la préoccupation de Sir Michael au sujet du deuxième paragraphe et propose de supprimer les mots «la distinction entre».

Cette proposition est retenue.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 31, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 32 (Protection diplomatique)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 32 est adopté.

15. Le PRÉSIDENT propose de revenir sur le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 1, dont l'examen avait été laissé en suspens à la 3153^e séance, et sur le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 23 et sur le paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27, dont l'examen avait été laissé en suspens à la précédente séance.

Commentaire du projet d'article 1 (Champ d'application) [fin]

Paragraphe 5 (fin)

16. M. MURPHY, indiquant qu'il a consulté dans l'intervalle le Rapporteur spécial et les membres qui s'étaient exprimés à ce sujet, propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe : «Les personnes déplacées, au sens des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, ne sont pas non plus exclues du champ d'application du projet d'articles.» Il propose également de mentionner dans une nouvelle note de bas de page la résolution 59/170 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2004, ainsi que le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'expulsion des étrangers³⁶⁷ et l'étude du Secrétariat³⁶⁸ sur cette question.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 1, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 23 (Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté sont menacées) [fin]

Paragraphe 5 (fin)

17. M. NOLTE propose de modifier la première phrase pour qu'elle se lise comme suit : «Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 23 constituerait un développement du droit à au moins deux égards.»

18. M. KAMTO (Rapporteur spécial) préférerait que la Commission n'utilise pas les mots «développement du droit» parce qu'ils ne correspondent pas à la formule employée à l'article 1 de son statut, où il est question de «développement progressif du droit».

19. M. NOLTE dit qu'on pourrait aussi supprimer les mots «sans doute» pour répondre aux préoccupations exprimées par certains membres au sujet de la mention d'un développement progressif du droit à la première phrase – laquelle ne lui pose personnellement aucun problème.

20. M. VALENCIA-OSPINA dit que la Commission n'a pas à indiquer dans les commentaires que ses projets d'article relèvent d'un développement progressif du droit et qu'il est opposé à toute proposition en ce sens.

21. M. HASSOUNA dit qu'effectivement la Commission n'a pas coutume de faire mention de développement progressif du droit dans les commentaires de ses projets d'article, mais qu'il n'y voit pas d'inconvénient en

³⁶⁷ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

³⁶⁸ A/CN.4/565 et Corr.1, document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (à paraître ultérieurement comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II).

³⁶⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 32.

l'espèce. On pourrait toutefois assouplir le libellé de la première phrase en supprimant les mots « sans doute » et en remplaçant le verbe « relève » par « relèverait ».

22. M. McRAE propose que la Commission adopte la proposition initiale du Rapporteur spécial et supprime la locution « sans doute ». Il est en revanche opposé à ce qu'elle insère « au moins », car, ce faisant, elle élargirait considérablement la notion de développement progressif.

23. M. PARK préconise de supprimer « sans doute » et d'insérer « au moins ». Il rappelle qu'il a proposé à la séance précédente d'ajouter les mots « dans la pratique » après « ne l'appliquent pas », dans la deuxième phrase, et demande si la Commission a pris une décision à ce sujet.

24. Sir Michael WOOD dit que la notion de « risque réel » est tirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Soering*, qui a notamment trait à la peine de mort et au quartier des condamnés à mort. Dans la première phrase, il estime important d'insérer les mots « au moins » afin que le paragraphe 5 ne se retrouve pas en contradiction avec le paragraphe 4. Cependant, si cette solution n'agrée pas à M. McRae, peut-être pourrait-on remplacer les mots « par conséquent » par « en outre », car le paragraphe 5 n'est pas une conséquence du paragraphe 4, mais bien un exposé d'éléments nouveaux.

25. M. PETRIČ souscrit à la proposition de M. McRae et aussi à celle de Sir Michael tendant à insérer « réellement » après « risque » à la dernière ligne du paragraphe.

26. M. MURPHY, faisant la synthèse des différentes propositions propose de supprimer « sans doute » dans la première phrase, d'insérer « dans la pratique » après « ne l'appliquent pas » dans la deuxième phrase et d'ajouter « réellement » après « risque » à la fin du paragraphe.

Cette proposition est retenue.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 23, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 27 (Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion) [fin]

Paragraphe 1

27. M. MURPHY rappelle qu'il a été proposé de supprimer les mots « sans doute » dans la première phrase et de remplacer « en droit positif » par « dans le droit existant » dans la seconde.

Les propositions sont retenues.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 27, tel que modifié, est adopté.

La section C du chapitre IV, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session (fin*)

28. Le PRÉSIDENT dit que la Commission, qui a achevé péniblement l'adoption en première lecture du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et des commentaires y relatifs, doit prendre une décision concernant la transmission du projet d'articles aux gouvernements pour commentaires. Conformément à la pratique de la Commission, cette décision pourrait avoir la teneur suivante :

« À sa 3155^e séance, le 31 juillet 2012, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles (voir sect. C ci-dessous), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici [au] 1^{er} janvier 2014. »

Il en est ainsi décidé.

29. Le PRÉSIDENT dit que, comme à l'accoutumée, la Commission inclura dans son rapport un hommage au Rapporteur spécial, qui, si la Commission en est d'accord, aura la teneur suivante :

« À sa 3155^e séance, le 31 juillet 2012, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Maurice Kamto, pour l'excellente contribution qu'il avait apportée au traitement du sujet grâce à ses travaux de recherche et à sa vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bien sa première lecture du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers. »

Il en est ainsi décidé.

La section B du chapitre IV, telle que complétée, est adoptée.

Le chapitre IV, tel qu'il a été modifié, est adopté.

30. M. KAMTO (Rapporteur spécial) remercie très chaleureusement le Président pour la patience dont il a fait preuve dans la conduite des travaux de la Commission, ce qui a permis à celle-ci d'adopter le projet d'articles et les commentaires y relatifs. Bien que le Président ait estimé que ce texte a été adopté péniblement, et sans vouloir le contredire, M. Kamto rappelle que la Commission a vu pire et se réjouit de ce que, dans l'ensemble, les anciens membres et les membres actuels aient été aussi bienveillants et, surtout, aient apporté avec enthousiasme et beaucoup de rigueur, mais aussi de conviction, une contribution extrêmement enrichissante et positive pour la conclusion des travaux sur ce sujet. Il remercie également les présidents successifs du Comité de rédaction qui ont fait preuve d'autorité et d'une maîtrise remarquable. Il tient en outre à exprimer sa gratitude au Secrétariat qui, par l'étude colossale qu'il a réalisée au début de l'examen du sujet et par l'assistance inestimable qu'il a apportée tout au long des travaux et dans la préparation des commentaires, a permis au texte adopté en première lecture d'atteindre une qualité toute relative mais inespérée. M. Kamto espère que la Commission pourra retravailler

* Reprise des débats de la 3152^e séance.

sur les projets d'article à ses deux sessions suivantes et apporter ainsi une contribution qu'il croit très attendue sur une question extrêmement sensible et importante.

La séance est levée à 16 h 40.

3156^e SÉANCE

Jeudi 2 août 2012, à 10 h 10

Président: M. Lucius CAFLISCH

Présents: M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (*suite*)

Chapitre V. *Protection des personnes en cas de catastrophe* (A/CN.4/L.803)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre V du projet de rapport publié sous la cote A/CN.4/L.803.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

2. M. MURPHY dit que, dans la deuxième phrase, les mots « dans ses aspects liés aux personnes ayant besoin de protection » ne sont pas nécessaires et devraient être supprimés.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

La section A, telle que modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 7

3. M. FORTEAU dit qu'il faudrait étoffer la référence à la question posée par la Commission à la section C du chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session³⁶⁹ pour en indiquer clairement l'objet.

4. M. CANDIOTTI souligne que cette question est expliquée au paragraphe 11.

5. M. FORTEAU propose d'insérer à la fin de la première phrase du paragraphe 7 une note de bas de page renvoyant au paragraphe 11.

Le paragraphe 7 est adopté avec l'ajout d'une note de bas de page.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

6. Le PRÉSIDENT dit qu'il faudrait ajouter les mots « a pris note du rapport du Comité de rédaction » à la fin du paragraphe. Le Secrétariat inscrira ultérieurement le numéro et la date de la séance correspondants.

7. M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial) dit que le texte proposé est trop succinct. Il ne rend pas compte des travaux accomplis sur le sujet en séance plénière et au Comité de rédaction, travaux qui ont abouti à l'adoption provisoire de cinq projets d'articles. Il rappelle que, deux ans auparavant, lorsqu'il avait appelé l'attention sur ce qui semblait être une anomalie dans la présentation des travaux de la Commission à l'Assemblée générale, la Commission avait décidé de mentionner dans son rapport tous les projets d'articles adoptés à titre provisoire au cours de la session et d'en reproduire le texte intégral dans une note de bas de page. Il sait bien que la Commission entend revenir sur certaines de ses pratiques, mais il espère que celle-ci sera maintenue.

8. M. PETRIČ approuve les remarques de M. Valencia-Ospina et dit qu'il faut mentionner les projets d'articles qui ont été examinés et provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la session en cours. Le paragraphe 9 évoque trois nouveaux projets d'articles proposés mais qui n'ont pas été adoptés, ce qui pourrait très bien prêter à confusion à la Sixième Commission.

9. M. SABOIA approuve les remarques de M. Valencia-Ospina et de M. Petrič. La Commission a adopté plusieurs projets d'articles à titre provisoire après un débat de fond lors duquel les vues des membres ont été prises en considération. Il importe que la Sixième Commission soit tenue informée du travail accompli.

10. M. NOLTE dit qu'aucune décision concernant le sujet à l'examen ne doit remettre en cause les autres pratiques de la Commission ni préjuger de sa pratique future.

11. Sir Michael WOOD dit qu'il faut indiquer clairement que les projets d'articles n'ont pas été adoptés, mais seulement adoptés à titre provisoire, et par le Comité de rédaction, pas par la Commission. De plus, ils ne sont pas encore accompagnés des commentaires qui sont essentiels à leur compréhension – ils nécessitent des explications. Les États Membres pourront ainsi décider s'ils souhaitent ou non les commenter à ce stade à la Sixième Commission.

12. M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial) propose, pour avancer, que la Commission modifie ce paragraphe en s'inspirant du paragraphe 297 du rapport de la

³⁶⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 44.

Commission sur les travaux de sa soixante-deuxième session³⁷⁰. Le texte du paragraphe se lirait comme suit : « À sa ... séance, le ... juillet 2012, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a pris note des projets d'articles 5 *bis* et 12 à 15 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.812). » Il faudrait insérer un appel de note de bas de page à la fin de cette phrase ; quant à la note proprement dite, elle se lirait comme suit : « Les projets d'article adoptés provisoirement par le Comité de rédaction se lisent comme suit : ». Le texte intégral des projets d'article serait reproduit dans cette note de bas de page.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON CINQUIÈME RAPPORT

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphe 12

13. M. NOLTE propose d'inverser l'ordre des adjectifs « scientifique » et « technique » dans la septième phrase.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

Paragraphe 14

14. M. MURPHY propose de remplacer, dans l'avant-dernière phrase, les mots « compte tenu des circonstances et arbitrer entre » par « à la lumière de ». On comprendrait ainsi que les États doivent examiner le caractère raisonnable de la dérogation à certaines dispositions de leur droit interne à la lumière de leur obligation de protéger leur population.

Il en est ainsi décidé.

15. M. NOLTE, appuyé par M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial), propose de supprimer l'adjectif « naturelle » après « catastrophe » dans l'avant-dernière phrase, qui ne porte pas seulement sur les catastrophes naturelles.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations générales

Paragraphe 16

16. M. TLADI dit que pour refléter un point de vue que lui-même et d'autres membres de la Commission ont exprimé, il faudrait, à la fin de la deuxième phrase, remplacer « et des concepts comme le refus arbitraire du consentement n'étaient tout au plus applicables que dans des cas extrêmes » par « et que dans les rares cas extrêmes où les

États refusaient arbitrairement leur consentement, il n'était guère probable qu'une approche fondée sur les notions de droits et d'obligations soit d'une quelconque utilité pour les personnes affectées par une catastrophe ». Pour les mêmes raisons, il propose, dans la troisième phrase du texte anglais, de remplacer les mots *was weakly grounded in State practice* par *was not supported by State practice*.

17. M. NOLTE dit que la proposition de M. Tladi ne lui pose pas de problème de fond mais qu'il pense qu'il faudrait remplacer, dans la troisième phrase, les mots « Il a en outre été noté » par « Certains membres ont noté en outre ».

Le paragraphe 16, tel que modifié par MM. Tladi et Nolte, est adopté.

Paragraphe 17 et 18

Les paragraphes 17 et 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

18. Le PRÉSIDENT propose de remplacer, dans la dernière phrase de la version française, les mots « mais d'autres ont exprimé des doutes quant à la faisabilité de cette proposition » par « alors que d'autres ont exprimé des doutes quant à la possibilité de réaliser cette proposition ».

19. Sir Michael WOOD dit qu'il peut approuver cette modification à condition que le mot *feasability*, qui exprime exactement le sens voulu en anglais, soit conservé dans la version anglaise.

Il en est ainsi décidé.

20. M. NOLTE propose de remplacer, dans la première phrase de la version anglaise, l'article défini *the* avant *Status of Forces Agreement* par l'article indéfini *a*.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

b) Observations sur le projet d'article A

Paragraphe 20

21. M. MURPHY propose de remplacer dans la deuxième phrase, avant « et d'autres acteurs », le mot « tiers » par « États ».

22. M. FORTEAU note que le projet d'article A renvoie aux « États et autres acteurs », ce qui va dans le sens de la proposition faite par M. Murphy.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21 à 23

Les paragraphes 21 à 23 sont adoptés.

c) Observations sur le projet d'article 13

Paragraphe 24

23. M. NOLTE dit que l'adjectif « fondamentaux », après « principes », n'ajoute rien au sens de la deuxième phrase et propose par conséquent de le supprimer.

Il en est ainsi décidé.

³⁷⁰ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 187.

24. M. PETRIČ se demande s'il est approprié de commencer la deuxième phrase par les mots «Il a aussi été souscrit à l'idée que», qui donnent à penser qu'il y avait consensus sur ce point, ce qui n'était pas tout à fait le cas. Il propose de remplacer ces mots par une formule comme «L'idée a été exprimée» ou «Selon le sentiment général».

25. Le PRÉSIDENT propose, pour répondre à la préoccupation de M. Petrič, d'insérer le membre de phrase «Certains membres ont» avant les mots «aussi souscrit à l'idée que».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

26. M. NOLTE propose de remplacer, dans la troisième phrase de la version anglaise, l'expression *internal rules* par *domestic legislation* puisqu'il est dit dans ce paragraphe qu'il n'est pas facile de déroger à de telles exigences et qu'y déroger peut poser des problèmes sur le plan constitutionnel.

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

d) Observations sur le projet d'article 14

Paragraphe 27 et 28

Les paragraphes 27 et 28 sont adoptés.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 29 à 31

Les paragraphes 29 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

27. M. MURASE dit que le paragraphe 32 semble indiquer qu'un accord type sur le statut des forces en cas de catastrophe pourrait être utilisé pour encadrer les activités d'acteurs non militaires alors que, par définition, de tels accords ne régissent pas ces activités. Il propose, par souci de clarté, d'ajouter tout d'abord les mots «dans le cadre des opérations de maintien de la paix» à la fin de la première phrase. Deuxièmement, puisqu'il faut envisager, dans le contexte des catastrophes, les activités des acteurs militaires et non militaires dans des accords séparés, il faudrait peut-être traiter ces deux questions dans des paragraphes distincts du commentaire.

28. M. VALENCIA-OSPINA (Rapporteur spécial) dit qu'il peut accepter la première proposition de M. Murase car elle tend à clarifier l'objet du modèle d'accord de l'ONU sur le statut des forces pour les opérations de maintien de la paix³⁷¹. Toutefois, concernant sa seconde proposition, l'accord type à utiliser en cas de catastrophe que la Commission doit élaborer s'inspirerait du modèle d'accord de l'ONU sur le statut des forces mais il s'en

écarterait en ce qu'il couvrirait à la fois les activités des acteurs militaires et des acteurs non militaires. Pour éviter toute ambiguïté, on pourrait ajouter les mots «qu'élaborerait la Commission» après «alors que l'accord type».

29. Le Rapporteur spécial propose en outre de remplacer dans la dernière phrase la formule «le mandat conféré à la Commission, portant sur la codification et le développement progressifs des règles applicables du droit international», qui est trop vague, par «le champ de ce sujet, tel qu'approuvé par la Commission».

Il en est ainsi décidé.

30. M. NOLTE propose d'ajouter dans la troisième phrase les mots «établi par l'ONU» après «accord type sur le statut des forces».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 33 et 34

Les paragraphes 33 et 34 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

C. Textes des projets d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

Paragraphe 35

Le paragraphe 35 est adopté.

La section C est adoptée.

Le chapitre V, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre VI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/L.804 et Add.1)

A. Introduction (A/CN.4/L.804)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

1. PRÉSENTATION PAR LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE DU RAPPORT PRÉLIMINAIRE

Paragraphe 5

31. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose d'insérer dans la deuxième phrase les mots «à propos desquelles il n'y a pas de consensus et» avant «qu'il faudrait examiner». Elle propose en outre d'insérer dans la troisième phrase, après la seconde mention de l'immunité *ratione materiae*, les mots «y compris les exceptions possibles».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

³⁷¹ Modèle d'accord sur le statut des forces pour les opérations de maintien de la paix, Rapport du Secrétaire général (A/45/594).

Paragraphe 6

32. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle voudrait proposer plusieurs modifications à ce paragraphe pour refléter plus fidèlement sa présentation du rapport préliminaire et le débat qui a suivi. Premièrement, on pourrait reformuler la première partie de la première phrase comme suit :

« En présentant son rapport, la Rapporteuse spéciale a souligné que celui-ci avait le caractère d'un rapport "de transition" tenant compte des travaux effectués par le précédent Rapporteur spécial dans ses trois rapports³⁷² et par le Secrétariat dans son mémorandum³⁷³ (qui demeureraient utiles pour les futurs travaux de la Commission) ainsi que de l'évolution des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission. »

33. Deuxièmement, la Rapporteuse spéciale propose de remplacer les mots « qui protégeaient les » par « des » dans la neuvième phrase ; d'insérer les mots « et du droit international » après « communauté internationale » et de remplacer, dans la version espagnole, l'expression *en particular*, particulièrement restrictive, par *includos* – sachant que cette modification n'aurait pas d'incidence sur la version anglaise.

34. Troisièmement, elle propose de remplacer, dans l'antépénultième phrase, la formule « tout en s'intéressant aussi aux différentes techniques et relations aux échelons tant national qu'international », qui ne correspond à rien de ce qu'elle a dit lors de la présentation de son rapport préliminaire, par « en présence ».

35. M. NOLTE demande à la Rapporteuse spéciale si elle souhaite que son approche systémique couvre uniquement les principes et les valeurs relatifs aux droits de l'homme ou tous les principes et toutes les valeurs.

36. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'au mot *including* dans la version anglaise correspondent les mots *en particular* dans la version espagnole. Elle a proposé de les remplacer par *includos* pour indiquer que si ce qui suit est un type particulier de principe, d'autres peuvent être pris en considération.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

37. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose de modifier la dernière phrase comme suit :

« La Rapporteuse spéciale a rappelé que ces aspects avaient été traités dans une large mesure par le précédent Rapporteur spécial. Cependant, comme ils n'avaient pas fait l'objet d'un consensus, il était utile que la Commission examine les points de controverse avec un peu plus de recul. La Rapporteuse spéciale a indiqué à cet

³⁷² *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

³⁷³ A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission).

effet qu'elle comptait présenter déjà des projets d'article dans son rapport suivant. »

38. Le PRÉSIDENT propose de supprimer le mot « éventuellement » dans la troisième phrase.

39. Sir Michael WOOD dit qu'il ne comprend pas bien le sens des mots *to figure out the actual scope of the functional nature of immunity* dans la quatrième phrase de la version anglaise et demande si la Rapporteuse spéciale pourrait proposer une solution pour l'améliorer.

40. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que le texte espagnol est clair ; toutefois, pour répondre à la préoccupation de Sir Michael au sujet de la version anglaise, elle propose de remplacer les mots *the actual scope of the functional nature* par *the functional dimension*, une formule qui est plus générale et reflète mieux les observations faites pendant le débat, notamment par la Rapporteuse spéciale, dans le but de préciser que toute immunité a un caractère fonctionnel.

Le paragraphe 7 est adopté avec les modifications proposées par la Rapporteuse spéciale et le Président.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations générales

Paragraphe 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

b) Considérations d'ordre méthodologique

1) Développement progressif du droit international et codification

Paragraphe 11 à 16

Les paragraphes 11 à 16 sont adoptés.

2) Approche systémique

Paragraphe 17

Le paragraphe 17 est adopté.

Paragraphe 18

41. M. NOLTE dit, à propos de la première phrase, que lui-même et Sir Michael ont fait des observations sur l'argument « de la tendance » mais que celles-ci n'avaient rien à voir avec l'approche systémique. Il propose par conséquent de retirer le paragraphe 18 de la sous-section intitulée « Approche systémique » et de l'inclure dans une nouvelle sous-section intitulée « Tendances du droit international ». Il faudrait remplacer la première phrase du paragraphe par : « Il a été souligné que la Commission devait accueillir avec prudence l'affirmation selon laquelle il existait une "tendance" vers une limitation des immunités et de leur portée devant les juridictions nationales. » Dans la deuxième phrase, les mots « fondée sur la pratique » devraient être supprimés. Il faudrait aussi supprimer la troisième phrase qui ne traite pas de l'argument « de la tendance » et conserver la dernière phrase en l'état. Cette proposition vise à préciser le contexte dans lequel cet argument a été avancé et examiné, et à faire en sorte qu'il ne soit pas confondu avec un autre.

42. M. HMOUD dit que la proposition de M. Nolte ne lui pose pas de problème. Il propose en outre d'inclure la citation suivante, tirée du paragraphe 91 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* :

[...] la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce.

Concernant l'argument «de la tendance», M. Hmoud serait favorable à l'inclusion d'une référence à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*; il dit qu'il retrouvera la citation exacte.

43. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle ne s'oppose pas à ces modifications. Elle propose donc de supprimer le paragraphe 18 dans la section intitulée «Approche systémique», le paragraphe 19 devenant le paragraphe 18. Un nouveau texte établi sur la base des propositions de MM. Nolte et Hmoud constituerait le paragraphe 19, lequel figurerait dans une nouvelle section séparée qui se lirait comme suit :

«3) Tendances du droit international

«19. Certains membres ont mis en garde la Commission contre l'affirmation selon laquelle il existait une "tendance" vers une limitation des immunités et de leur portée devant les juridictions nationales. Il a d'ailleurs été rappelé que, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait réfuté la thèse des tribunaux italiens relative à l'existence en droit international d'une tendance à limiter l'immunité de l'État dans l'application de l'exception territoriale à raison d'actes *jure imperii*, et avait relevé une tendance contraire à réaffirmer l'immunité devant les juridictions pénales nationales. Il a en outre été rappelé que la décision rendue dans l'affaire *Pinochet*, depuis son prononcé en 1999, n'avait pas été largement suivie. Certains autres membres se sont référés à l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal en ce qu'elle semblait indiquer qu'au mieux il n'existait pas de règle concernant l'immunité *ratione materiae* pour ce qui était des crimes internationaux les plus graves et qu'il y avait peut-être une tendance vers l'absence d'immunité.»

44. Sir Michael WOOD dit qu'il faudrait remplacer, dans la dernière phrase du nouveau paragraphe, les mots «en ce qu'elle» (*in that*) après «Buergenthal» par «dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui».

45. M. TLADI se demande si la dernière phrase, assez ambiguë, reflète bien la tendance à ne pas étendre l'immunité.

46. M. HMOUD partage l'avis de M. Tladi et propose de remplacer les mots «qu'il y avait peut-être une tendance vers l'absence d'immunité» par le membre de phrase «qu'il y avait en réalité une tendance indiquant qu'il n'y a pas d'immunité».

47. M. HASSOUNA propose que ce dernier membre de phrase se lise comme suit : «une tendance vers l'absence d'immunité».

Il en est ainsi décidé.

48. M. CANDIOTI propose, dans la version anglaise de la phrase *Moreover, it was noted that the Pinochet decision, since it was rendered in 1999, had not been widely followed*, de supprimer les mots *since it was*.

Il en est ainsi décidé.

Le nouveau paragraphe est adopté avec les modifications proposées par Sir Michael Wood, M. Candiotti et M. Hassouna.

Paragraphe 18 [ancien paragraphe 19]

Le paragraphe 18 est adopté.

3) Valeurs de la communauté internationale

Paragraphe 20

49. M. NOLTE dit qu'il faudrait remplacer, dans la première phrase, les mots «transposition des arguments des "valeurs"» par «transposition de valeurs». Dans la dernière phrase de la version anglaise, il faudrait insérer le verbe *to have* entre les mots *it would have* et *a solid*.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21 et 22

Les paragraphes 21 et 22 sont adoptés.

4) Identification des questions essentielles

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

c) Considérations de fond

Paragraphe 24

50. M. NOLTE dit qu'il faudrait, dans l'expression *of another State or its officials* qui figure dans le texte anglais, remplacer le mot *of* par *on*.

Le paragraphe 24, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

51. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que pour rendre compte de la discussion tenue pendant le débat général, il faudrait ajouter une phrase libellée comme suit à la fin du paragraphe : «Cependant, certains membres ont fait observer que tant l'immunité *ratione personae* que l'immunité *ratione materiae* avaient clairement un caractère fonctionnel.»

52. M. NOLTE dit que l'ajout proposé ne lui pose pas de problème mais qu'on pourrait après cette nouvelle phrase en insérer une autre ainsi libellée : «Certains autres

membres n'étaient pas convaincus que l'adjectif "fonctionnel" soit suffisamment clair pour aider à résoudre les problèmes de fond sous-jacents.»

53. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) appuie cette proposition.

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

1) Champ du sujet

Paragraphe 27

Le paragraphe 27 est adopté.

Paragraphe 28

54. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots «juridiction de l'État de nationalité» par les mots «juridiction de leur propre État». Ce n'est pas la nationalité du représentant de l'État qui importe mais le fait que l'intéressé soit le représentant d'un État donné.

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 29

55. Le PRÉSIDENT dit que la note de bas de page associée au paragraphe 34, concernant l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, devrait être associée au paragraphe 29 et qu'il faudrait modifier en conséquence le libellé de la note associée au paragraphe 34.

Le paragraphe 29 est adopté sous réserve de cette modification relative aux notes de bas de page.

Paragraphe 30

56. Sir Michael WOOD dit qu'il faudrait remplacer le membre de phrase «dans la mesure où certains aspects de l'inviolabilité étaient étroitement liés à l'immunité» par «dans la mesure où l'inviolabilité de la personne était étroitement liée à l'immunité».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

2) Emploi de certains termes

Paragraphe 31

Le paragraphe 31 est adopté.

Paragraphe 32

57. M. NOLTE dit qu'il faudrait remplacer dans la première phrase de la version anglaise le mot *conveyance* par *convergence*.

58. M. TLADI dit que cette phrase est correctement libellée en l'état; elle évoque la transmission du sens et non la convergence des sens.

Le paragraphe 32 est adopté.

3) Immunité *ratione personae*

Paragraphe 33

59. M. FORTEAU dit que, dans la première phrase, les mots «qui était fondée sur une loi» ne correspondent pas

à l'anglais *which was status based*. Il faudrait remplacer dans la version française le membre de phrase correspondant par les mots «qui était attachée à un statut».

Le paragraphe 33, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 34

60. M. HMOUD signale une erreur dans la version anglaise de la deuxième phrase, où les mots *both aspects* sont utilisés deux fois; il faudrait la corriger.

61. M. TLADI dit qu'il faudrait remplacer, à la fin de la première phrase de la version anglaise, le mot *canvassed* par *assessed*, qui convient mieux dans ce contexte.

62. Sir Michael WOOD dit qu'il préférerait le verbe *explored* à *assessed*.

63. Le PRÉSIDENT dit que la proposition de Sir Michael correspond davantage à la version française.

Le paragraphe 34, tel que modifié par M. Hmoud et Sir Michael Wood, est adopté.

Paragraphe 35

64. Sir Michael WOOD dit qu'il faudrait supprimer, dans la deuxième phrase, l'expression «de manière limitée» et remplacer le membre de phrase «à d'autres personnes occupant un rang élevé» par «à un cercle étroit de personnes occupant un rang élevé dans un État», qui est plus proche du libellé retenu par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire. Sir Michael propose en outre de supprimer les mots «notamment, a-t-on suggéré, les députés».

65. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) approuve l'ensemble des propositions faites par Sir Michael.

66. M. MURASE dit que c'est lui qui avait proposé, en s'appuyant sur l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, d'inclure une référence aux députés; cela étant, il n'est pas opposé à sa suppression.

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36 et 37

Les paragraphes 36 et 37 sont adoptés.

4) Immunité *ratione materiae*

Paragraphe 38 à 40

Les paragraphes 38 à 40 sont adoptés.

Paragraphe 41

67. M. MURPHY dit qu'il faudrait remplacer, dans la dernière phrase, l'expression «donnant lieu» par «ne donnant pas lieu». Cela refléterait mieux l'argument avancé par certains membres pour qui le point de vue selon lequel l'immunité des représentants de l'État s'étend à la commission d'actes illégaux est indéfendable.

68. M. HMOUD propose d'insérer la phrase ci-après à la fin du paragraphe : « On a fait observer que la Commission serait en mesure d'apporter une contribution positive à la définition de la notion d'acte officiel aux fins de cette forme d'immunité, étant entendu qu'en l'absence de consensus sur l'existence de l'immunité pour certains crimes il faudrait conclure, par défaut, à l'absence de règle relative à l'immunité. »

69. M. NOLTE approuve la proposition de M. Murphy. Pour ce qui est de la proposition de M. Hmoud, il faudrait choisir une formule autre que « On a fait observer », car M. Hmoud est le seul à avoir adopté la position reflétée dans cette proposition.

70. M. HMOUD dit que, si M. Nolte préfère, on pourrait peut-être utiliser la formule « Il a été suggéré ».

71. M. ŠTURMA dit que l'ajout proposé par M. Murphy pour la dernière phrase n'est pas nécessaire. Telle qu'elle est libellée, cette phrase indique qu'une approche excluant complètement les actes *ultra vires* n'est pas défendable dans la mesure où l'immunité suppose, par définition, que la personne qui en bénéficie peut commettre des actes illégaux donnant lieu à des poursuites pénales. Cette phrase indique simplement que la question de l'immunité peut être soulevée.

72. M. SABOIA dit que, lors du débat en séance plénière, il a exprimé l'avis selon lequel les crimes de guerre commis par des représentants de l'État pouvaient donner lieu à des poursuites. Il approuve les remarques de M. Šturma.

73. À l'issue d'un débat auquel participent Sir Michael WOOD, M. CANDIOTI et le PRÉSIDENT, M. HMOUD propose que la nouvelle version de la dernière phrase du paragraphe 41 se lise comme suit : « Il a été observé que la Commission serait en mesure d'apporter une contribution positive à la définition de la notion "d'acte officiel", étant entendu qu'en l'absence de consensus sur l'existence de l'immunité pour un crime donné, il faudrait conclure, par défaut, à l'absence d'immunité. »

74. M. MURPHY rappelle qu'il a proposé d'ajouter les mots « ne donnant pas lieu » entre « actes illégaux » et « à des poursuites pénales » parce qu'il considère que la thèse selon laquelle le représentant de l'État qui a commis un acte illégal ne bénéficie pas de l'immunité n'est pas défendable. L'immunité suppose par définition que la personne qui en bénéficie peut commettre des actes illégaux qui ne seront pas soumis à la juridiction pénale.

75. M. CANDIOTI souligne que M. Murphy parle de juridiction pénale alors qu'il est question de poursuites pénales dans le texte de référence, ce qui n'est pas la même chose. Le point de vue de M. Šturma sur le libellé de la phrase semble plus logique.

76. Le PRÉSIDENT annonce que l'examen du paragraphe 41 est suspendu jusqu'à la séance suivante et espère que les membres de la Commission pourront parvenir à un consensus d'ici là.

Paragraphe 42 et 43

Les paragraphes 42 et 43 sont adoptés.

Paragraphe 44

77. Sir Michael WOOD dit qu'il faudrait remplacer, dans la troisième phrase, les mots « avait droit » par « pouvait bénéficier ». Il ne faudrait pas en effet que la Commission donne à penser que c'est le représentant de l'État, et non lui-même, qui a droit à l'immunité.

Le paragraphe 44, ainsi modifié, est adopté.

5) Exceptions possibles à l'immunité

Paragraphe 45

Le paragraphe 45 est adopté.

Paragraphe 46

78. M. HMOUD dit qu'une note de bas de page appropriée devrait être ajoutée concernant l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*.

Le paragraphe 46 est adopté sous réserve de l'ajout d'une note de bas de page.

Paragraphe 47 et 48

Les paragraphes 47 et 48 sont adoptés.

Paragraphe 49

79. M. NOLTE propose d'insérer, dans la première phrase, les mots « des violations alléguées des » entre les mots « le cas dans lequel » et « normes de *jus cogens* » : la question d'une exception à l'immunité ne se pose pas dans tous les cas dans lesquels des normes de *jus cogens* sont concernées mais uniquement lorsque ces normes peuvent avoir été violées. Il faudrait supprimer dans la version anglaise de la même phrase le mot *individualised* et remplacer, dans la dernière phrase, les mots « était sans fondement » par « n'était pas suffisamment fondée », sinon ce qui est dit dans cette phrase ne serait pas tout à fait exact : la Cour n'a pas constaté une absence totale de soutien à la thèse de l'existence d'une limitation à l'immunité de l'État, mais un soutien insuffisant. Enfin, le mot « régulière » devrait être remplacé par « généralisée ».

80. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) approuve l'ensemble des modifications proposées.

Le paragraphe 49, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 50

81. M. TLADI propose d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase libellée comme suit : « D'autres membres de la Commission ont toutefois relevé que certaines opinions dissidentes et individuelles de juges allaient dans le sens d'une incidence du *jus cogens* sur les règles relatives aux immunités. »

Le paragraphe 50, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 51 et 52

Les paragraphes 51 et 52 sont adoptés.

d) *Aspects procéduraux*

Paragraphe 53 et 54

*Les paragraphes 53 et 54 sont adoptés.*e) *Forme définitive*

Paragraphe 55

82. Répondant à une question de Sir Michael, M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que la deuxième phrase devrait être modifiée comme suit : « L'intention de la Rapporteuse spéciale d'élaborer et de présenter des projets d'article sur le sujet, qui pourrait être achevé en première lecture durant le quinquennat en cours, était néanmoins globalement soutenue. »

83. M. NOLTE propose de modifier le début de la dernière phrase dans la version anglaise comme suit : « Tout en reconnaissant qu'il était prématuré d'indiquer ».

*Le paragraphe 55, ainsi modifié, est adopté.**La séance est levée à 13 h 5.***3157^e SÉANCE***Jeudi 2 août 2012, à 15 h 5**Président : M. Lucius CAFLISCH*

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (suite)

Chapitre VI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (fin) [A/CN.4/L.804 et Add.1]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption de la sous-section du chapitre VI, figurant dans le document A/CN.4/L.804/Add.1, paragraphe par paragraphe.

B. Examen du sujet à la présente session (fin)

3. CONCLUSIONS DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (A/CN.4/L.804/ADD.1)

Paragraphe 1

2. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose de modifier la dernière phrase pour qu'elle se lise comme suit : « La Rapporteuse spéciale a réaffirmé

sa volonté de tenir compte des travaux accomplis par le précédent Rapporteur spécial³⁷⁴ et par le Secrétariat dans son mémorandum³⁷⁵ ainsi que des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, tout en proposant une nouvelle approche qui facilitera le consensus au sein de la Commission sur les aspects controversés du sujet. »

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

3. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose de modifier le paragraphe pour qu'il se lise comme suit :

« La Rapporteuse spéciale a également noté avec satisfaction que les commentaires faits dénotaient une réceptivité générale et qu'un large soutien avait été apporté à la méthodologie et aux approches qu'elle avait l'intention de suivre, y compris, en particulier, la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*, que l'on chercherait à préciser au cours des travaux sur le sujet ; l'approche systématique proposée et le traitement des différents groupes de questions un par un. Dans ce cadre, elle a rappelé qu'aucune approche retenue par la Commission dans ses travaux n'était tout à fait neutre. Elle a confirmé qu'elle prévoyait de poursuivre ses travaux en se fondant sur un examen approfondi de la pratique des États, de la doctrine et de la jurisprudence au niveau tant national qu'international. Elle a également dit qu'il fallait prendre en considération les valeurs et les principes, et se concentrer sur ceux qui étaient largement acceptés et reflétaient un consensus international. L'objectif général consisterait à adopter une approche équilibrée de l'immunité qui n'aille pas à l'encontre des efforts consentis par la communauté internationale pour combattre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves. La Rapporteuse spéciale a également fait observer que la question des exceptions possibles à l'immunité serait extrêmement importante dans les débats de la Commission. Il a été noté que, bien que des notions telles que l'immunité "absolue" ou "restreinte" soient trop limitées à des fins d'analyse, elles pourraient servir à établir une distinction claire lorsque la Commission examinerait le régime des exceptions possibles. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, seuls les crimes qui concernaient l'ensemble de la communauté internationale, qui étaient abominables et largement reconnus comme tels et qui faisaient l'objet d'un vaste consensus, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mériteraient d'être pris en considération dans les débats sur les exceptions possibles. Toujours dans ce contexte, il serait essentiel d'examiner la pratique des États et les travaux préalables de la Commission. »

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

³⁷⁴ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire), *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport), et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

³⁷⁵ A/CN.4/596 et Corr.1 (document reprographié, disponible sur le site Web de la Commission).

Paragraphe 3

4. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose de modifier le paragraphe pour qu'il se lise comme suit :

«La Rapporteuse spéciale a conclu, à la lumière du débat, que le plan de travail figurant au paragraphe 72 de son rapport préliminaire restait pleinement valide. Par conséquent, elle a affirmé qu'elle souhaitait entreprendre, de façon systématique et structurée, l'examen et l'analyse des quatre grands domaines recensés dans le plan de travail proposé, à savoir les questions générales de nature méthodologique et théorique, l'immunité *ratione personae*, l'immunité *ratione materiae* et les aspects procéduraux de l'immunité, d'une manière concrète et pratique, en intégrant dans ses rapports les projets d'article correspondant. Elle a indiqué qu'elle s'efforcera, l'année suivante, de traiter les questions générales contenues à l'alinéa premier de son plan de travail, ainsi que les divers aspects de l'immunité *ratione personae*. Elle a également exprimé l'espoir qu'il serait possible d'achever la première lecture des projets d'article pendant le quinquennat en cours.»

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

5. Le PRÉSIDENT propose de revenir sur le paragraphe 41 du chapitre VI du projet de rapport à l'examen, qui figure dans le document A/CN.4/L.804.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT (*fin*)

c) *Considérations de fond (fin)*

4) Immunité *ratione materiae (fin)*

Paragraphe 41 (*fin*)

6. M. MURPHY propose de modifier la troisième phrase pour qu'elle se lise comme suit : «Toutefois, certains membres ont estimé que cette approche était indéfendable dans la mesure où, par définition, l'immunité supposait que la personne pouvait en bénéficier pour de tels actes.»

Le paragraphe 41, ainsi modifié, est adopté.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre VI du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre IX. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) [A/CN.4/L.807]

7. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption du document A/CN.4/L.807, paragraphe par paragraphe.

A. Introduction

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

DÉBATS DU GROUPE DE TRAVAIL

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

a) *Principales questions soulevées par le sujet*

Paragraphe 8

8. M. MURPHY propose de supprimer, à la fin de la première phrase, les mots «afin d'aider la Commission à prendre une décision».

a) *Harmonisation*

9. M. KITTICHAISAREE propose de remplacer le membre de phrase «l'étude du Secrétariat sur les conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission³⁷⁶» par «l'étude du Secrétariat sur les conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour le sujet», de façon à aligner le libellé de cet alinéa sur celui du paragraphe 13.

b) *Interprétation, application et mise en œuvre*

10. Sir Michael WOOD propose de remplacer, dans la dernière phrase, l'adjectif «chronique» par «grave», qui convient mieux.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

b) *Lien avec la compétence universelle*

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

c) *Faisabilité du sujet*

Paragraphe 11

11. M. FORTEAU propose de remplacer «Faisabilité du sujet» par «Caractère réalisable du sujet».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12 à 16

Les paragraphes 12 à 16 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre IX du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

³⁷⁶ *Annuaire ... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/630.

Chapitre XI. La clause de la nation la plus favorisée (A/CN.4/L.809)

12. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption du document A/CN.4/L.809, paragraphe par paragraphe.

A. Introduction

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés sous réserve d'être complétés par le Secrétariat.

1. TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE

Paragraphe 5 à 7

Les paragraphes 5 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

13. M. FORTEAU fait observer qu'il serait utile de préciser à quelle fin les arbitres et les conseils intervenant dans les affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses de la nation la plus favorisée ont été recensés.

14. M. McRAE (Président du Groupe d'étude) dit qu'il communiquera le texte requis au Secrétariat.

Le paragraphe 8 est adopté sous réserve de la modification qui sera apportée par le Président du Groupe d'étude.

Paragraphe 9 à 18

Les paragraphes 9 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

15. M. FORTEAU dit qu'à la fin du paragraphe 19 de la version française il faut remplacer «exceptions de politique publique» par «exceptions d'ordre public» et supprimer les guillemets.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20 et 21

Les paragraphes 20 et 21 sont adoptés.

Paragraphe 22

16. M. NOLTE dit qu'à la fin de la première phrase il faudrait remplacer les termes «d'espèce» par «de chaque traité».

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

17. M. NOLTE dit qu'il faudrait ajouter, à la cinquième ligne, l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969, car

cet article contient aussi un principe important d'interprétation des traités.

18. M. FORTEAU dit que, comme dans le paragraphe 19, il faut, à l'avant-dernière ligne de la version française, remplacer «exceptions de politique publique» par «exceptions d'ordre public» et supprimer les guillemets.

Le paragraphe 23, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 24 et 25

Les paragraphes 24 et 25 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre XI du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre VII. L'application provisoire des traités (A/CN.4/L.805)

19. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption du document A/CN.4/L.805, paragraphe par paragraphe.

A. Introduction

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté sous réserve de modifications rédactionnelles.

RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL CONCERNANT LES CONSULTATIONS INFORMELLES TENUES SUR LE SUJET

Paragraphe 5

20. Le PRÉSIDENT dit que, dans la version française, il faut remplacer «informelles» par «officieuses» dans l'intertitre et dans le paragraphe 5.

Le paragraphe 5, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 6 à 9

Les paragraphes 6 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

21. Sir Michael WOOD dit que ce paragraphe traite en réalité de deux questions différentes, car la première phrase porte sur la pratique interne des États, c'est-à-dire les dispositions législatives et constitutionnelles concernant l'application provisoire des traités, tandis que la seconde indique qu'il serait utile d'avoir un aperçu de la pratique des États, au sens d'exemples de clauses

conventionnelles relatives à l'application provisoire des traités. Il propose donc d'insérer, dans la première phrase, l'adjectif «interne» entre «position» et «des États», et de faire de la seconde phrase un nouveau paragraphe, qui pourrait se lire comme suit : «Il a aussi été observé qu'il serait utile pour les travaux de la Commission que celle-ci dispose d'exemples de clauses conventionnelles relatives à l'application provisoire des traités.»

22. M. NOLTE propose de supprimer «tout simplement» dans la première phrase.

Le paragraphe 10, tel que modifié, est adopté, étant entendu qu'il sera suivi d'un paragraphe 10 bis comme convenu.

Paragraphe 11 à 15

Les paragraphes 11 à 15 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre VII du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre XII. Autres décisions et conclusions de la Commission (A/CN.4/L.811)

23. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption du document A/CN.4/L.811, paragraphe par paragraphe.

J. Séminaire de droit international (A/CN.4/L.811)

Paragraphe 1 à 10

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 12 à 14

Les paragraphes 12 à 14 sont adoptés.

La section J, telle que modifiée, est adoptée.

La séance est levée à 16 h 15.

3158^e SÉANCE

Vendredi 3 août 2012, à 10 h 5

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (*fin*)

Chapitre VIII. Formation et identification du droit international coutumier (A/CN.4/L.806)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre VIII de son projet de rapport, figurant dans le document publié sous la cote A/CN.4/L.806.

A. Introduction

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

1. PRÉSENTATION DE SA NOTE PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 5 à 13

Les paragraphes 5 à 13 sont adoptés.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) *Observations générales*

Paragraphe 14 à 17

Les paragraphes 14 à 17 sont adoptés.

b) *Portée du sujet et définitions*

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

2. M. NOLTE propose, pour plus de cohérence, de supprimer le mot «essentiel» dans la dernière phrase.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20 à 22

Les paragraphes 20 à 22 sont adoptés.

c) *Méthodologie*

Paragraphe 23 à 26

Les paragraphes 23 à 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

3. Le PRÉSIDENT dit que l'article *the* devrait être inséré avant *need* dans la première phrase de la version anglaise.

Le paragraphe 27, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté.

d) *Points à examiner*

Paragraphe 29 à 33

Les paragraphes 29 à 33 sont adoptés.

Paragraphe 34

4. M. FORTEAU propose de supprimer les mots « dans lequel la coutume était prétendument formée » à la fin de la dernière phrase car ils n'ajoutent rien et risquent de prêter à confusion.

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

*Le paragraphe 35 est adopté.*e) *Résultat final des travaux de la Commission sur le sujet*

Paragraphe 36

Le paragraphe 36 est adopté.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 37 à 40

Les paragraphes 37 à 40 sont adoptés.

Paragraphe 41

5. M. NOLTE dit que la deuxième phrase laisse entendre que le Rapporteur spécial opère une distinction entre la formation et l'identification; il faudrait indiquer clairement que cela n'est pas le cas. L'expression « [types] d'information qui pourraient servir de matière première à cette fin » n'est pas très claire et devrait être remplacée par « [types] d'information qui pourraient expliquer la formation du droit international coutumier ».

6. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial) propose plutôt de supprimer les mots « de matière première »; l'on montrerait ainsi clairement que le sujet couvre à la fois la méthode d'identification d'une règle de droit coutumier et les types d'information utilisés à cette fin.

Le paragraphe 41, tel que modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphe 42 et 43

Les paragraphes 42 et 43 sont adoptés.

Paragraphe 44

7. Le PRÉSIDENT propose de remplacer, dans la sixième phrase de la version anglaise, les mots *the Commission's eventual practical outcome* par *the practical outcome of the Commission's work*.

Le paragraphe 44, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 45 à 47

*Les paragraphes 45 à 47 sont adoptés.**La section B, telle que modifiée, est adoptée.**Le chapitre VIII, tel qu'il a été modifié, est adopté.***Chapitre X. Les traités dans le temps (A/CN.4/L.808)**

8. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre X de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.808.

A. Introduction

Paragraphe 1 à 3

*Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.**La section A est adoptée.***B. Examen du sujet à la présente session***Paragraphe 4 à 7**Les paragraphes 4 à 7 sont adoptés.*

1. DÉBATS DU GROUPE D'ÉTUDE

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

a) *Conclusion de l'examen du deuxième rapport par le Président du groupe d'étude*

Paragraphe 9 et 10

Les paragraphes 9 et 10 sont adoptés.

b) *Examen du troisième rapport du Président du groupe d'étude*

Paragraphe 11

9. M. FORTEAU dit que, dans la version française, dans la première phrase, il faudrait remplacer l'expression « en marge » par « en dehors ». Dans la deuxième phrase, le mot « traité », qui précède les termes « au sens du paragraphe 3 a », devrait être remplacé par « accord ».

10. M. NOLTE (Rapporteur spécial) approuve ces deux modifications apportées à la version française et note qu'elles n'ont pas d'incidence sur la version anglaise.

Le paragraphe 11 est adopté avec ces modifications apportées à la version française.

Paragraphe 12

11. M. FORTEAU dit que, dans la version française, les mots « irrecevabilité » dans la troisième phrase et « irrévocables » dans la quatrième phrase ne reflètent pas fidèlement l'anglais (*determinacy* et *determinate*, respectivement) : il faudrait trouver une meilleure traduction.

12. M. NOLTE (Rapporteur spécial) approuve les remarques de M. Forteau concernant ces deux termes.

Le paragraphe 12 est adopté, sous réserve d'améliorations d'ordre linguistique à apporter à la version française.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

c) Modalités des travaux de la Commission sur le sujet

Paragraphes 14 à 18

Les paragraphes 14 à 18 sont adoptés.

2. CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES DU PRÉSIDENT DU GROUPE D'ÉTUDE, REMANIÉES À LA LUMIÈRE DES DÉBATS AU SEIN DU GROUPE D'ÉTUDE

Paragraphe 19

Le paragraphe 19 est adopté.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre X, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre XII. Autres décisions et conclusions de la Commission (fin) [A/CN.4/L.810]

13. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre XII de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.810.

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

B. L'application provisoire des traités

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

La section B est adoptée.

C. Formation et identification du droit international coutumier

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

La section C est adoptée.

D. Les traités dans le temps

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

La section D est adoptée.

E. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

1. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

2. PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA COMMISSION POUR LE RESTE DU QUINQUENNAT

Paragraphe 8

14. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle avait soumis au Secrétariat plusieurs modifications à apporter à la version espagnole du programme de travail de la Commission, dont l'alinéa *c* a trait au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Or, ces modifications n'ont pas été apportées. Il faudrait remplacer, sous la rubrique «2013», les mots *del proyecto de artículos*, après *Examen y aprobación* par *de los proyectos de artículo*. Toutes les occurrences ultérieures de cette formule devraient être modifiées de la même manière, sauf dans le texte figurant sous la rubrique «2016», qu'il convient de conserver puisqu'il vise l'ensemble complet du projet d'articles. M^{me} Escobar Hernández propose également de supprimer toutes les occurrences de l'expression «le cas échéant» dans toutes les langues.

Le paragraphe 8 est adopté sous réserve de ces modifications d'ordre rédactionnel.

3. EXAMEN DE LA RÉSOLUTION 66/102 DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, EN DATE DU 9 DÉCEMBRE 2011, RELATIVE À L'ÉTAT DE DROIT AUX NIVEAUX NATIONAL ET INTERNATIONAL

Paragraphes 9 à 11

Les paragraphes 9 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

15. M. NOLTE propose de préciser la référence à la «réunion de haut niveau» au paragraphe 12, en indiquant de quelle réunion il s'agit.

Le paragraphe 12 est adopté, sous réserve qu'il soit complété par le Secrétariat.

Paragraphe 13

16. À l'issue d'un échange de vues sur un aspect de la langue anglaise auquel participent le PRÉSIDENT, Sir Michael WOOD et M. McRAE, M. NOLTE propose de remplacer l'expression «reposer sur» par «tenir compte de».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

4. HONORAIRES

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

5. DOCUMENTATION ET PUBLICATIONS

Paragraphes 16 à 21

Les paragraphes 16 à 21 sont adoptés.

6. FONDS D’AFFECTATION SPÉCIALE POUR RÉSORBER L’ARRIÉRÉ DE PUBLICATION DE L’ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

Paragraphe 22

Le paragraphe 22 est adopté.

7. AIDE DE LA DIVISION DE LA CODIFICATION

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

8. SITES WEB

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté.

La section E, telle que modifiée, est adoptée.

F. Dates et lieu de la soixante-cinquième session de la Commission

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

17. M. CANDIOTI propose d’ajouter entre les sections F et G un nouveau paragraphe intitulé «Hommage au Secrétaire de la Commission», qui se lirait comme suit :

«À sa 3158^e séance, le 3 août 2012, la Commission a rendu hommage à M. Václav Míkulka, qui s’est éminemment distingué au poste de secrétaire de la Commission depuis 1999 et qui prendra sa retraite après la session. Elle lui a exprimé sa reconnaissance pour la remarquable contribution qu’il avait apportée aux travaux de la Commission ainsi qu’à la codification et au développement progressif du droit international, a salué son professionnalisme, son dévouement à la fonction publique et son engagement en faveur du droit international, et lui a souhaité le plus grand succès dans ses futures activités.»

Il en est ainsi décidé.

La section F, telle que modifiée, est adoptée.

G. Coopération avec d’autres organismes

Paragraphe 26 à 31

18. Le PRÉSIDENT, répondant à une question de M. PETER sur le critère utilisé pour fixer l’ordre dans lequel les organisations sont mentionnées à la section G, dit que les organismes des Nations Unies ont été cités en premier, les organes régionaux en deuxième et le Comité international de la Croix-Rouge, qui n’est ni un organisme des Nations Unies ni un organe régional, en dernier.

Les paragraphes 26 à 31 sont adoptés.

La section G est adoptée.

19. Le PRÉSIDENT propose d’ajouter après la section G une nouvelle section qui se lirait comme suit :

«H. Représentation à la soixante-septième session de l’Assemblée générale

«La Commission a décidé qu’elle serait représentée à la soixante-septième session de l’Assemblée générale par son président, M. Lucius Cafilisch.

«À sa 3158^e séance, le 3 août 2012, la Commission a prié M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial pour le sujet “L’expulsion des étrangers”, d’assister à la soixante-septième session de l’Assemblée générale, en application du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de celle-ci, en date du 4 décembre 1989.

«La Commission souhaite que l’ancien Rapporteur spécial pour le sujet “Les réserves aux traités”, M. Alain Pellet, soit invité par la Sixième Commission afin qu’il puisse être présent lorsque le débat sur la partie du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session³⁷⁷ concernant ce sujet aura lieu.»

Il en est ainsi décidé.

La section H est adoptée.

Le chapitre XII, tel qu’il a été modifié, est adopté.

Chapitre II. Résumé des travaux de la soixante-quatrième session de la Commission (A/CN.4/L.800)

20. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre II de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.800.

Paragraphe 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

21. M. FORTEAU dit qu’il faudrait remplacer les mots «en marge» par «en dehors» à la fin de l’avant-dernière phrase de la version française. La version anglaise demeurerait inchangée.

Le paragraphe 9 est adopté avec cette modification dans la version française.

Paragraphe 10 à 15

Les paragraphes 10 à 15 sont adoptés.

Le chapitre II, ainsi modifié, est adopté.

Chapitre III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission (A/CN.4/L.801)

22. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre III de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.801.

B. Formation et identification du droit international coutumier

Paragraphe 1

23. M. McRAE, appelant l’attention sur le membre de phrase «Cette pratique pourrait comprendre», dit que,

³⁷⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie).

pour obtenir une réaction plus ciblée des États, il vaudrait mieux être plus précis et rédiger quelque chose comme «La pratique *concernant...*».

24. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial) approuve cette proposition.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Paragraphe 2

25. M. FORTEAU dit qu'il faudrait remplacer le membre de phrase «tout acte de pratique étatique» par «tout élément de pratique étatique» dans la version française de la dernière phrase de l'alinéa *b*. La version anglaise demeurerait inchangée.

Il en est ainsi décidé.

26. M. MURPHY se dit préoccupé par le fait que le paragraphe 2, tel qu'il est actuellement libellé, donne l'impression que la Commission demande aux États des renseignements aux fins de la création d'un régime juridique. La Rapporteuse spéciale était pourtant convenue de s'en tenir à l'examen des lois existantes dans un premier temps. Par conséquent, la Commission devrait s'enquérir de la pratique des États et demander à ceux-ci des informations sur la manière dont leurs tribunaux traitent la question de l'immunité lorsqu'ils exercent la compétence pénale à l'égard de représentants de l'État. À cette fin, M. Murphy propose de modifier le paragraphe 2 comme suit : «La Commission demande aux États de lui fournir des informations sur leur législation ou pratique concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, notamment sur le fait de savoir : *a*) s'il existe une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, et *b*) si l'immunité *ratione personae* existe, quelles personnes en bénéficient».

27. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) peut comprendre la préoccupation exprimée par M. Murphy, mais elle a des réserves quant à sa proposition qui met en cause l'existence même d'une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, distinction largement acceptée tant à la Commission qu'à la Sixième Commission. Poser la question dans les termes proposés par M. Murphy reviendrait pour la Commission à repartir de zéro. Pour M^{me} Escobar Hernández, ce n'est pas le bon moment pour s'interroger sur l'existence d'une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*.

28. Un problème connexe – sur lequel des informations ont été données dans le rapport préliminaire – est que, dans la mesure où il y a une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, cette distinction devrait avoir une incidence sur le régime applicable à chaque type d'immunité. L'objectif premier des questions posées au paragraphe 2 est de recueillir des informations – tirées du débat à la Sixième Commission – susceptibles d'être utilisées pour élaborer le rapport suivant sur le sujet. Pour régler le problème soulevé par M. Murphy, M^{me} Escobar Hernández accepterait de

supprimer, à l'alinéa *a*, le mot «juridique» après les deux occurrences du mot «régime». Pour ce qui est de la dernière phrase de l'alinéa *b*, on pourrait la remplacer par une nouvelle phrase comme suit : «En outre, la Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur législation ou pratique concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.»

29. M. MURPHY demeure préoccupé : le libellé proposé par la Rapporteuse spéciale donne toujours l'impression que les États sont invités à faire savoir s'ils considèrent qu'un régime relatif à l'immunité devrait être établi. M. Murphy comprend que sa proposition puisse préoccuper la Rapporteuse spéciale, mais il ne s'agit pas de mettre en cause la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*; il s'agit plutôt de demander simplement aux États si cette distinction existe dans leur pratique et, dans l'affirmative, de savoir quelles en sont les conséquences.

30. Sir Michael WOOD partage les préoccupations de M. Murphy et de la Rapporteuse spéciale. Pour y répondre, il propose que la phrase introductive du paragraphe se lise comme suit : «En ce qui concerne le sujet "L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État", la Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur législation ou pratique concernant les points suivants.» Les deux points précis sur lesquels la Commission souhaite obtenir des informations seraient explicités aux alinéas *a* et *b*. Il importe de demander aux États des informations, plutôt que de solliciter leurs vues sur ce que devrait être le droit, cette tâche étant véritablement celle de la Commission.

31. M. NOLTE est d'accord avec Sir Michael et partage les préoccupations de M. Murphy. La Commission n'a pas à poser aux États une question de politique juridique concernant la suite de ses travaux. Elle devrait plutôt élaborer des projets d'article ou des propositions et solliciter ensuite la réaction des États. M. Nolte approuve les propositions tendant à axer les questions sur la pratique effective et la législation des États. Il propose de remplacer, dans l'alinéa *a*, les termes «devrait-elle conduire» par «conduit-elle». Quant à la deuxième phrase de cet alinéa, elle devrait se lire comme suit : «Si tel est le cas, quels aspects sont traités différemment?»

32. Le PRÉSIDENT approuve la proposition de Sir Michael.

33. M^{me} ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que, si la majorité des membres de la Commission n'est pas favorable à ses propositions, elle n'insistera pas. Il convient toutefois de rappeler que le rôle d'un rapporteur spécial est de faire avancer les travaux de la Commission. Pour ce qui est du point soulevé par M. Nolte, M^{me} Escobar Hernández n'a pas l'intention de demander à la Sixième Commission de dire à la Commission ce qu'elle doit faire; la Commission du droit international est, ou devrait être, un organe composé d'experts indépendants, et fixera ses objectifs en matière de politique législative. Il n'en reste pas moins qu'elle est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale et qu'elle doit répondre aux besoins des États, tels qu'exprimés par ceux-ci.

34. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter, pour le paragraphe 2, le texte suivant établi sur la base des modifications proposées par M. Murphy, Sir Michael Wood et M. Nolte :

« En ce qui concerne le sujet "L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État", la Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur législation et sur leur pratique relatives aux deux points suivants :

« a) La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* se traduit-elle par des conséquences juridiques différentes et, si tel est le cas, comment sont-elles traitées différemment ?

« b) Quels critères sont utilisés pour identifier les personnes couvertes par l'immunité *ratione personae* ? »

Il en est ainsi décidé.

Le chapitre III, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Chapitre I. Organisation de la session (A/CN.4/L.799 et Corr.1)

35. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre I de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.799 et Corr.1.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

A. Membres de la Commission

Paragraphe 2

36. M. VALENCIA-OSPINA appelle l'attention sur le fait que M. Vasciannie a démissionné de ses fonctions de membre de la Commission pendant la session en cours. Il se demande comment il sera rendu compte de ce fait.

37. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera fait état de cette démission dans une note de bas de page.

Le paragraphe 2 est adopté sous réserve de cette modification de forme.

B. Membres du bureau et bureau élargi

Paragraphe 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

C. Comité de rédaction

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

D. Groupes de travail et groupes d'étude

Paragraphe 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

E. Secrétariat

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

F. Ordre du jour

Paragraphe 12

38. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur une version corrigée du paragraphe 12 publiée sous la cote A/CN.4/L.799/Corr.1.

Le paragraphe 12 est adopté.

Le chapitre I, ainsi modifié, est adopté.

L'ensemble du rapport de la Commission du droit international, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Conclusions du Président

39. Le PRÉSIDENT remercie tous les membres de la Commission de leur contribution aux travaux de la soixante-quatrième session et des débats très fructueux qu'ils ont eus sur les différents sujets inscrits à l'ordre du jour. Il est reconnaissant au Secrétariat de son aide efficace. Il remercie également, au nom de la Commission, les membres des services de conférence, les interprètes et les rédacteurs de procès-verbaux de leur coopération et de leur aide.

40. Comme c'est la dernière session à laquelle M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, participe en qualité de Secrétaire de la Commission, le Président voudrait le remercier de tout ce qu'il a apporté à la Commission. Celle-ci a eu beaucoup de chance de pouvoir faire appel aux services de cet éminent chercheur et praticien du droit international. Entre 1992 et 1998, M. Mikulka a été membre de la Commission et Rapporteur spécial pour le sujet de la « Nationalité en relation avec la succession d'États »³⁷⁸. De 1999 à 2006 et de 2009 à 2012, il a été Secrétaire de la Commission. Au fait de ses usages et fin connaisseur des sujets traités par celle-ci, il aura été un guide précieux pour les membres de la Commission et pour son président.

Clôture de la session

41. Après un échange de félicitations et de remerciements, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la soixante-quatrième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à 12 h 5.

³⁷⁸ Le texte du projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. L'Assemblée générale a pris note des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'État, présentés sous la forme d'une déclaration, dont elle a joint le texte en annexe à sa résolution 55/153 du 12 décembre 2000.

ISBN 978-92-1-233532-2



9 789212 335322
