A/CN.4/SER.A/2017

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2017

Volume I

Comptes rendus analytiques des séances de la soixante-neuvième session 1er mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/2017

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2017

Volume I

Comptes rendus analytiques des séances de la soixante-neuvième session 1er mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2022

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… 2017*).

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

volume II (2e 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-neuvième session de la Commission (A/CN.4/SR.3348 à A/CN.4/SR.3389), 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/2017

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

e-ISBN 978-92-1-005819-3

ISSN 0497-9877
e-ISSN 2411-9849

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Membres de la Commission ..... **vii**
Bureau ..... **vii**
Ordre du jour ..... **viii**
Abréviations et sigles ..... **ix**
Note concernant les citations ..... **ix**
Affaires citées dans le présent volume ..... **xi**
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume ..... **xvii**
Répertoire des documents de la soixante-neuvième session ..... **xxiii**

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES
DES 3348e À 3389e SÉANCES

Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la soixante-neuvième session tenue à Genève du 1er mai au 2 juin 2017

3348e séance

Lundi 1er mai 2017, à 15 h 5

Ouverture de la session 1
Élection du Bureau 1
Observations liminaires du Président 1
Adoption de l'ordre du jour 2
Organisation des travaux de la session 2
Crimes contre l'humanité 2
Troisième rapport du Rapporteur spécial 2

3349e séance

Mardi 2 mai 2017, à 10 h 5

Crimes contre l'humanité (*suite*) 8
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 8
Organisation des travaux de la session (*suite*) 16

3350e séance

Mercredi 3 mai 2017, à 10 h 5

Crimes contre l'humanité (*suite*) 16
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 16
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission 24

3351e séance

Jeudi 4 mai 2017, à 10 heures

Crimes contre l'humanité (*suite*) 24
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 24

3352e séance

Vendredi 5 mai 2017, à 10 heures

Crimes contre l'humanité (*suite*) 37
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 37

3353e séance

Lundi 8 mai 2017, à 15 h 5

Crimes contre l'humanité (*suite*) 45
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 45

3354e séance

Mardi 9 mai 2017, à 10 h 5

Crimes contre l'humanité (*suite*) 55
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 55

Pages

Organisation des travaux de la session (*suite*) 61
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*suite*) 61

3355e séance

Mercredi 10 mai 2017, à 10 heures

Protection de l'atmosphère 61
Quatrième rapport du Rapporteur spécial 61
Organisation des travaux de la session (*suite*) 75

3356e séance

Jeudi 11 mai 2017, à 10 h 5

Protection de l'atmosphère (*suite*) 75
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 75

3357e séance

Vendredi 12 mai 2017, à 10 heures

Protection de l'atmosphère (*suite*) 83
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 83
Application provisoire des traités 89
Rapport du Comité de rédaction 89

3358e séance

Mardi 16 mai 2017, à 10 heures

Protection de l'atmosphère (*suite*) 93
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 93

3359e séance

Mercredi 17 mai 2017, à 10 heures

Protection de l'atmosphère (*suite*) 100
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 100

3360e séance

Jeudi 18 mai 2017, à 10 h 5

Organisation des travaux de la session (*suite*) 111
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 111
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale 111

3361e séance

Vendredi 19 mai 2017, à 10 h 5

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) 121
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (*suite*) 121

3362e séance

Mardi 23 mai 2017, à 10 h 5

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) 131
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (*suite*) 131

3363e séance

Mercredi 24 mai 2017, à 10 heures

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) 141
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (*suite*) 141
Organisation des travaux de la session (*suite*) 147

Pages

3364e séance

Vendredi 26 mai 2017, à 10 heures

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) 148
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (*suite*)..... 148

3365e séance

Mardi 30 mai 2017, à 10 heures

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*)..... 158
Cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (*fin*) 158
Organisation des travaux de la session (*suite*)..... 171

3366e séance

Jeudi 1er juin 2017, à 10 heures

Crimes contre l'humanité (*suite*)..... 171
Rapport du Comité de rédaction 171
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*suite*) 179

3367e séance

Vendredi 2 juin 2017, à 10 h 5

Protection de l'atmosphère (*fin*)..... 179
Rapport du Comité de rédaction 179
Organisation des travaux de la session (*suite*)..... 182

Comptes rendus analytiques des séances de la seconde partie de la soixante-neuvième session tenue à Genève du 3 juillet au 4 août 2017

3368e séance

Lundi 3 juillet 2017, à 15 h 5

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*fin*)..... 183
Jus cogens 183
Deuxième rapport du Rapporteur spécial..... 183

3369e séance

Mardi 4 juillet 2017, à 10 heures

Jus cogens (*suite*) 185
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 185

3370e séance

Mercredi 5 juillet 2017, à 10 heures

Jus cogens (*suite*) 197
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 197
Organisation des travaux de la session (*suite*)..... 206

3371e séance

Jeudi 6 juillet 2017, à 10 h 5

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies..... 206
Coopération avec d'autres organismes 212
Déclarations de représentantes du Conseil de l'Europe... 212

3372e séance

Mardi 11 juillet 2017, à 10 h 5

Jus cogens (*suite*) 216
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 216

3373e séance

Mercredi 12 juillet 2017, à 10 heures

Jus cogens (*suite*) 227
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 227

3374e séance

Jeudi 13 juillet 2017, à 10 heures

Jus cogens (*suite*) 239
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*fin*)..... 239
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État ... 245
Premier rapport du Rapporteur spécial 245

3375e séance

Vendredi 14 juillet 2017, à 10 h 5

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 251
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 251
Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 254

3376e séance

Mardi 18 juillet 2017, à 10 h 5

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 255
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 255
Coopération avec d'autres organismes (*suite*)..... 260
Déclarations de représentantes de la Commission de l'Union africaine sur le droit international..... 260

3377e séance

Mercredi 19 juillet 2017, à 10 heures

Crimes contre l'humanité (*fin*) 264
Rapport du Comité de rédaction (*fin*)..... 264
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 266
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 266
Coopération avec d'autres organismes (*suite*)..... 272
Déclaration du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique ... 272

3378e séance

Jeudi 20 juillet 2017, à 10 h 5

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*fin*) 276
Rapport du Comité de rédaction 276
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 287
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 287

3379e séance

Vendredi 21 juillet 2017, à 10 h 5

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 289
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 289
Coopération avec d'autres organismes (*suite*)..... 295
Déclaration du Président du Comité juridique interaméricain 295

3380e séance

Mardi 25 juillet 2017, à 10 heures

Organisation des travaux de la session (*suite*)..... 298
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 299
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 299
Coopération avec d'autres organismes (*fin*) 302
Déclaration du Président de la Cour internationale de Justice 302

3381e séance

Mardi 25 juillet 2017, à 15 heures

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) 307
Premier rapport du Rapporteur spécial (*fin*)..... 307
Organisation des travaux de la session (*fin*) 312

Pages

3382e séance

Mercredi 26 juillet 2017, à 10 heures

Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) [*fin*] 312
Rapport intérimaire du Comité de rédaction 312
Application provisoire des traités (*fin*) 316
Rapport du Comité de rédaction (*fin*) 316
Adieux à M. Roman Kolodkin 318

3383e séance

Lundi 31 juillet 2017, à 10 heures

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*fin*) 318
Rapport du Comité de rédaction 318
Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session 319
Chapitre IV. Crimes contre l'humanité 319
A. Introduction 319
B. Examen du sujet à la présente session ... 319
C. Texte du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture 320
1. Texte du projet d'articles 320
2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs 320

3384e séance

Lundi 31 juillet 2017, à 15 heures

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*) ... 327
Chapitre IV. Crimes contre l'humanité (*fin*) 327
C. Texte du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture (*fin*) 327
2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs (*fin*) 327
B. Examen du sujet à la présente session (*fin*) 331
Chapitre V. Application provisoire des traités 331
A. Introduction 331
B. Examen du sujet à la présente session ... 331
C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission 331
1. Texte des projets de directive 331
2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 332

3385e séance

Mercredi 2 août 2017, à 10 heures

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (*fin*) 337
Rapport du Groupe de travail 337
Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*) .. 337
Chapitre V. Application provisoire des traités (*suite*) 337
C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*suite*) 337
2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*) 337

3386e séance

Mercredi 2 août 2017, à 15 heures

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*) ... 346
Chapitre V. Application provisoire des traités (*fin*) ... 346
C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*fin*) 346
2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*fin*) .. 346
Chapitre VI. Protection de l'atmosphère 348
A. Introduction 348
B. Examen du sujet à la présente session ... 348
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour 348
1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule 348
2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 348

3387e séance

Jeudi 3 août 2017, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*) .. 355
Chapitre VI. Protection de l'atmosphère (*suite*) 355
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*) 355
2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*) ... 355
Chapitre VII. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 359
A. Introduction 359
B. Examen du sujet à la présente session ... 359
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour 359
1. Texte des projets d'article 359
2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 360

3388e séance

Jeudi 3 août 2017, à 15 h 5

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*) .. 364
Chapitre VII. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) ... 364
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*) 364
2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*) 364

Pages

3389e séance

Vendredi 4 août 2017, à 10 heures

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*fin*) 372
Chapitre VI. Protection de l'atmosphère (*fin*) 372
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*fin*) 372
2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*fin*) 372
Chapitre I. Organisation de la session 373
A. Membres de la Commission 373
B. Membres du Bureau et Bureau élargi 373
C. Comité de rédaction 373
D. Groupes de travail 373
E. Secrétariat 373
F. Ordre du jour 373
Chapitre VII. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) 373
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*) 373
2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*) 373
B. Examen du sujet à la présente session (*fin*) 377
1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport 377
2. Résumé du débat 377
3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale 377
Chapitre VIII. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) 378
A. Introduction 378
B. Examen du sujet à la présente session 378
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport 378
2. Résumé du débat 378
3. Conclusions du Rapporteur spécial 379
Chapitre X. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 380
A. Introduction 380
B. Examen du sujet à la présente session 380
Chapitre IX. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 380
A. Introduction 380
B. Examen du sujet à la présente session 380
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport 380
2. Résumé du débat 380
3. Conclusions du Rapporteur spécial 381

Pages

Chapitre XI. Autres décisions et conclusions de la Commission 381
B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission 381
1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme 381
2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat 381
3. Examen de la résolution 71/148 de l'Assemblée générale, en date du 13 décembre 2016, relative à l'état de droit aux niveaux national et international 381
4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international 381
5. Honoraires 381
6. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission 381
7. Documentation et publications 381
8. *Annuaire de la Commission du droit international* 381
9. Aide de la Division de la codification 381
10. Sites Web 381
11. Médiathèque de droit international des Nations Unies 382
C. Dates et lieux de la soixante-dixième session de la Commission 382
A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 382
D. Coopération avec d'autres organismes 382
E. Représentation à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale 382
F. Séminaire de droit international 382
Chapitre II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-neuvième session 382
Chapitre VII. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*fin*) 382
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*fin*) 382
2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*fin*) 382
Chapitre III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission 383
A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 384
B. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 384
C. Nouveaux sujets 384
Conclusions du Président 384
Clôture de la session 384

MEMBRES DE LA COMMISSION

(et pays dont ils ont la nationalité)

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri	Qatar
M. Carlos J. Argüello Gómez	Nicaragua
M. Bogdan Aurescu	Roumanie
M. Yacouba Cissé	Côte d'Ivoire
M^me^ Concepción Escobar Hernández	Espagne
M^me^ Patrícia Galvão Teles	Portugal
M. Juan Manuel Gómez Robledo	Mexique
M. Claudio Grossman Guiloff	Chili
M. Hussein A. Hassouna	Égypte
M. Mahmoud D. Hmoud	Jordanie
M. Huikang Huang	Chine
M. Charles Chernor Jalloh	Sierra Leone
M. Roman A. Kolodkin	Fédération de Russie
M. Ahmed Laraba	Algérie
M^me^ Marja Lehto	Finlande
M. Shinya Murase	Japon
M. Sean D. Murphy	États-Unis d'Amérique
M. Hong Thao Nguyen	Viet Nam
M. Georg Nolte	Allemagne
M^me^ Nilüfer Oral	Turquie
M. Hassan Ouazzani Chahdi	Maroc
M. Ki Gab Park	République de Corée
M. Chris Maina Peter	République-Unie de Tanzanie
M. Ernest Petrič	Slovénie
M. Aniruddha Rajput	Inde
M. August Reinisch	Autriche
M. Juan José Ruda Santolaria	Pérou
M. Gilberto Vergne Saboia	Brésil
M. Pavel Šturma	République tchèque
M. Dire D. Tladi	Afrique du Sud
M. Eduardo Valencia-Ospina	Colombie
M. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Équateur
M. Amos S. Wako	Kenya
Sir Michael Wood	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

---

BUREAU

Président : M. Georg Nolte

Premier Vice-Président : M. Eduardo Valencia-Ospina

Second Vice-Président : M. Hussein A. Hassouna

Président du Comité de rédaction : M. Aniruddha Rajput

Rapporteur : M. Bogdan Aurescu

M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, représentait le Secrétaire général. M. Huw Llewellyn, 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, a représenté le Secrétaire général.

ORDRE DU JOUR

À sa 3348e séance, tenue le 1er mai 2017, la Commission a adopté l'ordre du jour provisoire de sa soixante-neuvième session. Modifié à la lumière de la décision prise par la Commission à sa 3354e séance*, tenue le 9 mai 2017, l'ordre du jour est le suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
3. Application provisoire des traités.
4. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.
5. Protection de l'atmosphère.
6. Crimes contre l'humanité.
7. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)**.
8. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État.
9. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
10. Date et lieu de la soixante-dixième session.
11. Coopération avec d'autres organismes.
12. Questions diverses.

* La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'Etat » (voir *infra* la 3354e séance, par. 47). Voir aussi *Annuaire… 2017*, vol. II (2e partie), chap. XI, sect. A.

** La Commission a décidé à sa 3374e séance, le 13 juillet 2017, de remplacer l'intitulé du sujet « *Jus Cogens* » par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » (voir *infra* la 3374e séance, par. 42). Voir aussi *Annuaire… 2017*, vol. II (2e partie), chap. VIII, sect. B.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CAHDI	Comité des conseillers juridiques sur le droit international public
CUADI	Commission de l'Union africaine sur le droit international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
MINUSMA	Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali
OEA	Organisation des États américains
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime

*

* *

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions*. L'intégralité des arrêts de la Cour, ainsi qu'une importante sélection de décisions, sont disponibles dans la base de données sur la jurisprudence de la Cour (HUDOC), sur le site Web de la Cour (www.echr.coe.int).
C.I.J. Recueil	Cour internationale de Justice, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Tous les arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour sont disponibles sur le site Web de la Cour (www.icj-cij.org).
C.P.J.I. série A	Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des arrêts* (nos 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
TIDM Recueil	Tribunal international du droit de la mer, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. La jurisprudence du Tribunal est disponible sur le site Web du Tribunal (www.itlos.org).
TPIY RJ	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires*

*

* *

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 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 1er janvier et le 31 décembre 1994.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

Adresse Internet de la Commission du droit international : **https://legal.un.org/ilc/**.

Les adresses de sites Web mentionnées dans le présent document visent à faciliter la tâche du lecteur et sont exactes à la date de publication. L'Organisation des Nations Unies ne peut garantir qu'elles resteront valables et décline toute responsabilité pour le contenu de sites Web externes.

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

Affaire	*Nature de la décision et source*
Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)	Compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6.
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci	*(Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14.
Adamov	*Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, arrêt du 22 décembre 2005, Tribunal fédéral suisse, ATF 132 II 81.
Affaire du Détroit de Corfou	Arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.
Affaire du « Lotus »	7 septembre 1927, C.*P.J.I. série A n° 10*.
Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman	*(Grèce, France)* Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 155.
Ahmet Doğan et al. *v. Ehud Barak*	Affaire n° 2 :15-cv-08130-ODW (GJSx), jugement du 13 octobre 2016, tribunal de district du District central de Californie.
Air Transport Association of America	*Air Transport Association of America et autres contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, affaire C-366/10, arrêt de la Cour (grande chambre) du 21 décembre 2011, Cour de justice de l'Union européenne, *Recueil de jurisprudence 2011*, p. I-13833.
Al-Adsani c. Royaume-Uni	*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2001-XI.
Almonacid Arellano et autres c. Chili	Exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, arrêt du 26 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 154.
Ambassade de l'Union soviétique	*Russian Embassy, Re, Russian Federation*, affaire n° 5 Ob 152/04w, appel final, 9 novembre 2004, Cour suprême de justice (Autriche).
Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	*(Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, p. 104.
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)	Arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43. Mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 325.
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)	Arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3.
Arancibia Clavel	*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, affaire n° 259, arrêt du 24 août 2004, Cour suprême d'Argentine.
Arbitrage relatif à la zone maritime protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni).	*Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kindgom), sentence du 18 mars 2015*. Disponible en ligne sur le site Web de la Cour permanente d'arbitrage : https://pca-cpa.org.
Arrêt n° 238/2014 de la Cour constitutionnelle italienne	Arrêt du 22 octobre 2014 de la Cour constitutionnelle italienne. Disponible sur le site Web de la Cour : www.cortecostituzionale.it.
Augustin Ngirabatware	*Affaire n° MICT-12-29, Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux.* Les décisions relatives à cette affaire sont disponibles sur le site Web du Mécanisme : www.https://irmct.org/fr.
Avena et autres ressortissants mexicains	*(Mexique c.États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
Barrios Altos c. Pérou	Fond, arrêt du 14 mars 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 75.
Bemba Gombo	*Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et autres*, affaire n° ICC-01/05-01/13, jugement du 19 octobre 2016, Cour pénale internationale, Chambre de première instance VII. Disponible sur le site Web de la Cour : www.icc-cpi.int.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Bilcon of Delaware and others v. Canada	Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015.
Blaškić	*Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, arrêt du 29 octobre 1997 relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel.
	Arrêt du 29 juillet 2004, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel.
	Arrêts disponibles à l'adresse suivante : www.icty.org/fr/case/blaskic/4.
Bo Xilai	*Re Bo Xilai*, arrêt du 8 novembre 2005, Bow Street Magistrates' Court (Royaume-Uni), *International Law Reports*, vol. 128 (2006), p. 713.
Bouterse	Arrêt du 18 septembre 2001, Cour suprême des Pays-Bas, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 282.
	Affaire n[os] R 97/163/12 Sv et R 97/176/12 Sv, arrêt du 20 novembre 2000, cour d'appel d'Amsterdam, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 677. Voir aussi *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 266.
Bouzari	*Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, décision du 30 juin 2004, cour d'appel de l'Ontario (Canada), *International Law Reports*, vol. 128 (2006), p. 586.
CE – Hormones	*Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Organisation mondiale du commerce, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998.
Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)	*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665.
Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale	*(Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177.
Chili – Espadons	*Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon (Chili/Union européenne)*, ordonnance du 16 décembre 2009, *TIDM Recueil 2008-2010*, p. 13.
	Chili – Mesures concernant le transport en transit et l'importation d'espadons, arrangement entre les Communautés européennes et le Chili, WT/DS193/3. Disponible sur le site Web de l'OMC, à l'adresse suivante : www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds193_f.htm.
Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403.
	Requête pour avis consultatif, 8 octobre 2008, 2008 Rôle général n° 141. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136.
Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)	Mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, *TIDM Recueil 2015*, p. 146.
Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique	*(Costa Rica c. Nicaragua)*, ordonnance du 31 mai 2016, *C.I.J. Recueil 2016*, p. 235.
	Requête introductive d'instance, 25 février 2014, 2014 Rôle général n° 157. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Délimitation maritime dans l'océan Indien	*(Somalie c. Kenya)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2017*, p. 3.
	Requête introductive d'instance, 28 août 2014, 2014 Rôle général n° 161. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 en l'affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)	Requête introductive d'instance, 30 juin 2017, 2017 Rôle général n° 170. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Demande en révision de l'arrêt du 23 mai 2008 en l'affaire relative à la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)	Requête introductive d'instance, 2 février 2017, 2017 Rôle général n° 167. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Democratic Republic of the Congo and others v. FG Hemisphere Associates LLC	*Democratic Republic of the Congo and others v. FG Hemisphere Associates LLC* (No. 1), *Final Appeals Nos. 5, 6 and 7 of 2010 (Civil)*, arrêt du 8 juin 2011, Cour d'appel en dernier ressort de la Région administrative spéciale de Hong Kong, *International Law Reports*, vol. 147 (2012), p. 376.
Durand et Ugarte c. Pérou	Fond, arrêt du 16 août 2000, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C nº 68.
Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965	Ordonnance du 14 juillet 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, p. 282.
	Requête pour avis consultatif, 22 juin 2017, 2017 Rôle général nº 169. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Essais nucléaires (Australie c. France)	Arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253.
Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)	Arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457.
États-Unis – Crevettes	*États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Organisation mondiale du commerce, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.
États-Unis – Essence	*États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Organisation mondiale du commerce, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.
États-Unis – Thon II (Mexique)	*États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, Organisation mondiale du commerce, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012.
Fang c. Jiang Zemin	*Fang and Others v. Jiang Zemin and Others*, décision du 21 décembre 2006, Haute Cour de Nouvelle-Zélande, *International Law Reports*, vol. 141 (2011), p. 702.
Ferrini c. République fédérale d'Allemagne	Décision nº 5044/2004, 11 mars 2004, Cour de cassation (Italie), *International Law Reports*, vol. 128 (2006), p. 658.
Filartiga c. Peña-Irala	30 juin 1980, cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos	*(Costa Rica c. Nicaragua)*. Les comptes rendus des audiences publiques tenues en 2017 sont disponibles sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Fujimori	Arrêt du 11 juillet 2007, affaire nº 5646-05, Cour suprême du Chili.
Furundžija	*Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, [1998] 1 TPIY RJ, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2006 (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.06.III.P.2), p. 466.
Gelman c. Uruguay	Fond et réparations, arrêt du 24 février 2011, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 221.
Goiburú et autres c. Paraguay	Fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 22 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 153.
Gomes Lund et autres c. Brésil	*Gomes Lund et autres (« Guerrilha do Araguaia ») c. Brésil*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 24 novembre 2010, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 219.
Hailemariam	*Special Prosecutor v. Hailemariam*, dossier pénal nº 1/87, arrêt du 9 octobre 1995, Haute Cour fédérale (Éthiopie), ILDC 555 (ET 1995).
Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan	Nº 15172/13, 22 mai 2014, Cour européenne des droits de l'homme.
Immunités et procédures pénales	*(Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, *C.I.J. Recueil 2016*, p. 1148.
	Requête introductive d'instance, 13 juin 2016, 2016 Rôle général nº 163. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Immunités juridictionnelles de l'État	*(Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99.
Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 73.
Jadhav	*(Inde c. Pakistan)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, p. 231.
Jiménez	*Jiménez v. Aristeguieta* et al., 12 décembre 1962, cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit, 311 F.2d 547 (5th Cir. 1962).

Affaire	*Nature de la décision et source*
Jones v. Saudi Arabia	*Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another, Mitchell and Others v. Al-Dali and Others*, décision du 14 juin 2006, Chambre des lords, [2006] UKHL 26, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 129 (2007), p. 713.
Jones et autres c. Royaume-Uni	N[os] 34356/06 et 40528/06, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2014.
Kalogeropoulou et autres	*Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (déc.), n° 59021/00, CEDH 2002-X.
Katanga	*Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, 24 mars 2017, Cour pénale internationale, Chambre de première instance II. Disponible sur le site Web de la Cour : www.icc-cpi.int.
Khurts Bat	*Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Haute Cour de Justice, tribunal administratif du banc de la Reine (Royaume-Uni), jugement du 29 juillet 2011] ([2011] EWHC 2029 (Admin)), *International Law Reports*, vol. 147 (2012), p. 633.
Kokaryo (Guanghualiao) Dormitory	Affaire n° 1987 (O) 685, décision du 27 mars 2007, Cour suprême du Japon, Minshu, vol. 61, n° 2, p. 711. Voir à l'adresse suivante : www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=885.
Kupreskić et consorts	*Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić et Vladimir Šantić, alias « Vlado »,* affaire n° IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 2000*, vol. II, p. 1398.
La Cantuta c. Pérou	Fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 29 novembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 162.
LaGrand	*(Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466.
Letelier v. Republic of Chile	*Letelier and Others v. The Republic of Chile and Linea Aerea Nacional-Chile*, 20 novembre 1984, cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 748 F.2d 790, *International Law Reports*, vol. 79 (1989), p. 561.
Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.
López Ostra c. Espagne	9 décembre 1994, Cour européenne des droits de l'homme, série A n° 303-C.
Mandat d'arrêt du 11 avril 2000	*(République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.
« Massacre de Mapiripán » c. Colombie	Fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 15 septembre 2005, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 134.
Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern Africa Litigation Centre and Others	Affaire n° 867/15, décision du 15 mars 2016, Cour suprême d'appel (Afrique du Sud), [2016] ZASCA 17.
Mwandinghi	*Minister of Defence, Namibia v. Mwandinghi*, décision du 14 décembre 1990, Haute Cour de Namibie, *International Law Reports*, vol. 91 (1993), p. 341.
Mytilineos Holdings SA	*Mytilineos Holdings SA v. 1. The State Union of Serbia & Montenegro, 2. Republic of Serbia*, sentence partielle sur la compétence (arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), Zurich, 8 septembre 2006, par. 158.
Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Inde)	Compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2016*, p. 255. Requête introductive d'instance, 24 avril 2014, 2014 Rôle général n° 158. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)	Compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2016*, p. 552. Requête introductive d'instance, 24 avril 2014, 2014 Rôle général n° 159. Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)	Requête introductive d'instance, 24 avril 2014, 2014 Rôle général n° 160. Disponible sur le site Web de la Cour : www.icj-cij.org.
Oleynikov c. Russie	N° 36703/04, 14 mars 2013, Cour européenne des droits de l'homme.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Omar Hassan Ahmad Al Bashir	*Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire nº ICC-02/05-01/09, Cour pénale internationale. Voir le site Web de la Cour : www.icc-cpi.int.
	Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II.
	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, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I.
	Rectificatif à la Décision 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, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I.
Pinochet	*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others:* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, 24 mars 1999, Royaume-Uni, Chambre des lords, [2000] 1 AC 147, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 135.
Priebke	*Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire nº 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, Cour suprême d'Argentine.
Prince of X Road Accident	Arrêt du 25 juin 1964, Cour suprême autrichienne, *International Law Reports*, vol. 65 (1994), p. 13.
Projet Gabčíkovo-Nagymaros	*(Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.
	Réplique de la République de Hongrie, 20 juin 1995, vol. I (en anglais seulement). Disponible sur le site Web de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org.
Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader	*(Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422.
R v. Jones (Margaret)	*Regina v. Jones (Margaret) and Others*, arrêt du 29 mars 2006, Royaume-Uni, Chambre des lords, [2006] UKHL 16, *International Law Reports*, vol. 132 (2008), p. 668.
Radilla-Pacheco c. Mexique	*Radilla-Pacheco c. Mexique*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 23 novembre 2009, Série C nº 209.
Redward	*F.H. Redward (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)*, 10 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 157.
Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.
Robert E. Brown	*Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 120.
S. D. Myers Inc. v. Government of Canada	Tribunal arbitral de l'ALENA, *Second partial award on damages*, 21 octobre 2002, et *Final award on costs*, 30 décembre 2002, *International Law Reports*, vol. 126 (2005), p. 161.
S. v. Austria	*Decision on final appeal*, 30 septembre 2002, affaire nº 1Ob149/02x, Cour suprême autrichienne, ILDC 1618 (AT 2002).
Samantar c. Yousuf	2 novembre 2012, cour d'appel des États-Unis pour le quatrième circuit, 699 F.3d 763 (4th Cir. 2012).
	Cour suprême des États-Unis, nº 08-1555, 560 U.S. 305 (2010).
Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice And Constitutional Development and Others	Affaire nº 27740/2015, arrêt du 24 juin 2015, Haute Cour d'Afrique du Sud (Division de Gauteng à Pretoria) [2015] ZAGPPHC 402.
Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge	*(Malaisie/Singapour)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 12.
Statut juridique et droits des migrants sans papiers	Avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A nº 18.
Suleymane Guengueng et consorts c. Sénégal	Communication nº 181/2001, décision adoptée le 17 mai 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément nº 44* (A/61/44), annexe VIII, sect. A, p. 180.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Uhuru Kenyatta	*Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, affaire nº ICC-01/09-02/11, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas *a*) et *b*) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II. Disponible sur le site Web de la Cour : www.icc-cpi.int.
Usine MOX	*(Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95.
Velásquez Rodríguez c. Honduras	Fond, arrêt du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 4.
« Wimbledon »	*Vapeur* « Wimbledon », arrêt du 17 août 1923, *C.P.J.I. série A nº 1*.
Xuncax c. Gramajo	12 avril 1995, tribunal de district des États-Unis, District de Massachusetts, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995).
Zhang v. Jiang Zemin and Others	Décision du 14 novembre 2008, Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud (Australie), *International Law Reports*, vol. 141 (2011), p. 542.

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Pacte de la Société des Nations (Versailles, 28 juin 1919)	Société des Nations, *Journal officiel*, n° 1, février 1920, p. 3.
Convention relative à l'esclavage (Genève, 25 septembre 1926)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 60, n° 1414, p. 253.
Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international (Londres, 8 août 1945)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° 251, p. 279.
Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946)	Ibid., vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [Genève, 30 octobre 1947]	Ibid., vol. 55, n° 814, p. 187.
Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)	Ibid., vol. 119, n° 1609, p. 3.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n°s 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	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) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.
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., n° 17513, p. 609.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) [Genève, 8 décembre 2005]	Ibid., vol. 2404, n° 43425, p. 261.
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.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.
Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Vienne, 15 mai 1955)	Ibid., vol. 217, n° 2949, p. 223.
Convention de l'OIT (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé (Genève, 25 juin 1957)	Ibid., vol. 320, n° 4648, p. 291.
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 internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965). Ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966.	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
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 sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 14 novembre 1970)	Ibid., vol. 823, n° 11806, p. 231.
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)	Ibid., vol. 860, n° 12325, p. 105.
Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972)	Ibid., vol. 1495, n° 25699, p. 181.
Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, le 29 décembre 1972)	Ibid., vol. 1046, n° 15749, p. 120.

Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, 7 novembre 1996)	Organisation maritime internationale, *Convention de Londres de 1972 : Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et Protocole LC de 1996*, 2e éd., Londres, 2003 (numéro de vente : IA534F).
Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Convention MARPOL) [Londres, 2 novembre 1973], telle que modifiée par le Protocole de 1978 (Londres, 17 février 1978)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1341, nº 22484, p. 3.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, nº 14861, p. 243.
Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	*Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90, ou *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.
Convention sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Convention de San Salvador) [Santiago, 16 juin 1976]	Organisation des États américains, *Treaty Series*, nº 47. Disponible sur le site de l'Organisation des États américains, à l'adresse suivante : www.oas.org/dil/treaties_year_text.htm.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) [Vienne, 23 août 1978]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, nº 33356, p. 3.
Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	Ibid., vol. 1302, nº 21623, p. 217.
Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)	Ibid., vol. 1316, nº 21931, p. 205.
Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Strasbourg, 28 janvier 1981)	Ibid., vol. 1496, nº 25702, p. 65.
Convention sur la coopération en matière de protection et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre (Convention d'Abidjan) [Abidjan, 23 mars 1981] (renommée en 2008 : Convention relative à la coopération en matière de protection, de gestion et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la côte atlantique de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre et de l'Afrique australe)	*Revue générale de droit international public*, vol. 91 (1987), p. 1085.
Protocole additionnel sur les règles et normes environnementales applicables aux activités pétrolières et gazières offshore (Abidjan, 30-31 mars 2017)	Document UN Environment (Ecosystems Division)/ABC-WACAF/COP.12/10 (en anglais seulement). Disponible à l'adresse suivante : https://abidjanconvention.org/themes/critai/documents/meetings/plenipotentiaries/working_documents/en/ABC-WACAF-COP12%20-%20Oil%20and%20Gaz%20Protocol%20Final%20version%20(05.06.18).pdf. Voir aussi la décision CP.12/6, dans le document UNEP/ABC-WACAF/COP.12/7.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, nº 26363, p. 217.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) [Vienne, 8 avril 1983]	Nations Unies, *Annuaire juridique 1983* (numéro de vente : F.90.V.1), p. 162.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, nº 24841, p. 85.
Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)	Ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293.

	Sources
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)	Ibid., vol. 1522, nº 26369, p. 3. Pour l'amendement de Kigali, du 15 octobre 2016, voir le site Web de la Collection des Traités des Nations Unies : https://treaties.un.org (dans « Dépositaire » puis « État des traités », chap. XXVII).
Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale (Convention de Nairobi) [Nairobi, 21 juin 1985]	*Journal officiel des Communautés européennes*, C 253, 10 octobre 1986, p. 10.
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.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, nº 27531, p. 3.
Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Bamako, 30 janvier 1991)	Ibid., vol. 2101, nº 36508, p. 177.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	Ibid., vol. 1771, nº 30822, p. 107.
Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto) [Kyoto, 11 décembre 1997]	Ibid., vol. 2303, nº 30822, p. 162.
Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992)	Organisation des États américains, *Treaty Series*, nº 75.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, nº 30619, p. 79.
Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Montréal, 29 janvier 2000)	Ibid., vol. 2226, nº 30619, p. 208.
Protocole additionnel de Nagoya – Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (Nagoya, 15 octobre 2010)	Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Protocole additionnel de Nagoya – Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, Montréal, 2011.
Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Nagoya, 29 octobre 2010)	Programme des Nations Unies pour l'environnement, document UNEP/CBD/COP/10/27, annexe, décision X/1, annexe I.
Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) [Paris, 22 septembre 1992]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2354, nº 42279, p. 67.
Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Strasbourg, 5 novembre 1992)	Ibid., vol. 2044, nº 35358, p. 575.
Protocole sur le Programme pour l'étude régionale du phénomène El Niño dans le Pacifique Sud-Est [Callao (Pérou), 6 novembre 1992]	Commission permanente du Pacifique Sud, « Protocolo sobre el Programa para el Estudio Regional del Fenómeno El Niño en el Pacífico Sudeste », dans *Convenios, Acuerdos, Protocolos, Declaraciones, Estatuto y Reglamento de la CPPS*, 3e éd., Guayaquil (Équateur), 2007, p. 103 à 115.
Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) [Mexico, Ottawa et Washington, 17 décembre 1992]	Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992. Disponible sur le site Web du secrétariat de l'ALENA : www.nafta-sec-alena.org.

	Sources
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (ouverte à la signature à Paris le 13 janvier 1993)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1975, nº 33757, p. 3.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Ibid., vol. 1867 à 1869, nº 31874.
Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (annexe 2)	Ibid., vol. 1869, p. 426.
Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994]	Organisation des États américains, Documents officiels, OEA/Ser.A/55.
Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Strasbourg, 1er février 1995)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2151, nº 37548, p. 243.
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, nº 37924, p. 3.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99.
Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (New York, 10 septembre 1996)	A/50/1027, annexe.
Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, nº 37517, p. 256.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3. Pour l'Amendement à l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Kampala, 10 juin 2010), voir ibid., vol. 2868, nº 38544, p. 197. Pour les Amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression (Kampala, 11 juin 2010), voir ibid., vol. 2922, nº 38544, p. 199.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2216, nº 39391, p. 225.
Convention de l'OIT (nº 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (Genève, 17 juin 1999)	Ibid., vol. 2133, nº 37245, p. 161.
Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)	Ibid., vol. 2178, nº 38349, p. 197.
Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000)	Ibid., vol. 2225, nº 39574, p. 209.
Charte démocratique interaméricaine (Lima, 11 septembre 2001)	*International Legal Materials*, vol. 40, nº 5 (septembre 2001), p. 1289. Disponible en français sur le site Web de l'Organisation des États américains : www.oas.org.
Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique (Paris, 2 novembre 2001)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2562, partie I, nº 45694 p. 3.
Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)	Ibid., vol. 2296, nº 40916, p. 167.
Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (Strasbourg, 28 janvier 2003)	Ibid., vol. 2466, nº 40916, p. 205.
Accord de l'ASEAN sur les nuages de pollution transfrontière (Kuala Lumpur, 10 juin 2002)	Disponible sur le site Web de l'ASEAN : asean.org (en anglais seulement, ASEAN *Agreement on transboundary haze pollution*).
Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003)	*International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 5.

	Sources
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, nº 42146, p. 41.
Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Kuala Lumpur, 29 novembre 2004)	Ibid., vol.2336, nº 41878, p. 271.
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 nº 49* (A/59/49), vol. I, résolution 59/38, annexe.
Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2488, nº 44655, p. 129.
Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (Paris, 20 octobre 2005)	Ibid., vol. 2440, nº 43977, p. 311.
Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange et les États de l'Union douanière d'Afrique australe [Höfn (Islande), 26 juin 2006]	Disponible en anglais sur le site Web de l'Association européenne de libre-échange : www.efta.int/.
Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, nº 48088, p. 3.
Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Charm el-Cheikh, 1er juillet 2008)	Disponible sur le site Web de l'Union africaine : https://au.int.
Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo) [Malabo, 27 juin 2014]	Ibid.
Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Kampala, 23 octobre 2009)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3014, nº 52375, p. 3.
Accord de Paris (Paris, 12 décembre 2015)	Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015, additif : décisions adoptées par la Conférence des Parties (FCCC/CP/2015/10/Add.1), décision 1/CP.21, annexe. Voir aussi Nations Unies, *Recueil des Traités*, nº 54113 (le numéro de volume reste à déterminer). Disponible sur le site Web : https://treaties.un.org.
Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (Accord économique et commercial global) [Bruxelles, 30 octobre 2016]	*Journal officiel de l'Union européenne*, L 11, p. 23, 14 janvier 2017.
Convention du Conseil de l'Europe sur la coproduction cinématographique (révisée) [Rotterdam, 30 janvier 2017]	Conseil de l'Europe, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, nº 220.
Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels (Nicosie, 19 mai 2017)	Ibid., nº 221.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/701	Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par M[me] Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Reproduit dans *Annuaire… 2016*, vol. II (1[re] partie).
A/CN.4/702	Ordre du jour provisoire de la soixante-neuvième session	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session. L'ordre du jour adopté est reproduit *supra*, p. viii.
A/CN.4/703	Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session, établi par le Secrétariat	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.
A/CN.4/704	Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial	Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1[re] partie).
A/CN.4/705 [et Corr.1]	Quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/706	Deuxième rapport sur le *jus cogens*, par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/707	Application provisoire des traités. Étude du Secrétariat	Idem.
A/CN.4/708	Premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, par M. Pavel Šturma, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.892 et Add.1	Crimes contre l'humanité. Textes et titres du projet de préambule, des projets d'article et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.
A/CN.4/L.893	L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Titres des deuxième et troisième parties et texte et titre du projet d'article 7 et de l'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-neuvième session	Idem.
A/CN.4/L.894	Protection de l'atmosphère. Texte du projet de directive 9 et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-neuvième session	Idem.
A/CN.4/L.895/Rev.1	Application provisoire des traités. Textes et titres des projets de directive provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-septième à soixante-neuvième sessions	Idem.
A/CN.4/L.896 et Add.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session : chapitre XI (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n[o] 10* (A/72/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2017*, vol. II (2[e] partie).
A/CN.4/L.897	Idem : chapitre I (Organisation de la session)	Idem.
A/CN.4/L.898	Idem : chapitre II (Résumé des travaux de la soixante-neuvième session de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.899	Idem : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.900 et Add.1/ Rev.1 et Add.2 et 3	Idem : chapitre IV (Crimes contre l'humanité)	Idem.
A/CN.4/L.901 et Add.1 et 2	Idem : chapitre V (Application provisoire des traités)	Idem.
A/CN.4/L.902 et Add.1 et 2	Idem : chapitre VI (Protection de l'atmosphère)	Idem.
A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3	Idem : chapitre VII (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem.

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.904	Idem : chapitre VIII [Normes impératives du droit international général (*ius cogens*)]	Idem.
A/CN.4/L.905	Idem : chapitre IX (Succession d'États en matière de responsabilité de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.906	Idem : chapitre X (Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés)	Idem.
A/CN.4/SR.3348 à SR.3389	Comptes rendus analytiques provisoires des 3348e à 3389e séances	Disponibles sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session. Le texte définitif figure dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

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

tenue à Genève du 1er mai au 2 juin 2017

3348e SÉANCE

Lundi 1er mai 2017, à 15 h 5

Président provisoire: M. Gilberto Vergne SABOIA

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT PROVISOIRE déclare ouverte la soixante-neuvième session de la Commission du droit international.

Élection du Bureau

M. Nolte est élu Président par acclamation.

M. Nolte prend la présidence.

2. Le PRÉSIDENT remercie les membres de la Commission de la confiance qu'ils lui ont accordée, et dit qu'il fera tout son possible pour que la session en cours soit fructueuse et couronnée de succès.

M. Valencia-Ospina est élu premier Vice-Président par acclamation.

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

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

M. Aurescu est élu Rapporteur par acclamation.

Observations liminaires du Président

3. Le PRÉSIDENT souhaite tout particulièrement la bienvenue aux nouveaux membres et dit qu'il se souvient que, quand il a été nommé à la Commission, il s'est demandé si 34 éminents experts indépendants venus de toutes les régions du monde seraient capables de s'entendre pour parvenir à des résultats concrets. Il a toutefois rapidement constaté que tel était le cas, notamment grâce aux valeurs institutionnelles communes (l'« esprit de corps ») qui prévalaient au sein de la Commission. La Commission doit sa force aux capacités et à la rigueur intellectuelle de ses membres, à leurs connaissances techniques, leur hauteur de vues, leur respect pour les opinions de leurs confrères, leur capacité à dialoguer, leur discipline et leur travail acharné. Elle a également la chance d'être soutenue par un secrétariat extrêmement compétent et bien informé.

4. En 2007, avant de participer à une session pour la première fois, M. Nolte avait lu des articles universitaires qui jetaient le doute sur l'avenir de la Commission. Certains commentateurs étaient d'avis que la Commission avait examiné tous les sujets pertinents, tandis que d'autres pensaient qu'une commission qui traitait de questions générales de droit international était obsolète à cause de la multitude de régimes spéciaux qui avaient vu le jour. De fait, dans un premier temps, M. Nolte avait lui aussi eu le sentiment que la Commission était essentiellement occupée à l'achèvement de travaux portant sur des sujets anciens. Il avait toutefois découvert que, pour être lente, la Commission n'en était pas moins réceptive et créative. En 2012, elle s'était engagée dans un programme de travail totalement différent, et sa productivité depuis lors était telle que le moment était peut-être venu de se pencher sur ses méthodes de travail afin de s'assurer qu'elle soumettait à l'examen des États des projets suffisamment aboutis.

5. Le succès et la productivité de la Commission ne dépendent pas seulement des initiatives et du travail acharné de ses membres, mais aussi du climat des relations internationales, qui peut être ou non favorable à un accord sur des questions générales de droit international. Rétrospectivement, l'histoire de la Commission montre qu'elle a été plus ou moins productive selon les époques.

Les indications provenant de diverses régions donnent à penser que le monde entre dans une période où il peut être plus difficile pour les États de s'accorder sur certaines questions importantes. Si cela était avéré, la responsabilité de la Commission en tant que gardienne des règles générales du droit international n'en serait que plus grande. La Commission n'est pas simplement un espace supplémentaire de négociations diplomatiques pour les États. Son avantage par rapport à d'autres institutions repose sur les recherches techniques rigoureuses et impartiales effectuées par ses rapporteurs spéciaux et sur la hauteur de vues qui caractérise les débats entre ses membres, auxquels les États parties ont confié l'identification préliminaire et la promotion de règles juridiques et d'intérêts communs, notamment ceux de l'humanité dans son ensemble. Cette tâche est particulièrement importante lorsque les États sont réticents à avancer pour parvenir à un accord sur le développement du droit international. La capacité des membres de la Commission à s'entendre sur de telles questions prend toute sa valeur lorsque le contexte en dehors de la salle de réunion est défavorable. M. Nolte espère donc que la session en cours montrera à quel point la Commission peut être efficace.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/702)

L'ordre du jour est adopté.

6. Le PRÉSIDENT invite le Bureau et les rapporteurs spéciaux à examiner avec lui le programme de travail et à se pencher sur plusieurs questions d'organisation.

La séance est suspendue à 15 h 35 ; elle est reprise à 16 h 20.

Organisation des travaux de la session

[Point 1 de l'ordre du jour]

7. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le programme de travail proposé pour les deux premières semaines de la session de la Commission, qui commencerait par l'examen du sujet « Crimes contre l'humanité ».

8. Le Comité de rédaction sur l'application provisoire des traités s'efforcera de clore les travaux entrepris en 2016 afin que la Commission prenne, pendant la première partie de la session, une décision au sujet du projet de directives proposé par le Comité sur le fondement des quatre premiers rapports du Rapporteur spécial[1].

9. Cette année sera particulièrement importante pour le Groupe de planification, qui sera présidé par M. Valencia-Ospina, car il devra émettre les recommandations nécessaires concernant les manifestations à organiser pour célébrer le soixante-dixième anniversaire de la Commission, en 2018. Le Groupe devra aussi examiner les propositions de nouveaux sujets à inscrire au programme de travail de la Commission.

10. Le Président croit comprendre que la Commission souhaite adopter le programme de travail proposé pour les deux premières semaines de la session.

Il en est ainsi décidé.

Crimes contre l'humanité[2] (A/CN.4/703, partie II, sect. A[3], A/CN.4/704[4], A/CN.4/L.892 et Add.1[5])

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

11. M. MURPHY (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704), dit qu'il souhaite en rappeler le contexte, à savoir que la Commission a décidé à sa soixante-sixième session d'inscrire le sujet à son ordre du jour[6] et qu'elle a pour objectif, comme indiqué dans le plan d'étude[7], d'élaborer des projets d'article qui auront vocation à devenir une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Les projets d'article seront axés sur le renforcement des lois pénales nationales relatives aux crimes contre l'humanité, afin que les États soient plus à même d'enquêter sur les auteurs supposés et de les poursuivre ou les extrader. Le résultat des travaux n'interférera pas avec la compétence des juridictions pénales internationales telles que la Cour pénale internationale, mais viendra en fait la compléter.

12. À sa soixante-septième session, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet[8], et a provisoirement adopté les projets d'articles 1 à 4, ainsi que les commentaires s'y rapportant[9]. À sa soixante-huitième session, elle a examiné le deuxième rapport[10] et a provisoirement adopté les projets d'articles 5 à 10, ainsi que les commentaires s'y rapportant[11].

13. Une version préliminaire du troisième rapport, en anglais seulement, a été distribuée aux membres de la Commission en janvier 2017, mais la version finale, dans les six langues officielles, n'a pas été disponible avant avril 2017 ; le Rapporteur spécial espère que ce retard n'a pas causé de difficultés. La Commission, à sa soixante-huitième session, et la Sixième Commission, à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, l'ont encouragé à achever ses travaux sur la question dès que possible. En conséquence, et compte tenu du fait que la charge de travail de la Commission sera probablement moins importante que d'habitude dans la seconde partie de la soixante-neuvième session, il a établi un rapport un

[1] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/664 (premier rapport) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/675 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/687 (troisième rapport) ; et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/699 et Add.1 (quatrième rapport).

[2] Pour l'historique des travaux sur le sujet, voir *Annuaire… 2017*, vol. II (2e partie), p. 19, chap. IV, sect. A.

[3] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[4] Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie).

[5] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[6] Voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 175, par. 266.

[7] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), annexe II.

[8] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/680.

[9] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 35 et suiv., par. 116 et 117.

[10] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/690.

[11] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et suiv., par. 85.

peu plus long que ce qu'il avait initialement prévu, afin de permettre à la Commission d'adopter les projets d'article en première lecture avant la fin de la session.

14. Le rapport contient une introduction récapitulant les travaux de la Commission sur le sujet, résumant les débats tenus en 2016 à la Sixième Commission et décrivant la structure et l'objectif du document. Au total, 39 États Membres ont fait des déclarations lors des débats qui ont eu lieu sur le sujet à la Sixième Commission ; dans leurs commentaires, ils se sont généralement montrés favorables aux travaux de la Commission et les ont appuyés ; plusieurs États ont souscrit à l'idée que le projet d'articles devrait devenir une nouvelle convention relative à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, la Commission a continué à recevoir de la part des États des informations utiles sur leur droit interne et leur pratique, et à les publier sur son site Web.

15. Le chapitre I du rapport, qui porte sur les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction, se fonde sur les différents types de dispositions relatives à l'extradition figurant dans divers traités visant des infractions spécifiques. Les instruments de droit pénal relatifs à l'extradition ont tendance à suivre l'une des deux approches suivantes : imposer simplement aux États une obligation générale de considérer les infractions visées dans l'instrument comme des infractions dont l'auteur peut être extradé au titre des traités d'extradition déjà conclus par l'État et de tout futur traité d'extradition qu'il pourrait conclure, ou énoncer des dispositions plus détaillées prévoyant la possibilité d'utiliser l'instrument lui-même comme base de l'extradition. Les instruments appartenant à la seconde catégorie tendent également à aborder de nombreux problèmes qui pourraient se poser dans le contexte d'une extradition, tels que l'inapplicabilité de l'exception pour infraction politique, le respect des conditions prévues par le droit interne dans la procédure d'extradition, l'extradition par un État de ses propres ressortissants, l'interdiction de l'extradition lorsque la personne réclamée risque, une fois extradée, de subir des persécutions, et les obligations en matière de consultation et de coopération. Le chapitre I contient également un projet d'article traitant de ces éléments dans le contexte des crimes contre l'humanité.

16. Le chapitre II traite de l'obligation de non-refoulement, qui signifie que les États doivent s'abstenir de refouler une personne vers un autre État lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquera d'y être exposée à une atteinte codifiée, dont la nature varie selon l'objet du traité concerné. Cette obligation est inscrite dans un large éventail d'instruments juridiques, notamment des conventions relatives aux réfugiés et à l'asile, aux droits de l'homme ou au droit pénal. S'il existe un nombre limité de dérogations possibles à l'obligation de non-refoulement dans les conventions relatives aux réfugiés, notamment pour des raisons tenant à la sécurité nationale, il n'en existe pas dans les instruments relatifs aux droits de l'homme les plus récents ou visant des infractions spécifiques. Le chapitre II contient une proposition de projet d'article prévoyant une obligation de non-refoulement dans le contexte des crimes contre l'humanité.

17. Le chapitre III porte sur les droits et obligations des États en matière d'entraide judiciaire dans les procédures pénales. Dans certains traités, les dispositions concernant l'entraide judiciaire sont très succinctes, et ne prévoient la plupart du temps qu'une obligation générale de se prêter l'assistance la plus large possible. D'autres traités contiennent des dispositions plus détaillées imposant une obligation générale à tous les États parties, mais constituant aussi un « minitraité d'entraide judiciaire », qui établit un régime conventionnel bilatéral détaillé en matière d'entraide judiciaire sur lequel les deux États concernés doivent se fonder lorsqu'il n'existe entre eux aucune autre relation conventionnelle en la matière (ou lorsqu'ils choisissent d'utiliser ce mini traité pour faciliter la coopération entre eux). Ces dispositions règlent des questions telles que le transfèrement de personnes détenues vers un autre État aux fins de témoignage, la désignation d'une autorité centrale chargée de traiter les demandes d'entraide, l'utilisation de la vidéoconférence pour l'audition des témoins, et les motifs recevables et irrecevables de refus d'une demande d'entraide judiciaire. Le chapitre III contient une proposition de projet d'article sur l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité.

18. Le chapitre IV traite de la participation des victimes, des témoins et d'autres personnes aux procédures, et de leur protection, dans le contexte du projet d'articles, ainsi que de la réparation à accorder aux victimes. Contrairement à des traités plus anciens relatifs aux infractions de droit interne, qui ne contenaient généralement pas de dispositions concernant les victimes et les témoins, les traités les plus récents comprennent de telles dispositions, qui portent généralement sur la protection des victimes et des témoins comparaissant devant les cours et les tribunaux et la réparation à accorder aux victimes et à leur famille. Le chapitre IV contient une proposition de projet d'article sur ces questions.

19. Le chapitre V est consacré aux relations entre le projet d'articles et les droits et obligations des États vis-à-vis des juridictions pénales internationales compétentes, comme la Cour pénale internationale. Le projet d'articles a été élaboré de manière à éviter tout conflit à cet égard, mais une disposition indiquant clairement que les droits et obligations conférés à un État par l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente priment les droits et obligations de l'État énoncés dans le projet d'articles serait néanmoins utile. Le chapitre V contient une proposition de projet d'article à cet effet.

20. Le chapitre VI traite des obligations des États fédéraux. La pratique de certains États qui, lors de la signature ou de la ratification d'un traité, font une déclaration unilatérale visant à exclure son application sur une partie de leur territoire, y est examinée. Certains traités récents comprennent des articles excluant la possibilité pour les États de faire de telles déclarations. Le chapitre VI contient une proposition de projet d'article sur cette question.

21. Au chapitre VII sont abordés les mécanismes de suivi et le règlement des différends. Il existe différents mécanismes de suivi qui permettent de surveiller les situations de crimes contre l'humanité, en tant que telles

ou du point de vue des types de violations (par exemple la torture) qui peuvent avoir lieu lors de la commission de tels crimes. De surcroît, de nombreux traités, notamment en matière de droits de l'homme, prévoient la création de mécanismes de suivi qui peuvent prendre la forme d'un comité, d'une commission, d'un tribunal ou d'une réunion des États parties. Une évolution intéressante à cet égard, qui n'est pas abordée dans le troisième rapport, est la création par l'Assemblée générale, en décembre 2016, d'un nouvel organe chargé de recueillir des preuves de crimes internationaux commis en République arabe syrienne, le Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables[12].

22. Si le projet d'articles aboutissait à une convention relative à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité, il pourrait être envisagé de choisir un ou plusieurs mécanismes de suivi pour compléter les mécanismes existants. Le mémoire établi en 2016 par le Secrétariat sur les mécanismes conventionnels de suivi existants[13] offrait un excellent panorama des différents mécanismes utilisés en droit international. La mise au point d'un nouveau mécanisme relatif aux crimes contre l'humanité pourrait être un moyen de garantir que les États parties honorent les engagements pris au titre de la convention, notamment en ce qui concerne l'adoption de lois nationales et de mesures de prévention appropriées, l'ouverture d'enquêtes diligentes et impartiales sur les auteurs présumés et l'exécution de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*). Le Rapporteur spécial estime toutefois que le choix d'un ou plusieurs mécanismes particuliers dépend largement de facteurs autres que le raisonnement juridique. Il faudrait en outre faire des choix concernant la structure : le nouveau mécanisme de suivi pourrait être créé immédiatement ou bien institué à un stade ultérieur, comme ce fut le cas du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé de surveiller la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Enfin, il pourrait être créé, en parallèle, un mécanisme de suivi de la mise en œuvre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des demandes ayant été régulièrement formulées en ce sens au cours des années précédentes. De l'avis du Rapporteur spécial, il serait probablement préférable que les États choisissent le mécanisme qui conviendrait le mieux pour une nouvelle convention relative aux crimes contre l'humanité. C'est pourquoi il n'a pas proposé un mécanisme en particulier.

23. Le chapitre VII aborde également les clauses de règlement des différends, qui font obligation aux États parties à un traité de négocier en cas de différend et, si ces négociations échouent, de recourir à d'autres procédures, contraignantes, de règlement des différends, telles que l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice. Le chapitre VII contient une proposition de projet d'article relatif au règlement des différends interétatiques.

24. Le chapitre VIII aborde d'autres questions qui ont été soulevées au cours des débats à la Commission, en particulier la dissimulation des crimes contre l'humanité, l'immunité et l'amnistie.

25. Le chapitre IX contient un projet de préambule exposant les considérations fondamentales qui ont motivé l'élaboration du projet d'articles.

26. Le chapitre X aborde la question des clauses finales et les différentes options s'offrant aux États, notamment s'agissant d'une clause finale relative aux réserves. Le rapport ne contient aucune proposition à ce sujet, car le Comité n'a pas coutume d'inclure des dispositions finales dans ses projets d'articles, mais le chapitre X serait particulièrement utile si le projet d'articles aboutissait à une convention.

27. Le chapitre XI est consacré au programme de travail futur. De l'avis du Rapporteur spécial, si la Commission parvient à achever ses travaux sur le projet d'articles à la session en cours, il pourrait être possible de terminer la première lecture. Il faudrait pour cela que le Comité de rédaction achève ses travaux sur le projet d'articles et remanie certains des projets d'article déjà adoptés. Une question qui pourrait être débattue, et qui a été soulevée par le Comité de rédaction en 2016, est celle de savoir s'il est préférable de conserver le projet d'article 5[14] en l'état ou de le scinder en plusieurs projets d'article. Si tout se passe bien, l'ensemble du projet d'articles et les commentaires s'y rapportant pourraient être adoptés par la Commission pendant la seconde partie de la session.

28. Avant de conclure sa déclaration, le Rapporteur spécial dit qu'il tient à souligner que le sujet continue à susciter un très vif intérêt à l'extérieur de la Commission. Il est régulièrement sollicité par des gouvernements, des organisations internationales, des organes conventionnels, des organisations non gouvernementales et des universitaires. Au cours de l'année précédente, il a présenté des exposés aux représentants du Bureau de la prévention du génocide et de la responsabilité de protéger et à des membres du Comité des disparitions forcées, rencontré M. Santiago Villalpando, le Chef de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques, participé à un dialogue interactif avec des membres de la Sixième Commission, présidé un panel à l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale et participé à diverses manifestations organisées par des universités. Il espère poursuivre ces efforts au cours de l'année à venir. En effet, Amnesty International l'a invité à participer à un atelier qui va être organisé à Genève et auquel de nombreuses organisations non gouvernementales seront représentées, ainsi que le Comité des disparitions forcées et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. Amnesty International a publié une analyse de son rapport[15], qui a été mise à la disposition des membres de la Commission.

29. En réponse à la demande formulée à la précédente session par M. Hassouna[16], qui souhaitait obtenir

[12] Voir résolution 71/248 de l'Assemblée générale, en date du 21 décembre 2016.

[13] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/698.

[14] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 61 (projet d'article 5).

[15] Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2017.

[16] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3301e séance, p. 96, par. 14.

des informations actualisées sur l'initiative lancée par la Belgique, les Pays-Bas et la Slovénie en vue de l'élaboration d'un traité d'entraide judiciaire et d'extradition permettant de poursuivre les crimes internationaux les plus graves, le Rapporteur spécial indique qu'il n'a eu connaissance d'aucun progrès notable à cet égard. Il sait toutefois qu'un groupe d'experts pourrait se réunir fin juin. Aux Pays-Bas, le Comité consultatif sur les questions de droit international public a récemment recommandé au Gouvernement d'appuyer l'initiative concernant l'élaboration d'une convention relative aux crimes contre l'humanité. Le Rapporteur spécial reste d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre ces deux initiatives.

30. M. HMOUD relève que le Rapporteur spécial prévoit d'achever l'examen en première lecture à la session en cours et dit que certaines des questions soulevées dans le rapport, telles que celles des mécanismes de suivi et du règlement des différends, sont habituellement du ressort d'une conférence diplomatique. Il demande s'il y aura d'autres projets d'article et pourquoi la question des différends interétatiques a été abordée dans le projet d'articles. Il ajoute que la question des relations entre les mécanismes de suivi et le règlement des différends nécessitera peut-être un examen plus approfondi.

31. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que certaines questions ont été abordées dans le rapport car la Commission en avait déjà discuté par le passé, ne serait-ce que de manière informelle. Il a conclu que, pour plusieurs d'entre elles, il n'était pas nécessaire de prévoir un projet d'article. Par exemple, le recensement des mécanismes de suivi existants et de ceux pouvant être envisagés avait son utilité, mais il n'en a retenu aucun. Le Rapporteur spécial convient que, comme les clauses finales, ces questions sont habituellement traitées par une conférence diplomatique. Les seuls projets d'article qu'il propose sont ceux figurant dans l'annexe II. La Commission pourrait décider d'aborder d'autres questions, mais dans ce cas il ne serait plus possible d'achever l'examen en première lecture à la session en cours, car il pourrait être nécessaire d'établir un quatrième rapport sur le sujet.

32. M. SABOIA dit qu'il saurait gré au Rapporteur spécial d'indiquer ce qu'il en est des « autres questions » mentionnées dans le troisième rapport, à savoir la dissimulation de crimes contre l'humanité, l'immunité et l'amnistie.

33. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il a examiné dans le chapitre VIII du rapport la manière dont ces trois questions, dont la Commission avait débattu précédemment, au moins de manière informelle, ont été abordées dans les traités pertinents. Il est parvenu à la conclusion que la Commission ne devait pas traiter ces questions dans le projet d'articles.

34. M. TLADI félicite le Rapporteur spécial pour son rapport bien écrit et bien documenté. Il estime toutefois que le document aurait pu être bien plus court, même si de nombreuses questions y sont traitées et de nombreux projets d'article proposés. Compte tenu de l'approche retenue par la Commission pour l'examen de ce sujet, qui ne consiste pas nécessairement à codifier les règles de droit international coutumier existantes, mais plutôt à élaborer un projet de convention fondé sur les instruments existants, aucune des options choisies par le Rapporteur spécial ne pourrait être inadéquate.

35. Le rapport lui-même illustre la préoccupation essentielle que M. Tladi nourrit au sujet de l'approche en question, laquelle va à l'encontre de ce qu'il préconise depuis l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission[17], à savoir qu'en sus des crimes contre l'humanité, le sujet devrait couvrir les crimes de guerre et le génocide. Il n'est toujours pas convaincu par les réponses du Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission, qui ont souligné que ces crimes faisaient déjà l'objet de régimes spécifiques, et qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer d'autres textes. En effet, aucun des projets d'article proposés dans le rapport n'a d'équivalent dans les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, et les Protocoles additionnels s'y rapportant, ni dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

36. Cela est encore plus manifeste dans le chapitre I (Extradition). Le Rapporteur spécial note, au paragraphe 21 de son rapport, qu'il n'existe actuellement pas de convention internationale ou régionale qui traite exclusivement de l'extradition des auteurs présumés de crimes contre l'humanité. Une telle convention aurait clairement défini les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de ces personnes. Cependant, cette même remarque vaut pour les auteurs présumés de crimes de guerre et de génocide. Tout d'abord, il n'existe dans le régime relatif aux crimes de guerre aucune disposition qui soit applicable à l'extradition des auteurs de crimes de guerre commis pendant un conflit non international ; cette lacune pourrait raisonnablement être comblée par les travaux de la Commission sur le sujet. Plus important encore, le paragraphe 2 de l'article 88 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ne met à la charge des Hautes Parties contractantes qu'une obligation minimale de coopération aux fins de l'extradition. Il leur est demandé de coopérer quand les circonstances le permettent et de prendre « dûment en considération » la demande de l'État sur le territoire duquel l'infraction alléguée s'est produite. Cette obligation n'équivaut en rien à ce que le Rapporteur spécial désigne dans son rapport comme des « droits, obligations et procédures […] clairement établis » en matière d'extradition. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne donne pas beaucoup plus de détails, hormis en son article VII qui prévoit que les Parties contractantes s'engagent à accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur. Cette observation vaut également pour les projets d'articles 12, 13 et 14, qui contiennent les dispositions de fond proposées par le Rapporteur spécial.

37. L'affirmation faite au paragraphe 22, selon laquelle « de nombreux États refusent d'extrader en l'absence d'accord d'extradition », n'est pas nécessairement correcte. Il aurait été utile que le Rapporteur spécial l'étaye par des exemples tirés de la pratique, voire des statistiques quand cela était possible.

[17] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 84, par. 170.

38. Le Rapporteur spécial a décidé de ne pas proposer de disposition relative aux demandes d'extradition concurrentes, mais une telle disposition est importante, quand bien même elle se bornerait à énoncer les principes généraux à prendre en compte par l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve. M. Tladi doute que de nombreux traités d'extradition ne visent pas à déterminer l'État demandeur prioritaire en cas de demandes d'extradition concurrentes, et rappelle que, si la Commission examine d'autres instruments et régimes, ce n'est pas pour reproduire leurs dispositions mais pour s'en inspirer. De ce point de vue, la Commission ne devrait pas se sentir contrainte par ce qui a ou non été fait dans le passé.

39. Lors de l'élaboration d'une disposition détaillant la manière dont un État devrait exercer son droit souverain de prendre une décision concernant une extradition, il pourrait être utile d'identifier certains facteurs à prendre en compte, tels que : l'État (ou entité) d'où émane la première requête ; l'État dans lequel les crimes allégués auraient été commis ; l'État qui a en sa possession la plupart des éléments de preuve ; l'État dans lequel vivent la plupart des témoins ; l'État qui est le plus susceptible de véritablement traduire en justice l'auteur présumé de l'infraction. Lorsqu'une juridiction pénale internationale demande la remise de l'auteur présumé, le fait que d'autres États requérants soient ou non parties au statut de cette juridiction, et donc obligés d'en respecter les dispositions, peut aussi être un facteur pertinent.

40. Le Rapporteur spécial semble suggérer que la raison pour laquelle il n'a pas inclus dans le projet d'articles une disposition sur la manière de traiter les demandes d'extradition concurrentes est que les autres instruments ne contiennent généralement pas de telles dispositions. Cette raison n'est pas suffisante car les infractions visées dans la plupart des autres instruments en question sont, pour l'essentiel, des crimes transnationaux, et non les principaux crimes de droit international, qui font l'objet du projet d'articles. Il est aussi possible que le nombre d'États pouvant exercer leur compétence soit moins important dans le cas des crimes transnationaux et que la question des demandes concurrentes ne se pose pas ou se pose moins fréquemment. Pour rédiger une disposition à ce sujet, il pourrait être possible de s'inspirer de l'article 90 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Enfin, pour les raisons mentionnées dans le rapport, M. Tladi convient pleinement qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer la règle de la « double incrimination ».

41. En ce qui concerne les paragraphes 37 à 41 du rapport, M. Tladi ne voit pas clairement à quoi servirait l'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition faisant obligation aux États parties de reconnaître, dans les traités existants et futurs, les crimes contre l'humanité comme des infractions pouvant donner lieu à extradition. En effet, l'obligation *aut dedere aut judicare* énoncée par la Commission dans le projet d'article 9[18] signifie que si l'État n'engage pas de poursuites, il est tenu d'extrader. Même si elle est formulée comme une obligation de poursuivre, cette disposition indique clairement que les crimes contre l'humanité peuvent être un motif d'extradition. Si le Rapporteur spécial n'en convient pas, il faudrait peut-être préciser ce point dans le paragraphe 1 du projet d'article 11 plutôt que de chercher à réglementer la teneur des traités existants et futurs. En vertu du principe voulant qu'il incombe à la Commission de rechercher une valeur ajoutée plutôt que de simplement regrouper des dispositions figurant dans les instruments existants, il semble préférable de préciser dans les projets d'article qu'aux fins du projet d'articles ou d'une future convention, selon qu'il conviendra, les crimes contre l'humanité peuvent donner lieu à extradition. Il ne serait ainsi plus nécessaire d'interpréter (avec le risque de le faire à mauvais escient) les traités futurs.

42. Concernant les paragraphes 42 à 49 du rapport, M. Tladi est d'accord avec l'idée générale qui sous-tend la proposition du Rapporteur spécial de ne pas appliquer l'exception d'infraction politique aux crimes contre l'humanité. Il serait toutefois utile d'extraire de la pratique des exemples de cas dans lesquels cette exception s'applique. Les crimes contre l'humanité ne sont pas mentionnés dans les exemples cités par le Rapporteur spécial au paragraphe 46, et ne figurent pas en tant que tels dans la note de bas de page appelée, dans le même paragraphe, après les mots « empêcher l'extradition », qui contient des exemples de traités bilatéraux indiquant spécifiquement les infractions qui ne devraient pas être considérées comme des infractions politiques. Il pourrait être utile de se demander pourquoi. M. Tladi est d'accord avec l'argument du Rapporteur spécial selon lequel c'est le comportement consistant à commettre un crime contre l'humanité qui ne saurait en aucun cas être considéré comme une infraction politique. Il en va toutefois tout autrement lorsque la demande d'extradition obéit à un motif politique.

43. Quant aux paragraphes 50 à 55, qui traitent du cas des États dont le droit interne subordonne l'extradition à l'existence d'un traité, M. Tladi ne voit pas l'intérêt d'ajouter au projet d'article 11 une disposition précisant que le projet d'articles − ou l'éventuelle convention − pourrait servir de base légale pour l'extradition. Le seul motif qui pourrait justifier cet ajout serait que de telles dispositions figurent dans d'autres instruments relatifs à l'extradition. En pareil cas également, le projet d'article 11 devrait être lu conjointement avec le projet d'article 9. Ce dernier dispose clairement que, si un État requis ne soumet pas l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, il doit extrader l'auteur présumé de l'infraction. Cette obligation ne dépend pas de l'existence d'un autre traité, comme le montre clairement l'arrêt de la Cour internationale de Justice relatif à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. On ne voit donc pas exactement quels cas une telle disposition concernerait. Il convient de noter qu'au paragraphe 71 de son rapport, le Rapporteur spécial reconnaît l'importance, pour ce qui est de l'extradition par un État d'un de ses nationaux, du projet d'article 9, qui rend inutile une disposition spéciale à ce sujet. Ces considérations s'appliquent aux autres cas que M. Tladi a mentionnés.

44. À la lumière de ces observations, le projet d'article 11 tel que proposé par le Rapporteur spécial devrait être largement remanié. Il faudrait établir d'emblée un lien clair entre

[18] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 177 (projet d'article 9).

les projets d'articles 11 et 9. Ainsi, le premier paragraphe pourrait simplement indiquer que le projet d'article 9 prévoit l'extradition d'un auteur présumé dans le cas où l'État requis ne l'a pas poursuivi, ou bien que les règles et procédures relatives à l'extradition sont énoncées dans le projet d'article. Les paragraphes 3, 4 et 5 du projet d'article 11 sont superflus ; le reste du projet d'article devrait se concentrer sur le détail des procédures d'extradition.

45. En ce qui concerne les paragraphes 9 et 10 du projet d'article 11, la Commission devrait envisager d'utiliser une formulation plus large qui permettrait à un État requis de définir les conditions nécessaires à l'extradition de l'auteur présumé. Elle pourrait par exemple préciser que la personne extradée ne doit pas être soumise à la peine de mort ou à une autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant dans l'État requérant. M. Tladi ne propose pas d'énoncer cette condition particulière dans le projet d'article, mais il n'est pas opposé à ce qu'elle y figure. Il suffirait de reconnaître en des termes généraux la prérogative de l'État requis de fixer les conditions de l'extradition et de les voir remplies par l'État requérant, si celui-ci les accepte, et de citer la peine de mort comme exemple dans les commentaires. Le projet d'article 9 devrait également comprendre une disposition concernant les demandes concurrentes d'extradition.

46. En ce qui concerne le projet d'article 13 relatif à l'entraide judiciaire, M. Tladi exprime sa préférence pour un texte plus court, et fait observer que les paragraphes 1 et 2 pourraient aisément être fusionnés. Le paragraphe 5 ne semble pas exprimer une véritable obligation, et sa suppression n'appauvrirait en rien le projet d'articles. M. Tladi accepte le principe de la communication d'informations entre États sans demande préalable, mais estime qu'en pareilles circonstances les États devraient pouvoir fixer les conditions raisonnables qui leur semblent nécessaires. L'exception prévue au paragraphe 7 concernant la révélation d'informations à décharge sans la consultation préalable de l'État requis est problématique. Il en va de même pour l'exception prévue au paragraphe 21.

47. M. Tladi est d'accord avec le Rapporteur spécial qui affirme au paragraphe 199 qu'il ne semble pas y avoir de conflit entre les règles énoncées dans le projet d'articles et celles énoncées dans les instruments établissant des tribunaux pénaux internationaux. Il n'est toutefois pas satisfait de la teneur du projet d'article 15 : premièrement, il semble improbable qu'un tel conflit se produise, étant donné que l'objet du projet d'articles est de faciliter la tâche des juridictions nationales ; deuxièmement, si tel était le cas, il n'est pas précisé clairement si les dispositions de l'instrument constitutif du tribunal pénal international concerné devraient l'emporter. Le projet d'article 15 a manifestement été rédigé en ayant à l'esprit le Statut de Rome. Toutefois, d'autres juridictions pénales internationales pourraient très bien être créées dans le futur, et la Commission devrait se demander si elle est disposée à accepter que les dispositions de ces entités inconnues puissent prévaloir sur l'instrument qu'elle a soigneusement rédigé. Le Statut de Rome lui-même est fondé sur le principe de la primauté des juridictions nationales, avec lequel le projet d'article 15 semble en conflit direct. En conséquence, M. Tladi ne recommande pas le renvoi du projet d'article 15 au Comité de rédaction.

48. À propos du projet d'article 16, qui prévoit que le projet d'articles s'applique à toutes les unités constitutives des États fédéraux, M. Tladi considère que, d'un point de vue juridique, cette disposition est évidente et donc inutile, et qu'elle ne devrait pas figurer dans le projet d'articles. De fait, le chapitre VI dans son ensemble est lui aussi inutile et n'aurait pas dû figurer dans le rapport. M. Tladi ne recommande donc pas le renvoi du projet d'article 16 au Comité de rédaction.

49. M. Tladi estime que le chapitre sur les mécanismes de suivi aurait pu être plus court. De surcroît, tels qu'ils sont décrits dans le rapport, il ne semble pas y avoir de réelle distinction entre commissions et comités. La décision du Rapporteur spécial de ne pas proposer un mécanisme mais de simplement fournir un éventail d'options parmi lesquelles les États pourraient choisir le moment venu est raisonnable. Cela étant, au vu de la myriade de mécanismes existants dont le Rapporteur spécial estime qu'ils pourraient être applicables aux crimes contre l'humanité, l'adoption d'une convention ne prévoyant pas de mécanisme de suivi serait aussi acceptable.

50. Convaincu de longue date que l'élaboration de règles relatives aux mécanismes de coopération interétatique est la contribution la plus importante de la Commission au développement du droit international, M. Tladi reconnaît que de tels mécanismes seraient probablement plus utiles que des mécanismes de suivi. Il souscrit pleinement à la décision du Rapporteur spécial de proposer un projet d'article sur le règlement des différends interétatiques, et convient que ce texte devrait énoncer une obligation de négocier et qu'à défaut, la possibilité d'un arbitrage et d'un règlement devant la Cour internationale de Justice devrait être proposée. Il convient en outre qu'une possibilité de retrait exprès de la procédure de règlement des différends interétatiques devrait être prévue. Il n'approuve pas, toutefois, le choix du Rapporteur spécial au paragraphe 2 du projet d'article 17, qui désigne l'arbitrage comme le mécanisme de règlement de différends interétatiques par défaut, le recours à la Cour internationale de Justice étant une solution subsidiaire pour le cas où les États ne parviendraient pas à s'accorder sur l'organisation de l'arbitrage. Ce choix du Rapporteur spécial semble fondé sur l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs. D'autres options qui n'ont pas été étudiées par le Rapporteur spécial offriraient toutefois une solution différente plus appropriée. Il s'agit notamment de la section 30 de l'article VIII de la Convention sur les privilèges et les immunités des Nations Unies et de l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui désignent la Cour comme le mécanisme par défaut de règlement des différends et proposent d'autres modes de règlement tels que l'arbitrage lorsque les parties sont d'accord.

51. En conclusion, M. Tladi approuve le renvoi des projets d'articles 11, 12, 13, 14 et 17 au Comité de rédaction. Il n'a aucune objection au projet de préambule et il appuie l'intention du Rapporteur spécial d'achever l'ensemble du projet d'articles à la session en cours.

La séance est levée à 17 h 45.

3349e SÉANCE

Mardi 2 mai 2017, à 10 h 5

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Al-Marri, M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704).

2. M. MURASE dit qu'il demeure préoccupé par la difficulté inhérente au sujet des crimes contre l'humanité. Lorsqu'elle entreprend l'étude d'un sujet, la Commission peut soit codifier et développer progressivement le droit, soit élaborer une nouvelle convention en réponse à une demande expresse de l'Assemblée générale. Dans ce dernier cas, elle n'a pas à se préoccuper du statut des règles qu'elle élabore au regard du droit coutumier et peut simplement élaborer de nouvelles règles juridiques, souvent par analogie avec des régimes conventionnels similaires. En l'absence de demande expresse de l'Assemblée générale, on peut considérer que le sujet à l'examen relève du mandat habituel de la Commission, et celle-ci doit donc œuvrer sur la base des règles établies du droit coutumier pour la codification et des règles coutumières en train de se faire jour pour le développement progressif. Or le Rapporteur spécial ne semble pas se préoccuper du statut des règles au regard du droit coutumier, comme si la Commission avait été priée d'élaborer de nouvelles règles juridiques sur le sujet. Cette préoccupation a également été exprimée par certaines délégations, dont celle de la Chine, à la Sixième Commission, en 2016.

3. M. Murase réaffirme qu'il est gravement préoccupé par la méthodologie ayant présidé à l'élaboration du projet d'article 11, relatif à l'extradition. Le Rapporteur spécial invoque les dispositions relatives à l'extradition de la Convention des Nations Unies contre la corruption et conclut qu'elles peuvent «servir de point de départ» à l'élaboration du projet d'article et que leur présence «semble justifiée». Or la Convention est sans rapport avec les crimes contre l'humanité, et la simple énumération de dispositions conventionnelles similaires relatives à d'autres crimes que les crimes contre l'humanité n'établit pas l'existence de règles du droit international coutumier en la matière. Cette méthodologie ne serait légitime que si l'Assemblée générale avait demandé à la Commission d'élaborer une nouvelle convention, mais comme elle ne l'a pas fait, le troisième rapport dans son ensemble, et le projet d'article 11 en particulier, semble outrepasser le mandat de la Commission.

4. Comme le Rapporteur spécial le fait observer à juste titre au paragraphe 83 du rapport à l'examen, «par sa nature, un crime contre l'humanité [est] très différent d'un crime de corruption». Le paragraphe 6 du projet d'article 11, par analogie avec le paragraphe 8 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, stipule que l'extradition d'une personne soupçonnée d'avoir commis des crimes contre l'humanité est subordonnée à des conditions, y compris en ce qui concerne la peine minimale requise pour extrader prévue par le droit interne de l'État requis. Peut-être la peine minimale est-elle pertinente dans les affaires de corruption, mais c'est la peine maximale, la peine capitale, qui l'est dans les affaires de crimes contre l'humanité. Comme l'a souligné un auteur dans la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, la question de la peine capitale doit être envisagée au paragraphe 6 du projet d'article 11, car, aux termes de la plupart des traités et lois nationales relatifs à l'extradition, celle-ci peut être refusée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est passible de la peine capitale dans le droit interne de l'État requérant. Peut-être cette question de la peine maximale devrait-elle être traitée dans le projet d'article 12, relatif au non-refoulement.

5. S'agissant de la partie du rapport concernant la double incrimination, l'orateur rappelle qu'il a déjà fait observer que le projet d'article 5[19] n'indiquait pas clairement dans quelle mesure les États étaient tenus d'incorporer dans leur droit interne la définition des crimes contre l'humanité figurant au projet d'article 3[20]. S'ils sont tenus d'incorporer cette définition mot pour mot, le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer une condition de double incrimination dans le projet d'article 5; mais si tel n'est pas le cas, peut-être est-il nécessaire de le faire. Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 4 du projet d'article 11, un État est tenu d'extrader l'auteur présumé d'un crime sur la base du projet d'articles, puisque c'est le présent qui est utilisé dans le chapeau du paragraphe 4. Le Rapporteur spécial n'a toutefois pas suffisamment démontré le caractère coutumier de cet alinéa *a*. L'alinéa *a* du paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui a servi de modèle, ne s'applique qu'aux crimes de corruption. Le mot «Utilise» qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 4 devrait donc être remplacé par les mots «Peut utiliser».

6. Aux paragraphes 62 et 71 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial indique que même si l'État requis refuse l'extradition ou la remise du suspect parce que son droit interne l'en empêche, il demeure tenu de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour qu'elles exercent l'action pénale en application du projet d'article 9[21]. Or le projet d'article 9 traite de questions procédurales et non de

---

[19] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

[20] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 (projet d'article 3).

[21] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 177 (projet d'article 9).

questions de fond, et ne vise pas les peines que le tribunal prononcera. Le projet d'article 9 n'impose pas aux autres États tenus d'établir leur compétence pour connaître de l'infraction l'obligation de le faire. Le Rapporteur spécial envisage les procès intentés à titre de représailles dans le projet d'article 10[22], mais il ne semble pas préoccupé par les simulacres de procès. Bien qu'il se penche sur le problème de l'amnistie à la section C du chapitre VIII, la conclusion qu'il tire au paragraphe 297, à savoir que « le présent projet d'articles ne devrait pas aborder la question des amnisties en droit interne », semble inappropriée. L'idée qu'une amnistie ne ferait pas obstacle à la répression d'un crime contre l'humanité par une juridiction pénale internationale compétente ou un État étranger semble mériter d'être mentionnée dans le projet d'articles, compte tenu en particulier du projet d'article 15 et de la possibilité qu'une juridiction pénale internationale nouvellement créée garantisse une moindre protection des droits de l'homme.

7. Aux termes du paragraphe 26 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial a décidé de ne pas proposer de disposition relative au concours de demandes d'extradition et de laisser à l'État requis le soin de décider. Or la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 1973, donne la priorité « en règle générale » aux pays où les crimes contre l'humanité ont été commis, parce que l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis dispose de davantage de preuves que les autres États requérants et est ainsi mieux placé pour traduire les auteurs en justice et les punir. Si le Rapporteur spécial devait prendre les simulacres de procès en considération, il serait ainsi préférable de donner la priorité à l'État territorial, par souci d'économie judiciaire et d'efficacité du châtiment.

8. Au paragraphe 1 du projet d'article 12, les mots « ni n'extrade » font double emploi avec le paragraphe 11 du projet d'article 11 et doivent être supprimés. Le projet d'article 12 devrait être placé après le projet d'article 4[23], relatif à l'obligation de prévention, sur le modèle de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En ce qui concerne le projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, il n'est pas approprié de procéder par analogie avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. En effet, cet instrument contient une disposition longue et détaillée sur l'entraide judiciaire parce qu'elle concerne des infractions transnationales dont la répression exige que les États coopèrent et s'entraident. Les crimes contre l'humanité tendent par contre à être commis dans un seul État et n'ont donc pas un caractère transnational. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (Convention contre les disparitions forcées) contiennent, en matière d'entraide judiciaire, une disposition concise, car les crimes en question sont commis par des organes de l'État et qu'on ne peut compter que l'État territorial coopérera. Comme il en est de même pour les crimes contre l'humanité, l'article concis serait préférable.

9. S'agissant du projet d'article 14, relatif aux victimes, témoins et autres personnes, la protection des victimes relève en général du droit des droits de l'homme, le droit pénal international étant axé sur la prévention et la répression d'infractions particulières, soit en ce qu'il impose aux États parties l'obligation de réprimer l'infraction dans leur droit interne, soit en ce qu'il énonce des priorités pour l'exercice des compétences nationales concurrentes. À la différence du projet d'article 13, qui se place sous l'angle du droit pénal en prenant pour modèle la Convention des Nations Unies contre la corruption, le projet d'article 14 repose principalement sur la Convention contre les disparitions forcées et se place donc sous l'angle des droits de l'homme. Le préambule de la Convention contre les disparitions forcées indiquant que, de par son extrême gravité, la disparition forcée peut, dans certaines circonstances, constituer un crime contre l'humanité, il semble approprié de s'inspirer de cette convention pour élaborer le projet d'articles.

10. Le projet d'article 14 n'est toutefois pas sans poser problème. Premièrement, les paragraphes 1 et 3 se placent sous l'angle des droits de l'homme alors que le paragraphe 2 se place sous l'angle du droit pénal, en ce qu'il prévoit la participation des victimes à la procédure pénale, ce que ne fait pas la Convention contre les disparitions forcées. Cette approche sélective risque de rendre l'ensemble du projet inacceptable pour les États. Autoriser les victimes à participer à la procédure pénale risque d'affaiblir des systèmes judiciaires existants et ne sera acceptable pour les États que s'il existe des motifs puissants les incitant à consentir à un tel abandon de souveraineté. Malheureusement, cela ne semble pas être le cas pour les crimes contre l'humanité, dans la commission desquels des agents de l'État sont généralement impliqués. Élaborer des dispositions à la fois sous l'angle du droit pénal et du droit des droits de l'homme renforcera peut-être l'efficacité de la convention mais risque dans le même temps de dissuader les États d'y accéder.

11. Deuxièmement, il semble problématique de prévoir des garanties de non-répétition, un concept élaboré en relation avec le droit à réparation dans le cadre des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission[24]. Ces articles distinguent entre la non-répétition et la cessation d'une part, et la réparation du préjudice, y compris la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, d'autre part. En d'autres termes, les garanties de non-répétition ne sont généralement pas considérées comme une forme de réparation. Certes, le paragraphe 5 de l'article 24 de la Convention contre les disparitions forcées prévoit des garanties de non-répétition comme forme de réparation ; cela est peut-être justifié pour de tels crimes, qui ont un caractère continu, mais il faut se garder de transposer cette forme unique de réparation dans un domaine plus général sans y avoir mûrement réfléchi.

12. Troisièmement, le paragraphe 3 de l'article 14 vise le droit d'obtenir réparation à titre collectif, ce que

[22] Ibid., p. 179 (projet d'article 10).

[23] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 50 (projet d'article 4).

[24] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

la Convention contre les disparitions forcées elle-même ne prévoit pas expressément et qui semble ainsi relever du développement progressif. Le Rapporteur spécial doit expliquer pourquoi il estime important de prévoir cette forme de réparation dans le projet d'articles : au paragraphe 194 de son rapport, le Rapporteur spécial indique simplement, sans aucune explication, que « dans certaines situations, seule s'avère souhaitable, voire possible, la réparation collective », alors qu'à l'opposé les réparations individuelles sont étayées par d'abondantes références. Les formes collectives de réparation citées, par exemple la construction d'un monument commémoratif, sont des mesures qui ont été prises volontairement ou dans le cadre d'un processus de réconciliation, et l'orateur n'est pas convaincu qu'il convienne de les mentionner dans un instrument universel.

13. En ce qui concerne la section A du chapitre VIII et la question de la dissimulation de crimes contre l'humanité, un commentaire de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants indique que les termes « complicité ou […] participation » qui figurent au paragraphe 1 de l'article 4 doivent être interprétés comme incluant la « dissimulation »[25]. L'orateur dit qu'il souhaiterait, eu égard au principe de légalité, savoir si la complicité de crimes contre l'humanité inclut ou non la dissimulation de tels crimes.

14. Le sens du projet d'article 15, sur les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes, n'est pas clair. Si les droits et obligations au titre des actes constitutifs de ces juridictions doivent prévaloir sur les droits et obligations au titre du projet d'articles, on peut se demander à quoi sert d'élaborer un projet d'articles sur le sujet. Le projet d'article 15 risque de compromettre la lutte contre l'impunité en donnant la priorité aux juridictions pénales internationales et aux actes constitutifs de celles-ci, ce qui irait à l'encontre du principe de complémentarité consacré dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et pourrait être source de confusion lorsqu'il s'agira d'interpréter le Statut de Rome et la future convention sur les crimes contre l'humanité.

15. L'approche adoptée par le Rapporteur spécial en ce qui concerne l'immunité laisse quelque peu à désirer. Bien que l'on puisse faire valoir que son analyse de l'immunité de l'État correspond à la position prise par la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, il n'explique pas convenablement pourquoi le projet d'articles ne tient tout simplement pas compte des dispositions des conventions citées au paragraphe 281, qui disposent que les représentants de l'État sont pénalement responsables au plan international ou doivent être punis. Le paragraphe 4 du projet d'article 5 implique à n'en pas douter, à l'instar du paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que les moyens de défense reposant sur l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne sont pas admissibles, mais une telle disposition risque de ne pas être assez efficace pour prévenir l'impunité des responsables des crimes contre l'humanité les plus graves. Certes, des efforts sont faits simultanément par la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, mais l'élaboration d'une convention sur les crimes contre l'humanité doit assurément avoir parmi ses objectifs d'éliminer totalement l'impunité. La Commission doit promouvoir le développement progressif du droit international dans le domaine des immunités, en particulier l'immunité *ratione personae*, pour tenir compte du Statut de Rome et mettre en place un système de justice pénale internationale réellement complémentaire. Elle doit donc faire figurer dans le projet d'articles une disposition sur la « non-pertinence de la qualité officielle » calquée sur l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Par ailleurs, le projet d'articles est muet sur la question des réserves, ce qui est contraire à l'esprit du Statut de Rome et risque de compromettre l'intégrité de la future convention sur les crimes contre l'humanité.

16. M. Murase dit qu'il n'est pas opposé au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction si la majorité des membres y est favorable.

17. En conclusion, l'orateur appelle l'attention sur les différences existant dans la longueur des rapports des rapporteurs spéciaux chargés des divers sujets. Par exemple, lui-même a été obligé d'abréger son rapport pour respecter la limite des 30 000 mots, ayant été informé qu'à défaut ce rapport ne serait ni traduit ni publié comme document officiel. Il pensait que cette règle s'appliquait aux rapports de tous les rapporteurs spéciaux, mais il semblerait que M. Murphy ait été autorisé à présenter un rapport plus de trois fois plus long que le sien.

18. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat examinera la question de la limitation de la longueur des rapports.

19. M. HASSOUNA remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, qui est clair, exhaustif et bien documenté, et pour les efforts qu'il continue de faire pour dialoguer avec les gouvernements et les organisations non gouvernementales dans différentes régions. De fait, la Commission doit s'efforcer non seulement d'élaborer un projet d'articles mais aussi de convaincre les gouvernements de l'importance et de la pertinence de celui-ci afin d'en assurer l'acceptation et l'application ultérieures.

20. Bien que le rapport soit considérablement plus long que ne le recommande la Commission, l'analyse détaillée qu'il contient permettra de réaliser d'importants progrès à la session en cours. Il est urgent d'élaborer et de codifier des règles juridiques sur le sujet, car les crimes contre l'humanité sont de plus en plus fréquents.

21. L'orateur indique, ainsi qu'il l'a déclaré à la session précédente, qu'il souhaite que le projet d'articles serve de base à une nouvelle convention, une opinion partagée par plusieurs États à la Sixième Commission en 2016. L'éminent spécialiste du droit pénal international Cherif Bassiouni a déclaré qu'il était grand temps qu'une convention sur les crimes contre l'humanité vienne réglementer non seulement les relations hiérarchiques entre les États et les juridictions internationales mais également les relations horizontales entre les États eux-mêmes ; une telle

[25] M. Nowak et E. McArthur (dir. publ.), *The United Nations Convention against Torture: a Commentary*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 238, par. 25.

convention contribuerait à l'harmonisation des législations nationales et renforcerait le respect du Statut de Rome de la Cour pénale internationale tant par les États qui y sont parties que par ceux qui n'y sont pas.

22. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial analyse des traités concernant d'autres matières que les crimes contre l'humanité et les prend comme modèles pour élaborer les projets d'article, plutôt que de codifier la coutume existante. Lorsque l'on adopte une telle approche, il faut tenir dûment compte des différences existant dans la nature des infractions envisagées dans chaque convention et du contexte particulier de celle-ci. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a introduit des modifications de forme et de fond aux textes repris des conventions qu'il a étudiées, une démarche dont l'orateur se félicite. Toutefois, les règles juridiques sur les crimes contre l'humanité qui sont proposées doivent être en harmonie avec celles énoncées dans d'autres traités.

23. Se référant au commentaire très bienvenu d'Amnesty International sur le troisième rapport[26], l'orateur déclare que d'une manière générale il partage les préoccupations exprimées par cette organisation au sujet de certains des projets d'article proposés. Il ne faut toutefois pas oublier que le projet d'articles ne vise pas à traiter dans le détail de toutes les questions relevant du sujet mais essentiellement des questions fondamentales non controversées. Après tout, l'objectif de la Commission doit être d'élaborer une convention universellement acceptée qui complète les régimes internationaux en vigueur, en particulier le Statut de Rome.

24. S'agissant des projets d'article et du préambule proposés, le projet d'article 11 ne comprend pas de disposition sur les demandes d'extradition concurrentes. Ces demandes pourraient être instruites par une autorité centrale, peut-être l'autorité mentionnée au projet d'article 13 sur l'entraide judiciaire ou un organe comparable. Une disposition importante du projet d'article 11 prévoit que, par défaut, le projet d'articles est utilisé comme base légale pour l'extradition à moins que l'État concerné n'informe le dépositaire du contraire. Cette disposition pourrait contribuer à l'harmonisation des divers droits internes en matière d'extradition. Une autre disposition du projet d'article 11 subordonne celui-ci aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis. L'orateur dit qu'il souscrit à ce principe, qui permet au droit interne des États de continuer de s'appliquer. Quiconque objecterait à ce qu'il soit tenu compte des conditions prévues par le droit interne en matière d'extradition oublie que le projet d'articles n'énonce effectivement aucune obligation d'extrader mais une obligation de poursuivre si l'extradition est refusée. Le paragraphe 11 du projet d'article 11 ayant pour objet de garantir que nul n'est extradé si ses droits risquent d'être violés, l'orateur dit qu'il est favorable à l'inclusion dans ce paragraphe de références à d'autres catégories de persécutions et d'atteintes aux droits de l'homme justifiant le rejet d'une demande d'extradition.

25. En ce qui concerne la section A du chapitre II du rapport et le projet d'article 12, des éclaircissements sont nécessaires quant à la définition d'un « risque réel » d'être victime de violations des droits de l'homme telles que la torture et quant à la norme applicable dans l'évaluation des preuves de ce risque. Les acteurs non étatiques devraient être mentionnés au paragraphe 1 du projet d'article 12, compte tenu en particulier du nombre croissant de crimes transfrontières qu'ils commettent. Par contre, élargir le principe du non-refoulement qui protège les personnes risquant d'être victimes de crimes contre l'humanité à d'autres crimes graves au regard du droit international risque de créer des chevauchements avec les traités réprimant ces crimes.

26. S'agissant du projet d'article 13, le Rapporteur spécial semble être en faveur d'une disposition détaillée afin de donner aux États davantage d'indications en ce qui concerne la coopération interétatique. M. Hassouna indique que lui-même estime au contraire qu'une disposition concise, comme celles qui figurent dans certains traités, ménagerait aux États davantage de souplesse. De plus, certains paragraphes du projet d'article 13 semblent inutilement longs et pourraient être abrégés par le Comité de rédaction. La liste des motifs permettant à l'État requis de refuser ou différer l'entraide judiciaire appelle des éclaircissements, notamment sur le point de savoir si elle est exhaustive ou non.

27. Dans le projet d'article 14, relatif aux victimes, témoins et autres personnes, la reconnaissance du droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes est essentielle. Ce projet d'article pourrait également garantir le droit à la vérité et le droit à ce que l'État protège les éléments de preuve. Il pourrait également souligner que la protection des témoins ne se limite pas à la protection physique mais s'entend également de mesures plus diverses, comme celles prévues au paragraphe 1 de l'article 68 du Statut de Rome. Au paragraphe 3 du projet d'article 14, il conviendrait de définir la portée et l'étendue de la réparation à laquelle les victimes ont droit, et d'indiquer que la liste des formes de réparation figurant dans ce paragraphe n'est pas exhaustive.

28. Le projet d'article 15, la disposition relative aux conflits potentiels, vise l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale « compétente ». Le commentaire pourrait expliquer qu'une telle juridiction doit respecter les principes fondamentaux du droit pénal international.

29. C'est à juste titre que le projet d'article 16 ne comprend pas de « clause territoriale » qui limiterait l'application du projet d'articles, lequel doit s'appliquer à toutes les unités constitutives des États fédéraux.

30. Le projet d'article 17 prévoit, en ce qui concerne l'interprétation et l'application du projet d'articles, un mécanisme de règlement des différends complet en plusieurs étapes. La question se pose de savoir s'il convient de créer un mécanisme de suivi pour les crimes contre l'humanité. Un tel mécanisme contribuerait assurément à ce que les États honorent leurs engagements au titre de la future convention. Toutefois, étant donné la diversité des facteurs juridiques, politiques et financiers intervenant dans le choix d'un tel mécanisme, c'est dans un futur protocole qu'il devrait être envisagé.

[26] Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2017.

31. M. Hassouna dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que les questions de l'immunité et de l'amnistie sont controversées et ne doivent donc pas être envisagées dans le projet d'articles et qu'il faut en la matière s'en remettre aux traités pertinents et à l'évolution du droit international coutumier. Bien que le Rapporteur spécial ait décidé de ne pas inclure de disposition sur la dissimulation des crimes contre l'humanité, la Commission pourra revenir sur la question dans le cadre du projet d'article sur les droits des victimes.

32. Enfin, l'orateur dit qu'il approuve le texte du préambule, en particulier l'accent mis sur la coopération interétatique, la réaffirmation des buts et principes de la Charte des Nations Unies et l'affirmation selon laquelle les crimes contre l'humanité menacent la paix et la sécurité internationales. La Commission ne doit certes pas surcharger le préambule, mais la notion de justice devrait y figurer : l'objectif de garantir aux victimes que justice sera faite pourrait être mentionné au quatrième alinéa, par exemple.

33. En ce qui concerne le programme de travail futur, le Rapporteur spécial se demande si la Commission doit poursuivre les travaux, ce pour quoi il présenterait un quatrième rapport en 2018. L'orateur rappelle que, lors d'une précédente session, il a lui-même mentionné plusieurs questions additionnelles que le Rapporteur spécial pourrait étudier, y compris la responsabilité de l'État, l'application rétroactive de la convention, la mise en œuvre des règles obligatoires énoncées dans la convention, le principe de la double incrimination et la question de savoir quelle partie est habilitée à déterminer qu'un crime contre l'humanité a été commis[27]. Il a toutefois précisé à cette occasion que le Rapporteur spécial devrait opérer un choix entre ces questions en tenant compte de leur pertinence et de leur importance compte tenu de la matière de la convention, et disposer d'un pouvoir discrétionnaire total à cet égard. Il indique qu'il estime désormais que, puisque le Rapporteur spécial considère que toutes les questions pertinentes que soulève le sujet ont été examinées dans ses trois rapports[28], la Commission pourrait approuver sa proposition d'achever l'examen du sujet en première lecture en 2017. M. Hassouna rappelle toutefois au Rapporteur spécial qu'il sera difficile de réviser les projets d'article et d'élaborer les commentaires d'ici la fin de la session en cours.

34. En conclusion, l'orateur recommande le renvoi des projets d'article et du préambule proposés au Comité de rédaction.

35. M. TLADI demande à M. Hassouna ce qu'il entend par « principes fondamentaux du droit pénal international » et si à sa connaissance il existe des juridictions pénales internationales qui ne respectent pas ces principes.

36. M. HASSOUNA dit qu'il estime utile de préciser dans le commentaire que les juridictions pénales internationales compétentes doivent, de manière générale, respecter les principes fondamentaux bien établis du droit pénal international et qu'il ne sous-entendait aucunement que certaines juridictions existantes ne les respectaient pas.

37. M. PARK dit que les projets d'article proposés par le Rapporteur spécial semblent dans une large mesure reposer sur la Convention des Nations Unies contre la corruption, en particulier s'agissant de l'extradition et de l'entraide judiciaire. Peut-être est-ce l'approche la plus souhaitable, mais les crimes contre l'humanité, à la différence de la corruption, sont commis sur une grande échelle et peuvent mettre en cause de nombreuses personnes. De plus, certains États reconnaissent la compétence dite universelle pour les crimes contre l'humanité, mais cette forme étendue de compétence n'est généralement pas reconnue pour les actes de corruption. Bien que le Rapporteur spécial semble tenir compte de ces différences, un examen plus approfondi demeure nécessaire.

38. S'agissant du paragraphe 1 du projet d'article 11, les infractions donnant lieu à extradition sont, au regard des principes établis du droit international, des infractions matérielles. Dans les projets d'article provisoirement adoptés à ce jour, la disposition énumérant les actes ou infractions constituant des crimes contre l'humanité – le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage et la déportation, etc. – n'est pas le projet d'article 5 mais le projet d'article 3. La première phrase du paragraphe 1 du projet d'article 11 devrait donc être modifiée et commencer par les mots « Chacune des infractions visées au projet d'article 3 ».

39. Le projet d'article 5 a en fait trait aux modalités de la responsabilité. Or aux fins de l'extradition, ce sont les infractions pénales prévues au projet d'article 3, et non les modalités de la responsabilité, qui importent. Le paragraphe 8 du projet d'article 11 devrait donc renvoyer non aux actes prévus au projet d'article 5, par exemple le fait de commettre, le fait d'ordonner ou le fait de ne pas prévenir un crime contre l'humanité, mais aux infractions visées au projet d'article 3, telles que le meurtre, la torture ou la réduction en esclavage. De même, le paragraphe 2 du projet d'article 11 devrait renvoyer au projet d'article 3, non au projet d'article 5 : un État peut refuser d'extrader une personne sur la base de l'exception d'infraction politique en relation avec les infractions visées au projet d'article 3, mais s'agissant d'invoquer cette exception les différentes modalités de participation à la commission du crime prévues aux paragraphes 2 ou 3 du projet d'article 5 sont d'une pertinence limitée.

40. M. Park convient qu'il est nécessaire qu'une nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité contienne une disposition relative à l'extradition pour combler le vide qui existe en l'absence de traité d'extradition. Bien que certains États aient conclu des accords bilatéraux d'extradition, il n'existe actuellement aucune convention mondiale ou régionale sur l'extradition des suspects, et de nombreux États n'extradent pas en l'absence d'un accord d'extradition.

41. L'orateur convient également qu'il faut élargir la notion d'infraction politique en prenant pour modèle le paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention contre les disparitions forcées. Les exceptions, en particulier le caractère politique de l'infraction, doivent être limitées

[27] Voir *Annuaire… 2015*, vol. I, 3258e séance, p. 113, par. 22.

[28] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/680 (premier rapport) ; *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/690 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/704 (troisième rapport).

au minimum par souci d'efficacité. Aux termes du paragraphe 8 du projet d'article 11 – un nouveau paragraphe qui ne correspond à aucune disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption ou de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée – les infractions doivent être considérées comme ayant été commises non seulement sur le territoire de l'État où elles ont été matériellement commises mais également sur le territoire de tout État tenu d'établir sa compétence pour en connaître conformément au projet d'article 6, paragraphe 1. Cette large approche peut éviter de conférer prioritairement compétence à certains États, mais l'étendue de cette compétence doit être précisée. Par exemple, cette forme de compétence peut-elle aller au-delà du principe territorial, du principe de la nationalité ou du principe de la personnalité passive, puisque le paragraphe 3 du projet d'article 6 dispose que le projet d'articles n'exclut pas l'exercice d'autres formes de compétence pénale par un État ?

42. S'agissant du paragraphe 13 du projet d'article 11, il serait utile d'examiner plus avant la relation entre le projet d'article relatif à l'extradition et les accords multilatéraux visant à renforcer l'efficacité de cette institution, y compris le traité sur l'entraide judiciaire et l'extradition, dont les Pays-Bas, la Belgique et d'autres États préconisent la conclusion.

43. Enfin, toujours en ce qui concerne le projet d'article 11, la Commission pourrait envisager de réunir les paragraphes 6 et 7 puisque tous deux subordonnent les procédures d'extradition au droit interne.

44. En ce qui concerne le projet d'article 12, l'orateur approuve l'inclusion d'une disposition relative au principe du non-refoulement, un principe bien établi en droit international et consacré dans de nombreux traités. Il doit néanmoins être soigneusement examiné dans sa relation avec le paragraphe 1 du projet d'article 11 afin d'éviter tout conflit entre les deux dispositions. De plus, le critère établi pour qu'un acte constitue un crime contre l'humanité, à savoir que cet acte relève d'un ensemble de « violations systématiques graves » des droits de l'homme, est rigoureux, et des personnes pourraient être exposées à d'autres formes de violations graves qui ne le satisfont pas. Peut-être est-il souhaitable de se demander si le principe du non-refoulement doit s'appliquer uniquement aux crimes contre l'humanité ou également à d'autres formes de violations graves des droits de l'homme. En outre, il serait utile d'expliquer dans le commentaire la norme à appliquer, compte tenu de la jurisprudence internationale et de la pratique des États, pour déterminer ce qui constitue « des motifs sérieux » de croire qu'une personne risque d'être victime de tel ou tel crime.

45. Le projet d'article 13 traduit l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle une disposition détaillée sur l'entraide judiciaire est préférable à une disposition concise. Néanmoins, de par sa longueur, son texte introduit un déséquilibre dans le projet d'articles dans son ensemble. Peut-être ce projet d'article 13 devrait-il être énoncé sous la forme d'un protocole. En outre, bien qu'un article détaillé soit tout à fait explicite, la possibilité demeure qu'il entre en conflit avec les obligations internationales qu'imposent d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux d'entraide judiciaire, nonobstant les dispositions des paragraphes 8 et 9 du projet d'article 13 : plus précisément, les États peuvent ne pas être d'accord quant aux dispositions qui sont efficaces et facilitent la coopération. Quoi qu'il en soit, les dispositions détaillées relatives à l'entraide judiciaire figurant dans d'autres traités types et traités multilatéraux d'entraide judiciaire devront être examinées avec soin.

46. M. Park dit qu'il souscrit pleinement à la nécessité d'énoncer des dispositions sur la protection des victimes et témoins de crimes contre l'humanité. Le projet d'article 14 rend bien compte de l'idée qui sous-tend d'autres dispositions du droit international en la matière, en particulier l'article 68 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Cela dit, l'orateur propose d'apporter trois modifications au projet d'article 14.

47. Premièrement, ce projet d'article devrait viser la protection des témoins vulnérables, en particulier les victimes de violences sexuelles et les enfants, à l'instar des paragraphes 1 et 2 de l'article 68 du Statut de Rome. Des mesures telles que le huis clos peuvent être très efficaces pour protéger les victimes de violences sexuelles et les enfants participant à la procédure en qualité de témoins. Une phrase engageant les États à ordonner le huis clos devrait donc être ajoutée au projet d'article 14.

48. Deuxièmement, il conviendrait d'ajouter également à ce projet d'article un paragraphe correspondant à l'article 70 du Statut de Rome et exhortant les États à réprimer les atteintes à l'administration de la justice. Bien que ces atteintes ne soient pas considérées comme des crimes internationaux majeurs, elles ont été en cause dans presque chaque affaire dont a connu la Cour pénale internationale. À cet égard, la décision rendue par la Cour le 19 octobre 2016 dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et autres* – la première condamnation jamais prononcée en application de l'article 70 – est remarquable. L'intimidation de témoins a de graves conséquences au-delà de son effet immédiat dans telle ou telle affaire. Étant donné qu'actuellement les témoins sont diversement protégés selon les États, une action coordonnée au niveau mondial en vue de réprimer les atteintes à l'administration de la justice en droit interne est cruciale pour que le projet de convention en général et le projet d'article 14 en particulier puissent être appliqués avec succès.

49. Troisièmement, les dispositions du Statut de Rome relatives à la participation des victimes et à la réparation sont considérées comme l'une des innovations et réalisations majeures du Statut et ont à ce titre recueilli de nombreux éloges. Toutefois, à l'issue d'une décennie de pratique, de nombreux commentateurs constatent l'existence d'un écart, dû au manque de ressources, entre les attentes des victimes et l'action du Fonds au profit des victimes créé en application de l'article 79 du Statut de Rome. S'agissant de la participation des victimes, il semble que depuis 2012 la Cour ait, dans sa jurisprudence, commencé à en réduire l'étendue temporelle en l'excluant généralement au stade de l'enquête. Dans ce contexte, les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 14 devraient être formulés sous la forme de recommandations et non d'obligations strictes. Plus précisément, étant donné les différences existant dans la situation financière

des États, le paragraphe 3 du projet d'article 14, qui commence par les mots « Chaque État prend les mesures qui s'imposent », devrait être reformulé et commencer par les mots « Chaque État s'efforce de faire en sorte ».

50. S'il est légitime de préciser, au projet d'article 15, que les droits et les obligations d'un État au titre de l'acte constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente prévalent sur ses droits ou obligations au titre du projet d'articles, des questions se posent quant à l'application de cette règle au regard du principe de complémentarité énoncé à l'article 17 du Statut de Rome, en application duquel c'est aux États et aux tribunaux internes qu'il incombe au premier chef de réprimer les crimes internationaux. Une réflexion approfondie est nécessaire pour déterminer si le projet d'article 15 risque d'entrer en conflit avec le principe de complémentarité.

51. Le projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, semble également approprié, même s'il serait plus efficace d'indiquer expressément qu'aucun aménagement n'est possible au bénéfice des États fédéraux.

52. Au chapitre VII de son rapport, le Rapporteur spécial examine de manière assez détaillée les mécanismes de suivi et le règlement des différends mais s'abstient de faire des propositions concrètes, faisant valoir que le choix de tel ou tel mécanisme tient moins à des raisons juridiques qu'à des facteurs relevant de la politique générale, à la disponibilité des ressources et au rapport qu'aurait le nouveau mécanisme avec les mécanismes existants, et qu'en outre un mécanisme de suivi pourrait être immédiatement intégré dans une nouvelle convention ou institué à un stade ultérieur. Cette conclusion est peut-être réaliste, mais elle dénote une certaine passivité étant donné l'importance du rôle que jouent les mécanismes de suivi dans la protection et la promotion des droits de l'homme. Lorsque l'on élabore une nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité, il est préférable de s'efforcer d'assurer la protection maximale contre ces crimes. Le Rapporteur spécial devrait donc proposer un mécanisme de suivi.

53. En ce qui concerne le projet d'article 17, le paragraphe 3 aurait pour effet de permettre aux États de formuler une réserve concernant les procédures prévues au paragraphe 2 et ainsi de n'être assujettis à aucun mécanisme de règlement des différends, ce qui risque de compromettre l'application effective de la convention.

54. En ce qui concerne les autres questions, envisagées dans le chapitre VIII du rapport, l'orateur dit qu'il souscrit de manière générale aux conclusions du Rapporteur spécial concernant la dissimulation de crimes contre l'humanité (par. 277), l'immunité (par. 284) et l'amnistie (par. 296 et 297). Plus précisément, il considère qu'accorder l'amnistie en vertu du droit interne relève de la justice transitionnelle, et que la question ne devrait pas être réglementée dans le projet d'articles.

55. Le dernier alinéa du projet de préambule devrait être supprimé, même s'il reprend en l'adaptant un alinéa du préambule du Statut de Rome. Il ne relève pas du sujet pour deux raisons : premièrement, le champ d'application du Statut de Rome et celui du projet d'articles sont différents et, deuxièmement, cet alinéa risque de susciter un débat sur l'intervention armée humanitaire, la responsabilité de protéger, le droit à l'autodétermination et, en particulier, le droit des peuples de solliciter et de recevoir l'appui d'autres États dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination consacré dans la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, et la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974.

56. M. NGUYEN félicite le Rapporteur spécial pour ses rapports exhaustifs et bien documentés sur les crimes contre l'humanité, un sujet qui répond à la nécessité urgente de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme, de génocide ou de torture, et les crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Les travaux combleront la lacune existant entre les différentes juridictions nationales et fourniront un outil efficace pour réaliser la justice et l'équité. L'orateur dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que le développement de la capacité des États de faire face aux crimes internationaux graves et d'assurer l'application du principe de complémentarité suscite un intérêt considérable.

57. En ce qui concerne la méthodologie et la démarche à suivre, la Commission devrait examiner avec soin les dispositions détaillées, en particulier en ce qui concerne l'extradition et l'entraide judiciaire. Le Rapporteur spécial propose de calquer les dispositions à élaborer sur les articles 44 et 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, parce que 181 États ont signé cet instrument et que les questions qui se posent sont en grande partie les mêmes. Le projet d'articles doit reposer sur les traités existants et la pratique des États, et non sur une seule convention : les questions envisagées dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et dans la future convention sur les crimes contre l'humanité sont substantiellement différentes. La Convention des Nations Unies contre la corruption vise à prévenir et réprimer des infractions économiques commises par des personnes physiques et morales dans le cadre du droit interne. À l'opposé, la future convention sur les crimes contre l'humanité vise à prévenir et réprimer les infractions pénales et politiques commises par des personnes physiques en violation du droit international et du droit interne. Les crimes contre l'humanité et la corruption sont différents dans leur nature même, leur gravité et leur impact psychologique au sein de la communauté internationale.

58. De l'avis du Rapporteur spécial, exprimé au paragraphe 125 de son rapport, le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption peut servir de modèle pour le paragraphe 2 du projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, mais il rouvre le débat sur la responsabilité d'une « personne morale » pour la commission d'un crime contre l'humanité. Une « personne morale » peut être jugée responsable d'infractions liées à des crimes économiques tels que la corruption et la fraude et l'évasion fiscales. En réalité, la plupart des projets d'article proposés dans le troisième rapport renvoient non seulement à la Convention des Nations Unies contre la corruption mais également aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de la Convention contre les disparitions forcées et d'autres textes. L'orateur recommande de viser des textes

internationaux importants, tout en soulignant l'importance particulière de la Convention des Nations Unies contre la corruption et d'autres instruments relatifs à certains crimes.

59. Le projet d'article 11 souligne que les États sont tenus d'extrader les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité. Il se lirait toutefois mieux si ses paragraphes 1 et 2 étaient réunis comme suit : « Aux fins de l'extradition entre États, les États s'engagent à inclure les infractions visées au projet d'article 5 en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux. » La double incrimination est exclue, eu égard à l'obligation d'extrader énoncée aux projets d'articles 2[29] et 3 et aux paragraphes 3 et 6 du projet d'article 11 et à l'obligation d'incrimination en droit interne énoncée au projet d'article 5. Cette approche devrait toutefois être examinée avec soin. Les expressions « infraction dont l'auteur peut être extradé » et « subordonne l'extradition » indiquent que l'exécution de l'obligation dépend de la volonté et d'une décision de l'État concerné : celui-ci peut formuler une réserve à l'identification d'un acte en tant que crime contre l'humanité. De plus, l'exclusion de la double incrimination risque d'avoir un impact sur l'accession éventuelle des États à la future convention. Il est nécessaire, pour réprimer certaines infractions en droit interne, d'amender ou d'ajuster de nombreuses dispositions du droit pénal, voire la Constitution de l'État, ce qui prend un certain temps, et, dans un tel cas, l'extradition sera temporairement impossible. Pour toutes ces raisons, la décision de ne pas consacrer le principe de la double incrimination au projet d'article 13 devrait être reconsidérée.

60. Le projet d'article 12 concerne le principe du non-refoulement. Les expressions « lieux », « frontières de territoires » et « vers un autre État » sont fréquemment utilisées dans des conventions existantes, mais elles ont été remplacées au paragraphe 1 du projet d'article 12 par l'expression « territoire relevant de la juridiction d'un autre État », qui est plus précise. Certains territoires relevant de la juridiction de l'État peuvent toutefois être sous le contrôle effectif d'une autre force pour des raisons politiques ou du fait d'une guerre civile, et l'État peut invoquer cette circonstance pour justifier son refus d'exécuter l'obligation de non-refoulement. C'est pourquoi c'est l'expression « territoire sous la juridiction ou le contrôle effectif d'un autre État ou d'une autre administration » qui devrait être utilisée.

61. L'orateur se félicite que les trois rapports sur les crimes contre l'humanité fassent référence à la pratique asiatique, en particulier les Principes de Bangkok sur le statut et le traitement des réfugiés[30] et la Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique[31]. La pratique régionale concernant le principe du non-refoulement devrait être décrite plus exhaustivement.

62. S'agissant du projet d'article 13, l'orateur indique qu'il est favorable à l'adoption d'un article détaillé sur l'entraide judiciaire. La communication d'informations sans demande préalable n'est pas une nouveauté propre aux procédures concernant les crimes contre l'humanité. Elle est mentionnée dans plusieurs instruments, par exemple la Convention contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'orateur lui est favorable car elle facilite les procédures. Toutefois, afin d'éviter les redites, les informations devraient être communiquées en deux étapes : lorsqu'un État considère que certaines informations peuvent être nécessaires et utiles à un autre État dans le cadre d'une procédure en cours, il peut alerter ce dernier et lui adresser une liste des informations en question, et celui-ci répond alors immédiatement par écrit ou oralement. Dès réception de cette réponse, les informations sont communiquées dans leur intégralité.

63. Le paragraphe 8 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption a servi de modèle au paragraphe 4 du projet d'article 13 : aux termes de ces deux dispositions, les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire. Toutefois, les questions fiscales visées au paragraphe 22 de l'article 46 de la Convention ne sont pas mentionnées dans le projet d'article 13 parmi les motifs ne pouvant être invoqués pour refuser une demande d'entraide judiciaire. Le secret bancaire et les questions fiscales sont habituellement pris en considération dans le cas des infractions économiques. La possibilité de retenir le premier et les secondes comme motif de refus de l'entraide judiciaire aux fins d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives à des crimes contre l'humanité demeure, et elle dépend de la pratique des États. Le Rapporteur spécial propose de ne pas retenir certains des éléments visés à l'alinéa *f* du paragraphe 3 de l'article 46 (« y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société »), parce qu'ils concernent la corruption et non les crimes contre l'humanité. Les brèves explications figurant aux paragraphes 131, 149 et 162 du rapport ne sont toutefois pas satisfaisantes : elles devraient être revues et clarifiées dans le commentaire.

64. Le paragraphe 1 du projet d'article 17, relatif au règlement des différends, souligne la priorité à accorder à la négociation. Dans le règlement des différends interétatiques, une règle veut que le recours à la négociation précède tout autre moyen ou mécanisme, y compris le règlement obligatoire. Or, dans certains cas, un État pourrait invoquer cette règle pour empêcher un autre État de recourir à d'autres moyens pacifiques de règlement pour sortir d'une impasse. Comme les États ont l'obligation de recourir à tous les moyens pacifiques, et pas seulement à la négociation, la Commission devrait envisager de remplacer l'expression « voie de négociation » qui figure au paragraphe 1 par l'expression « des moyens pacifiques, notamment la négociation et l'arbitrage ».

65. Le paragraphe 2 souligne également l'importance de la négociation et indique que si un différend ne peut être réglé par ce moyen, il doit être soumis à l'arbitrage.

---

[29] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 37 (projet d'article 2).

[30] « Final Text of the AALCO'S 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees as adopted on 24 June 2001 at the AALCO's 40th Session, New Delhi ». Disponible sur le site Web de l'AALCO : www.aalco.int.

[31] Loi no NS/RKM/1004/006 (27 octobre 2004), disponible sur le site Web des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens : www.eccc.gov.kh/fr (dans « Documents juridiques », puis « Loi sur les CETC »).

L'option de l'arbitrage devrait être définie de manière plus détaillée, afin d'expliquer pourquoi il faut d'abord tenter d'organiser un arbitrage bilatéral sur une question concernant un crime contre l'humanité, priorité étant ensuite accordée, si la négociation a échoué, à la saisine de la Cour internationale de Justice.

66. En ce qui concerne les autres questions, qui font l'objet du chapitre VIII, l'orateur souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas traiter de la dissimulation de crimes contre l'humanité dans le projet d'articles. Au siècle des technologies de pointe et des médias, il n'est plus aussi facile de dissimuler un crime contre l'humanité. De plus, cette dissimulation peut faire intervenir un document, un élément de preuve ou la propriété de biens, des facteurs envisagés dans d'autres projets d'article. L'orateur souscrit également à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas traiter de l'immunité et de l'amnistie. Les crimes contre l'humanité sont des crimes graves dont les auteurs doivent être punis, et toute immunité ou amnistie doit donc être exclue. Le principe III des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[32] (Principes de Nuremberg) stipule que le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international. Les traités et la jurisprudence internationale tendent à reconnaître à ce principe un caractère coutumier, bien que les États soient en pratique réticents à accepter une telle exception à l'immunité *ratione personae*.

67. La question des amnisties est également ambiguë. Sur le plan international, l'interdiction des crimes contre l'humanité a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) : aucune amnistie ne peut donc être accordée aux auteurs de ces crimes, puisqu'ils violent le *jus cogens*. Toutefois, au niveau national, le parti politique au pouvoir peut recourir à une amnistie à des fins de réconciliation nationale et pour éviter une sécession et une guerre civile, et la possibilité d'accorder une amnistie dépend du droit interne. En fait, l'amnistie a parfois contribué à la réconciliation nationale et la cessation des violences : la décision politique d'amnistier des dirigeants Khmers rouges après le génocide cambodgien en est un exemple.

68. Le Rapporteur spécial a présenté, en ce qui concerne les réserves, un résumé utile et détaillé des cinq approches suivies dans les traités existants mais il n'en a proposé aucune pour la future convention sur les crimes contre l'humanité. Pour concilier la nécessité de préserver l'intégrité des traités internationaux et celle d'obtenir la plus large participation des États, c'est la troisième approche qui devrait être envisagée en matière de réserves. Dans le cadre de cette approche, la convention contiendrait une disposition désignant les articles auxquels des réserves peuvent être formulées et interdisant toutes les autres réserves. Des réserves pourraient ainsi être formulées à un nombre limité de dispositions, sans porter atteinte à l'objet et au but du traité et aux droits et obligations fondamentaux des États membres.

[32] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 97 à 127.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

69. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet de l'application provisoire des traités est composé des membres suivants : M. Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Argüello Gómez, M^me^ Galvão Teles, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Murphy, M. Nolte, M^me^ Oral, M. Šturma, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

70. Le PRÉSIDENT indique que M. Grossman Guiloff, M. Nguyen et M. Park ont eux aussi indiqué qu'ils souhaitaient faire partie du Comité de rédaction sur l'application provisoire des traités. Il rappelle en outre qu'en 2016, la Commission a pris note de certains des projets de directive sur ce sujet provisoirement adoptés par le Comité de rédaction[33], mais que celui-ci n'a pas eu le temps d'achever ses travaux. Il propose que, pour achever l'élaboration d'un ensemble de projets de directive sur la base des propositions faites jusqu'alors par le Rapporteur spécial, la Commission renvoie de nouveau au Comité de rédaction les projets de directive provisoirement adoptés par celui-ci en 2016, à savoir les projets de directives 1 à 4 et 6 à 9.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 30.

3350^e^ SÉANCE

Mercredi 3 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704) contient beaucoup d'informations

[33] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2^e^ partie), p. 232 et 233, par. 257, et note de bas de page 1430.

utiles, en particulier sur les instruments internationaux dont le Rapporteur spécial s'est inspiré pour élaborer les projets d'article qu'il propose. Ces propositions reposent pour l'essentiel sur des traités existants − pour l'essentiel dans le domaine du droit pénal international contemporain − et, dans une bien moindre mesure, sur la doctrine en la matière. Le Rapporteur spécial cite aussi des instruments relatifs aux droits de l'homme, qui intéressent manifestement les travaux de la Commission eu égard aux droits et intérêts juridiques qu'elle vise à protéger en assurant la répression des crimes contre l'humanité. Si l'approche adoptée par le Rapporteur spécial est légitime, puisque ces instruments internationaux font partie de la pratique internationale sur laquelle les travaux de la Commission doivent être fondés, elle suscite néanmoins plusieurs questions.

2. Premièrement, bien que le Rapporteur spécial cite dans le rapport à l'examen un grand nombre d'instruments juridiques, les projets d'article proposés ne s'inspirent tout au plus que de trois ou quatre conventions, dont au moins deux (la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée) concernent des infractions fondamentalement différentes de celles qualifiées de crimes contre l'humanité. Ces derniers constituent le « noyau dur » des crimes de droit international, en d'autres termes les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale et qui révoltent et heurtent la conscience humaine.

3. Deuxièmement, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'explique pas sa préférence pour ces instruments autrement que par des facteurs tels que le grand nombre d'États qui les ont ratifiés et la familiarité des États avec les mécanismes qu'ils établissent ; ces facteurs ne sont pas en eux-mêmes suffisants pour justifier cette préférence. L'idée est probablement qu'élaborer le projet d'articles sur la base de ces instruments le rendra probablement plus acceptable pour les États et garantira sa transformation rapide en un traité international. Le Rapporteur spécial ne donne toutefois aucune réponse à des questions clefs, comme celles de savoir si le libellé des dispositions sur lesquelles sont fondés les projets d'article est repris dans la législation d'application adoptée au niveau national, si ces dispositions ont été appliquées dans les relations interétatiques et si elles ont effectivement prouvé leur efficacité face aux problèmes que connaît la coopération judiciaire internationale. Si le Rapporteur spécial avait tenu compte de ces considérations dans son troisième rapport, la Commission aurait pu tenir un débat plus approfondi et fonder ses décisions sur des facteurs allant au-delà de ce qui peut être considéré comme un « copier-coller » à partir de formulations existantes. Le principal souci de la Commission n'est pas de proposer aux États des projets d'article qui soient facilement acceptables, mais qui soient fondés aussi solidement que possible en droit international contemporain, compte tenu des besoins et intérêts des États en la matière.

4. Troisièmement, face à cette difficulté méthodologique, il aurait été utile que le Rapporteur spécial analyse plus avant la pratique internationale au sens le plus large de cette expression, notamment les décisions des juridictions internationales, la pratique d'autres organes internationaux, les dispositions du droit interne sur les questions traitées dans le rapport et les travaux préparatoires des instruments internationaux mentionnés dans celui-ci. Une telle analyse de la pratique ne limiterait pas nécessairement les travaux de la Commission ; elle est utile et nécessaire même aux fins du développement progressif du droit international et de la formulation de propositions qui s'écartent de cette pratique. L'oratrice dit qu'elle est persuadée que le Rapporteur spécial sera en mesure de donner des exemples de la pratique internationale, soit dans son résumé du débat soit au Comité de rédaction et, en tout état de cause, dans les commentaires des projets d'article.

5. Quatrièmement, il importe que la Commission tienne compte de l'objectif et du contexte de ses travaux sur les crimes contre l'humanité, en particulier en relation avec les projets d'article proposés. Elle ne doit pas oublier que l'objet ultime du projet d'articles est de prévenir la commission de crimes contre l'humanité et d'en promouvoir la répression et que, en conséquence, la coopération et l'entraide judiciaire envisagées en la matière ne sont que des instruments pour réaliser cet objectif premier. La Commission doit se demander si les projets d'articles 11 (Extradition) et 13 (Entraide judiciaire), en particulier, sont bien adaptés à cet objectif et s'ils ne risquent pas de faire perdre de vue aux États le but ultime du projet d'articles dans son ensemble. L'oratrice indique que cette observation ne doit être entendue ni comme un appui ni comme une opposition à ce que le Rapporteur spécial appelle des articles « détaillés », mais vise uniquement à appeler l'attention sur la question de savoir où les dispositions relativement longues de ces articles doivent être placées. Par exemple, à la 3349e séance de la Commission, M. Park a évoqué la possibilité d'en faire un protocole[34]. Quoi qu'il en soit, il serait fâcheux d'occulter l'importance quant au fond des dispositions du projet d'articles en accordant une trop large place à des questions relevant exclusivement de la coopération et de l'entraide judiciaire internationales.

6. En ce qui concerne le projet d'article 11, l'oratrice dit qu'elle partage l'opinion exprimée par M. Park à la séance précédente au sujet du paragraphe 1, à savoir que les « infractions dont l'auteur peut être extradé » sont les infractions visées au projet d'article 3, non au projet d'article 5. Elle convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer une condition de double incrimination dans le projet d'article, et appuie l'exclusion de l'exception « d'infraction politique » (par. 2) et l'indication que le projet d'articles peut servir de base à l'extradition (par. 3). En ce qui concerne ce dernier point, l'option ménagée à l'alinéa *a* du paragraphe 4 doit être examinée plus avant, car elle risque d'affaiblir le projet d'article. Au paragraphe 6, la référence à la « peine minimale » devrait être supprimée, car les crimes contre l'humanité sont punis des peines les plus sévères, en application notamment du paragraphe 6 du projet d'article 5[35]. Le paragraphe 8 devrait être révisé pour élargir le concept de territoire sur lequel l'infraction est réputée avoir été commise aux fins de l'extradition. Actuellement, ce paragraphe 8 limite la définition de ce territoire aux

[34] Voir *supra* la 3349e séance, p. 13, par. 45.

[35] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

cas énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 6[36], alors même que le paragraphe 3 du même projet d'article dispose que le projet d'articles « n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne ».

7. En ce qui concerne l'extradition par un État de ses ressortissants, mentionnée aux paragraphes 9 et 10 du projet d'article 11, il importe d'énoncer expressément l'obligation de l'État d'engager des poursuites contre son ressortissant qui ne peut être extradé ; il ne suffit pas, comme le fait le paragraphe 9, de renvoyer à l'obligation générale énoncée au projet d'article 9[37]. Le libellé du paragraphe 10 est également préoccupant, en ce qu'il n'énonce pas clairement l'obligation incombant aux États requis d'extrader leurs ressortissants aux fins de l'exécution d'une peine ; ce paragraphe semble laisser à l'État requis un certain pouvoir discrétionnaire, ce qui est incompatible avec le but du projet d'articles. Enfin, en ce qui concerne le paragraphe 11, l'oratrice souhaiterait obtenir des éclaircissements sur l'expression « causerait un préjudice à cette personne ». Ce paragraphe devrait peut-être être étoffé par le Comité de rédaction.

8. Le projet d'article 12 (Non-refoulement) devrait être placé entre les projets d'articles 14 et 15, car il n'est logiquement lié ni au projet d'article 11 (Extradition) ni au projet d'article 13 (Entraide judiciaire).

9. Le projet d'article 13, que le Rapporteur spécial décrit comme un « minitraité d'entraide judiciaire », est d'une longueur disproportionnée par rapport au reste des projets d'article et comprend des éléments contradictoires. S'il est censé constituer un système complet d'entraide judiciaire, il devrait être entendu comme un régime spécial à appliquer intégralement, de préférence à d'autres règles, lorsque des crimes contre l'humanité sont en cause. Or ses paragraphes 8 et 9 s'écartent de ce modèle en consacrant la primauté des traités d'entraide judiciaire en vigueur entre les États concernés, et se contentent d'indiquer que les États sont « vivement encouragés » à appliquer le projet d'article 13 s'il facilite la coopération. Cette préférence accordée aux accords généraux d'entraide judiciaire aurait été compréhensible si un « article concis » avait été proposé pour le projet d'article 13, mais elle n'est pas justifiée dans le contexte de l'« article détaillé ». Si l'on conserve l'« article détaillé », le projet d'article 13 devrait primer les autres règles, excepté lorsqu'un vide juridique est identifié ou lorsque l'application d'un accord général d'entraide judiciaire est plus propice à la réalisation de l'objectif global du projet d'articles. Trois possibilités s'offrent donc à la Commission pour réviser le projet d'article 13 : conserver l'article « détaillé » en indiquant qu'il n'est applicable que lorsque les États concernés ne sont pas liés par un accord général d'entraide judiciaire, conserver l'article « détaillé » en indiquant qu'il prévaut sur les accords généraux d'entraide judiciaire pour les raisons que l'oratrice a exposées, ou adopter un article « concis » établissant la primauté de tout accord d'entraide judiciaire en vigueur entre les États concernés à condition qu'il ne contienne pas de dispositions incompatibles avec l'objet et le but du projet d'articles. Ces options devraient être étudiées de manière approfondie avant que le projet d'article 13 soit révisé par le Comité de rédaction.

10. En ce qui concerne le projet d'article 14, l'oratrice convient sans réserves qu'une disposition relative aux victimes, témoins et autres personnes touchées doit figurer dans le projet d'articles, en particulier parce que les très graves conséquences directes qu'ont les crimes contre l'humanité pour les individus sont dûment reconnues dans les instruments internationaux existants. Elle approuve d'une manière générale la teneur du projet d'article, mais souhaiterait toutefois qu'on lui explique pourquoi, comme indiqué au paragraphe 168 du rapport, il convient de laisser aux États le soin de déterminer exactement quelles personnes peuvent être qualifiées de « victimes » d'un crime contre l'humanité. Bien que cette affirmation ne soit pas reflétée dans le projet d'article, la latitude ainsi laissée aux États risque, selon la manière dont elle est interprétée, d'affaiblir les obligations énoncées dans le projet d'article. Il pourrait être utile de traiter cette question dans le commentaire, afin d'établir des paramètres raisonnables limitant le pouvoir discrétionnaire des États.

11. Indiquer, comme le fait le paragraphe 2 du projet d'article 14, que chaque État doit faire en sorte que les victimes participent à la procédure pénale « dans le respect de son droit interne » semble extrêmement restrictif. L'oratrice dit que, si elle comprend et partage le souhait du Rapporteur spécial de tenir compte de la diversité des systèmes et modèles juridiques nationaux, les règles régissant le droit des victimes de participer à la procédure pénale devraient être plus prescriptives, même si elles doivent respecter les principes du droit interne des États concernant la capacité de participer à une procédure pénale. Le Comité de rédaction devrait envisager de retenir un libellé qui tienne compte de ces deux éléments. Enfin, l'oratrice considère, pour les raisons exprimées par les précédents orateurs, que les « garanties de non-répétition » ne devraient pas figurer parmi les formes de réparation énumérées au paragraphe 3 du projet d'article 14.

12. En ce qui concerne le projet d'article 15, l'oratrice dit qu'elle comprend et partage le souci du Rapporteur spécial d'assurer l'intégrité et la primauté des obligations des États découlant des actes constitutifs des juridictions pénales internationales, en particulier le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Elle rappelle que, depuis le début des travaux de la Commission sur le sujet, elle insiste sur la nécessité de faire en sorte que les projets d'article ne soient pas incompatibles avec le Statut de Rome, mais elle n'est pas convaincue que le libellé du projet d'article 15 réponde pleinement à cette préoccupation. À la 3348e séance de la Commission, M. Tladi a soulevé la question de la primauté des tribunaux internes dans le cadre du Statut de Rome[38]. Bien qu'elle ne partage pas cette interprétation, car pour elle le principe de complémentarité dicte une autre solution, la préoccupation de M. Tladi n'est pas totalement infondée. De plus, à la 3349e séance, M. Hassouna a mentionné la nécessité de veiller à ce que les juridictions internationales en question respectent les principes fondamentaux de la justice internationale[39]. S'agissant de savoir si l'acte constitutif

[36] Ibid., p. 173 (projet d'article 6).

[37] Ibid., p. 177 (projet d'article 9).

[38] Voir *supra* la 3348e séance, p. 7, par. 47.

[39] Voir *supra* la 3349e séance, p. 11, par. 28.

d'une juridiction pénale internationale peut effectivement écarter un principe bien établi comme celui de l'inapplicabilité des immunités devant les juridictions pénales internationales, le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo) atteste que cela est possible. L'affirmation de la primauté des actes constitutifs énoncée au projet d'article 15 pose ainsi divers problèmes.

13. De plus, l'application d'une telle disposition aux États parties à une future convention sur les crimes contre l'humanité posera des difficultés si certains d'entre eux sont parties à l'acte constitutif d'une juridiction internationale et d'autres ne le sont pas. Le Statut de Rome lui-même ne va pas jusqu'à établir la primauté des obligations qu'il énonce sur celles découlant d'autres traités internationaux. Les articles 89 1), 90 et 93 du Statut énoncent des règles différentes en ce qui concerne la primauté de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale selon que l'État concerné est ou non partie au Statut. Ces régimes différenciés concernent en particulier la remise de personnes et d'autres formes de coopération, des questions également réglementées, *mutatis mutandis*, par les projets d'articles 11 et 13, respectivement. La meilleure manière de préserver l'intégrité et l'universalité du Statut de Rome est donc peut-être d'énoncer une simple clause « sans préjudice ». Une telle clause a été utilisée dans d'autres instruments internationaux mentionnés dans le troisième rapport, ainsi que par la Commission elle-même, à des fins similaires. Son libellé exact pourrait être étudié plus en détail par le Comité de rédaction.

14. En ce qui concerne le projet d'article 16, l'oratrice dit qu'elle approuve cette proposition et la justification qui en est donnée dans le troisième rapport et qu'elle n'a pas d'autres observations à faire.

15. Bien que le projet d'article 17 ne concerne que le règlement des différends interétatiques, cette question est analysée dans le rapport en même temps que celle, également importante, des mécanismes de suivi, sur la base de l'excellent mémoire établi en 2016 sur le sujet par le Secrétariat[40]. Or le Rapporteur spécial a adopté des positions différentes sur ces deux questions, ne traitant que de la première dans le projet d'articles. L'oratrice dit qu'elle-même n'a jamais pleinement compris l'idée d'établir un mécanisme spécifique pour surveiller le respect de projets d'article comme ceux à l'examen, estimant qu'une réunion des États parties suffirait pour ce faire. Quoi qu'il en soit, la manière dont les autres mécanismes de suivi existant dans le cadre du système de protection des droits de l'homme fonctionneraient en relation avec les projets d'article n'est pas claire. De toute manière, comme le Rapporteur spécial l'indique lui-même, la question relève davantage de négociations politiques que des travaux de technique juridique de la Commission.

16. Le projet d'article 17 est certes acceptable dans l'abstrait, mais il illustre les risques inhérents à la méthode du « couper-coller ». Il n'est pas certain que le système de règlement des différends qu'il propose, calqué sur ceux institués par d'autres traités de caractère pénal, soit le plus approprié dans le contexte des crimes contre l'humanité, et ce pour deux raisons.

17. Premièrement, il n'est pas certain qu'il soit nécessaire d'établir un système à plusieurs degrés dans le cadre duquel les États qui ne peuvent pas régler leurs différends par la négociation les soumettent à l'arbitrage avant de finir par les porter devant la Cour internationale de Justice. Il serait préférable, s'agissant d'articles sur les crimes contre l'humanité, d'établir un système ne faisant intervenir que la Cour internationale de Justice. Il existe toutefois d'autres possibilités, par exemple un choix entre l'arbitrage et le règlement judiciaire ou, lorsque la juridiction de la Cour internationale de Justice n'a pas été acceptée, l'arbitrage obligatoire. En tout état de cause, une analyse plus approfondie de la pratique est nécessaire pour évaluer l'efficacité, les avantages et les inconvénients de chaque option.

18. Deuxièmement, le paragraphe 3 du projet d'article 17, qui permet aux États de déclarer qu'ils ne se considèrent pas liés par le paragraphe 2 et donc qui exclut l'arbitrage et le règlement judiciaire, est encore plus préoccupant. Certes, en droit international contemporain le règlement judiciaire a un caractère volontaire, mais une disposition de ce type ne devrait pas figurer dans un projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, dont l'objectif est de prévenir et réprimer ces crimes. Permettre aux États de formuler une réserve à la disposition relative au règlement des différends affaiblirait tant l'obligation de lutter contre l'impunité que le rôle de la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire de référence, et compromettrait l'action menée pour promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, l'un des objectifs de l'Organisation des Nations Unies. La Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale chargé de codifier et de développer progressivement le droit international, ne devrait pas faire de propositions de cette nature. Si elle n'est pas certaine qu'un mécanisme obligatoire de règlement des différends est nécessaire, elle ne doit faire aucune proposition à cet égard, et devrait s'en remettre aux règles générales relatives au règlement des différends et, de toute façon, laisser aux États le soin de faire des propositions et de trancher la question lors de la négociation de la future convention, conformément à sa pratique habituelle.

19. Deux questions très importantes, à savoir les immunités et les réserves, ne font pas l'objet de projets d'article distincts. En ce qui concerne les immunités, le Rapporteur spécial déclare que « le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne devrait pas aborder la question de l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales, mais qu'il faudrait au contraire s'en remettre à cet égard aux traités relatifs aux immunités de catégories particulières de représentants et au droit international coutumier », ajoutant que cette approche « serait sans incidence sur les travaux de la Commission relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». L'oratrice indique que si, en sa qualité de Rapporteuse spéciale pour ce dernier sujet, elle sait gré au Rapporteur spécial des efforts qu'il fait pour prévenir tout conflit entre les deux projets d'articles actuellement à l'examen, elle n'est pas certaine que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne doive pas contenir de

[40] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/698.

référence à cet autre sujet. Elle estime qu'il conviendrait à tout le moins d'attendre que la Commission ait pris une décision sur la question des limitations et exceptions à l'immunité, qui fait l'objet de son cinquième rapport[41]. Quoi qu'il en soit, il convient de garder à l'esprit l'observation faite par M. Murase à la 3349e séance de la Commission sur la nécessité d'énoncer dans le projet une règle sur la non-pertinence de la qualité officielle dans la détermination de la responsabilité pénale du chef de crimes contre l'humanité[42]. Une telle règle est consacrée dans plusieurs instruments internationaux, par exemple la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid et le Statut de Rome. La Commission elle-même a fait figurer des dispositions relatives à la non-pertinence de la qualité officielle dans les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[43] (Principes de Nuremberg), et dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[44].

20. Le Rapporteur spécial a décidé de ne pas proposer de disposition sur les réserves, déclarant même au paragraphe 326 du rapport à l'examen qu'« une interdiction complète risque de compromettre l'adhésion généralisée des États à la convention ». L'oratrice dit que si elle convient que, conformément à la pratique établie de la Commission, la question des réserves, comme celle des clauses finales, ne doit pas être envisagée dans le projet d'articles, elle souhaite faire des observations sur le rôle que les réserves peuvent jouer dans une future convention et sur les considérations dont les États pourraient tenir compte ultérieurement. En premier lieu, il n'est pas certain qu'un traité international visant la prévention et la répression des crimes contre l'humanité doive être assujetti, en matière de réserves, au régime de droit commun. Aucune réserve ne devrait être autorisée à la définition des crimes contre l'humanité ou aux obligations fondamentales de prévention, d'incrimination en droit interne et d'établissement de la compétence pour connaître de ces crimes, ni aux éléments fondamentaux de l'entraide judiciaire et de la coopération, y compris l'extradition. Si l'on estime que la possibilité de réserves doit être prévue, la démarche la plus cohérente consisterait à établir une liste exhaustive des réserves autorisées et à indiquer qu'elles doivent être motivées, en particulier quant à leurs effets en droit interne, et à mettre en place un système de suivi des réserves en vigueur.

21. Pour ce qui est du projet de préambule, la reprise quasi littérale du préambule du Statut de Rome n'est peut-être pas nécessaire. Par contre, il pourrait être utile d'inclure d'autres références qui mettraient mieux en lumière la signification du nouveau projet d'instrument. Quoi qu'il en soit, cette question mineure peut être laissée à l'appréciation du Comité de rédaction. L'oratrice dit qu'elle n'a pas d'observations à faire sur le programme de travail futur et qu'elle appuie la proposition du Rapporteur spécial à cet égard. En conclusion, elle recommande le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

22. M. REINISCH indique que ses observations porteront sur quelques questions très précises, dont certaines ont déjà été en partie évoquées par d'autres membres de la Commission. Le troisième rapport du Rapporteur spécial est inhabituellement long, mais il contient tellement d'informations qu'on voit mal comment il aurait pu être beaucoup plus concis.

23. La Convention des Nations Unies contre la corruption a été prise pour modèle pour élaborer le projet d'article 11, une disposition très détaillée sur l'extradition, et certains membres ont critiqué cette approche, insistant sur la différence de nature entre les crimes liés à la corruption et les crimes contre l'humanité. Cette différence n'est certes pas contestable, mais la nature particulière des crimes envisagés dans un traité n'est pas nécessairement une considération majeure s'agissant des obligations en matière d'extradition. L'article de la Convention des Nations Unies contre la corruption relatif à l'extradition étant très complet et équilibré, il peut servir de modèle pour le projet d'article 11. Bien entendu, un débat pourra avoir lieu sur la mesure dans laquelle des ajustements sont nécessaires.

24. S'agissant du projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, les États ne doivent pas pouvoir faire de réserves qui affaiblissent leurs obligations découlant du projet d'articles. De fait, la Commission devrait également envisager la possibilité d'énoncer une clause générale interdisant les réserves dans le projet d'articles. L'orateur dit qu'il n'a pas de position bien arrêtée sur la question mais qu'il lui semble que plusieurs des projets d'article, par exemple ceux relatifs à l'entraide judiciaire, à l'extradition et au règlement des différends, contiennent déjà des dispositions dérogatoires de vaste portée ou autorisant les États à limiter leurs obligations. Des limitations unilatérales additionnelles pourraient être inappropriées et peut-être aucune réserve ne devrait être autorisée.

25. En ce qui concerne les mécanismes de suivi et le règlement des différends, l'orateur se demande pourquoi le paragraphe 2 du projet d'article 17, qui semble faire dépendre le droit de soumettre un différend à un tribunal arbitral et en dernier recours à la Cour internationale de Justice de l'impossibilité de régler ce différend par la négociation « dans un délai raisonnable », reprend le libellé de dispositions sur le règlement des différends relativement peu contraignantes. Dans le règlement des différends internationaux, en particulier dans le cadre du système institué par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, un tel libellé a souvent en pratique empêché le règlement effectif de différends en permettant aux États de faire valoir que le « délai raisonnable » devant être consacré à la négociation n'avait pas encore expiré. Comme le paragraphe 3 du projet d'article 17 permet aux États de déclarer qu'ils ne s'estiment pas liés par les dispositions relatives à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, il semble préférable de définir pour la négociation un délai précis à l'expiration duquel les États auront le droit de soumettre le différend à l'arbitrage et, en dernier recours, à la Cour internationale de Justice. Toutefois, à la lumière des observations de Mme Escobar

[41] Ibid., document A/CN.4/701.

[42] Voir *supra* la 3349e séance, p. 10, par. 15.

[43] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[44] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

Hernández, la question dépendra de la forme finale que revêtira le projet d'article 17.

26. M. JALLOH dit qu'ayant vécu une horrible guerre dans son pays natal, la Sierra Leone, il connaît très bien les dangers des crimes contre l'humanité et estime que la Commission doit faire tout son possible pour renforcer la mise en œuvre du principe de la responsabilité des auteurs des principaux crimes internationaux. Le Rapporteur spécial a apporté une contribution impressionnante aux efforts que fait la Commission pour éliminer ce fléau.

27. L'orateur souscrit d'une manière générale à l'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport et se félicite qu'il se soit considérablement inspiré des dispositions de plusieurs conventions relatives aux crimes transnationaux. Toutefois, si cette approche peut être appropriée dans certains cas, il faut néanmoins tenir dûment compte des caractéristiques propres des crimes contre l'humanité en tant que principaux crimes de droit international. La nature particulière de ces crimes graves, dont la répression au niveau national pose des problèmes qui leur sont propres, a été clairement soulignée par les États dans le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui constate à juste titre que des crimes « d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde » et sont les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

28. En ce qui concerne le projet d'article 11, l'orateur souscrit pleinement à la proposition du Rapporteur spécial de faire figurer dans le projet d'articles ce qui est pour l'essentiel un « minitraité d'extradition », comparable au « minitraité d'entraide judiciaire » proposé au projet d'article 13. Il engage toutefois le Rapporteur spécial à examiner les dispositions du projet d'article 11 de manière plus approfondie afin de ne pas méconnaître l'intérêt que peuvent présenter d'autres conventions à cet égard, et pour faire en sorte qu'elles tiennent compte des caractéristiques propres aux crimes contre l'humanité.

29. M. Jalloh dit qu'il partage pleinement l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'est pas nécessaire d'inclure au projet d'article 11 une condition de double incrimination comme celle figurant à l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Les raisons justifiant ce choix exposées dans le rapport sont tout à fait convaincantes et sont confirmées par la pratique des États, attestée par d'autres conventions relatives à des crimes tels que la torture et l'apartheid, qui n'énoncent pas non plus de condition de double incrimination. S'agissant d'inclure les crimes contre l'humanité au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans les traités existants et futurs, l'orateur dit qu'il n'est pas totalement convaincu qu'il soit en fait nécessaire de conserver le paragraphe 1 du projet d'article 11. Il partage les préoccupations exprimées à cet égard par M. Tladi à la 3348e séance de la Commission.

30. L'orateur dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la future convention sur les crimes contre l'humanité ne doit pas prévoir d'exception d'infraction politique. De nombreuses conventions sur les crimes transnationaux prévoient cette exception, celle-ci n'a pas sa place dans le contexte des crimes contre l'humanité. L'argument en faveur de l'exclusion de l'exception d'infraction politique revêt une pertinence particulière eu égard à la situation qui règne dans de nombreuses régions du monde où des actes constituant des crimes contre l'humanité sont commis pour tenter de préserver les intérêts d'un groupe ethnique particulier pratiquement assimilable à un parti politique. Retenir l'exception d'infraction politique dans un tel contexte porterait atteinte au régime de répression des crimes contre l'humanité. On trouve d'autres éléments confirmant l'existence d'une tendance marquée à rejeter l'exception d'infraction politique s'agissant des principaux crimes dans la base de données du Comité international de la Croix-Rouge sur les règles du droit international humanitaire coutumier[45], en particulier les informations sur la pratique des États relative à la règle 161 sur la coopération internationale en matière pénale. L'orateur ajoute que le rapport d'Amnesty International présentant le commentaire de cette organisation sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité[46] fait écho à nombre de ses propres préoccupations concernant le projet d'article 11.

31. S'agissant du projet d'article 12, relatif au non-refoulement, M. Jalloh propose de supprimer les mots « vers un territoire relevant de » qui figure au paragraphe 1 et de remplacer les mots « sur le territoire relevant de » par le mot « dans » au paragraphe 2. De plus, insister sur l'exercice de la juridiction sur une autre base que celle de la territorialité renforcerait l'impact de la disposition relative au non-refoulement et l'efficacité de son application.

32. Le projet d'article 13, qualifié de « minitraité d'entraide judiciaire », complète les dispositions relatives à l'extradition du projet d'article 11, et ces deux projets d'article doivent constituer l'ossature du futur régime de répression des crimes contre l'humanité en en garantissant l'efficacité. Eu égard au caractère horrible des crimes contre l'humanité, la référence, au paragraphe 3 *i*, à tout autre type d'assistance « compatible avec le droit interne de l'État requis » semble trop limitative et devrait être supprimée, car le droit interne tend à être plus restrictif et moins progressiste qu'il pourrait l'être en ce qui concerne les crimes internationaux. L'orateur propose de modifier la liste figurant au paragraphe 3 afin qu'elle vise expressément, en tant que formes d'assistance, la fourniture d'informations sur l'identification et la localisation de personnes ou la localisation de pièces à conviction et l'utilisation de dispositifs de vidéoconférence pour recueillir des témoignages ou communiquer des informations, des pièces à conviction et des évaluations d'experts. Au paragraphe 3 *d*, il conviendrait d'ajouter les mots « y compris pratiquer des exhumations et examiner des fosses communes ». De plus, étant donné la gravité des crimes contre l'humanité, le paragraphe 8 devrait être remanié pour indiquer que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité prime les obligations découlant de tout autre traité, bilatéral ou multilatéral, qui régit ou régira en tout ou en partie l'entraide judiciaire.

---

[45] Base de données disponibles sur le site Web du Comité international de la Croix-Rouge, à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/home.

[46] Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2017.

33. L'orateur indique qu'avant d'achever ses observations sur le projet d'article 13, il tient à souligner que l'article 72 du Statut de Rome, relatif à la protection de renseignements touchant à la sécurité nationale, définit un cadre adéquat pour la coopération interétatique en ce qui concerne les informations ne pouvant être divulguées au public mais que les États peuvent communiquer à un tribunal compétent dans le cadre de l'assistance judiciaire. Cette assistance s'est révélée cruciale aux fins de l'exercice de poursuites par des tribunaux spéciaux comme le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, et la Commission pourra vouloir se pencher sur la pratique de ces tribunaux en la matière. L'orateur propose d'ajouter au paragraphe 20 une disposition indiquant que l'État requis peut fournir à un autre État, aux fins d'une enquête ou de poursuites concernant des crimes contre l'humanité, des documents auxquels en vertu de son droit interne le public n'a pas accès.

34. Le projet d'article 14 définit un cadre propre à assurer que les victimes, témoins et autres personnes touchées, dont la participation est cruciale au succès de la répression des crimes contre l'humanité, seront efficacement protégés. La disposition proposée semble reposer sur le droit international contemporain en la matière, en particulier les statuts des juridictions pénales internationales. Le Rapporteur spécial devrait peut-être envisager de scinder certaines des questions traitées dans le projet d'article. Il importe d'avoir à l'esprit la distinction entre la place et le statut des victimes en droit des droits de l'homme et leur place et leur statut en droit pénal international, une distinction pouvant impliquer des attentes différentes selon les institutions. Procéder ainsi renforcerait la protection des droits des victimes, notamment en ce qui concerne la participation de celles-ci aux procédures pénales.

35. Il est regrettable que le projet d'article 14 soit relativement bref. L'orateur dit qu'il approuve le paragraphe 1 *a* mais propose de le compléter en énonçant expressément, à la charge des États, l'obligation d'examiner les plaintes qui y sont mentionnées afin de déterminer, conformément au projet d'article 7[47], s'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été ou sont en train d'être commis. En ce qui concerne le paragraphe 1 *b*, la Commission devrait envisager de reprendre certains éléments du système mis en place par le Statut de Rome, par exemple la création d'une division d'aide aux victimes et aux témoins, pour compléter la future convention, en particulier si le régime applicable aux crimes contre l'humanité doit être complémentaire par rapport à celui institué par le Statut de Rome, ce qui semble être l'approche préférée des États. Il conviendrait de reconsidérer l'accent mis au paragraphe 1 *b* sur la protection des témoins potentiels contre les actes d'intimidation. L'expérience des juridictions pénales internationales et internationalisées, telle que reflétée au paragraphe 1 de l'article 68 du Statut de Rome, démontre que la protection doit également comprendre de plus larges mesures afin de protéger le bien-être psychologique, la dignité et la vie privée des victimes et de fournir une aide à celles qui sont en danger. L'orateur dit qu'il a constaté personnellement à quel point le rôle de ces dispositions avait été essentiel dans le succès des travaux du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et du Tribunal pénal international pour le Rwanda. En l'absence d'une telle protection, nombre de témoins n'auraient pas témoigné, des personnes portant la responsabilité ultime de la commission de crimes contre l'humanité n'auraient pas été traduites en justice et les victimes n'auraient pas eu la satisfaction de recouvrer leur dignité devant un tribunal. Le paragraphe 1 *b* devrait donc être plus exhaustif pour tenir compte des risques énormes que courent les personnes qui témoignent contre des individus qui sont souvent les membres les plus puissants de la société, y compris les chefs d'État.

36. Le paragraphe 2 constitue une excellente proposition, mais il est crucial d'assurer la participation effective des victimes. Des indications en ce sens pourraient être fournies dans le commentaire. La Commission pourrait peut-être préciser dans ce paragraphe 2 que les États doivent permettre aux victimes de présenter leurs vues et préoccupations lorsque leur intérêt personnel est en cause, bien que les contraintes budgétaires auxquelles de nombreux États sont confrontés risquent d'entraver l'application d'une telle disposition. Le paragraphe 3 devrait mieux définir la portée et l'étendue des réparations auxquelles les victimes peuvent prétendre et reconnaître que les crimes contre l'humanité font souvent un grand nombre de victimes. Les programmes de réparations que les États ont mis en place, souvent en consultation avec les victimes, tendent à être plus rapides et efficaces que les procédures judiciaires en la matière. Les réparations sous la forme d'une indemnisation financière poseront toutefois un énorme problème à de nombreux États, en particulier ceux dans lesquels la mauvaise gouvernance a provoqué un chaos politique, des conflits et la commission de crimes graves tels que des crimes contre l'humanité. Le fait que même la Cour pénale internationale peine à financer comme il convient son Fonds au profit des victimes et à s'acquitter des obligations que l'article 79 du Statut de Rome lui impose parce que de nombreux États parties ne se montrent guère enclins à fournir les fonds nécessaires doit donner à réfléchir.

37. Enfin, toujours en ce qui concerne les victimes, M. Jalloh propose que le Rapporteur spécial tienne compte du paragraphe 3 de l'article 45 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme tel que modifié par le Protocole de Malabo, qui dispose que la Cour africaine de justice et des droits de l'homme peut « inviter et tenir compte des représentations ou au nom de la personne condamnée, des victimes, d'autres personnes intéressées ou des États intéressés ».

38. S'agissant du projet d'article 15, sur la relation avec les juridictions pénales internationales compétentes, M. Jalloh convient qu'il faut éviter tout conflit entre le projet d'articles et les droits et obligations découlant pour les États du statut de ces juridictions. Sont réputés être au nombre de ces dernières non seulement la Cour pénale internationale, mais aussi les tribunaux spéciaux que le Conseil de sécurité pourrait créer à l'avenir en vertu des Chapitres VI ou VII de la Charte des Nations Unies, ou que des États pourraient créer en coopération avec des organisations régionales dans le respect du droit international positif. Comme aussi bien la large approche que l'approche étroite examinées par le Rapporteur spécial semblent éminemment raisonnables, M. Jalloh ne partage

[47] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 175 (projet d'article 7).

pas la crainte, exprimée au paragraphe 206, qu'une disposition traitant largement des conflits potentiels risque d'affaiblir involontairement le projet d'articles, car il est peut-être préférable de résoudre tout conflit potentiel en faveur de la juridiction internationale compétente.

39. Le projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, repose essentiellement sur l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, qui codifie la règle du droit international coutumier voulant qu'un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie. L'orateur dit qu'il appuie le projet d'article en tant qu'il devrait prévenir les complications potentielles décrites au chapitre VI du rapport.

40. En ce qui concerne le projet d'article 17, relatif au règlement des différends interétatiques, l'orateur se félicite qu'aux paragraphes 212 à 238 de son rapport le Rapporteur spécial ait tiré parti de l'excellent mémoire du Secrétariat sur les mécanismes conventionnels de suivi existants qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission, mais il regrette que le Rapporteur spécial semble suggérer, au paragraphe 238, que la Commission ne doit pas proposer de mécanisme de suivi, pourtant essentiel pour l'intégrité de la future convention, et doit se contenter de laisser aux États la possibilité de choisir l'une des procédures énumérées au paragraphe 230, à savoir des rapports des États parties, des plaintes, requêtes ou communications émanant de particuliers, des plaintes interétatiques, des enquêtes ou des visites, une action en urgence, et la communication d'informations aux réunions des États parties. Bien que la justification de cette approche, à savoir qu'il s'agit d'une question de politique générale qu'il est préférable de laisser à la décision des États, probablement au motif qu'elle soulève des questions de caractère politique et non technique, ne soit pas en soi problématique, il serait regrettable que dans le contexte spécifique des crimes contre l'humanité la Commission, forte de ses compétences techniques en la matière, ne fasse aucune recommandation. L'orateur espère donc qu'un terrain d'entente pourra être trouvé afin de permettre à la Commission de recommander un mécanisme de suivi efficace propre à assurer que la convention future soit utile aux États.

41. Le projet d'article 17, qui concerne la question essentielle du règlement des différends interétatiques, est quelque peu problématique en ce qu'il s'inspire de conventions concernant des crimes transnationaux, dont le contexte est différent. En effet, comme les conventions sur le génocide et les crimes de guerre, une convention contre les crimes contre l'humanité devrait imposer le règlement judiciaire des différends, même si l'Article 33 de la Charte des Nations Unies énumère divers modes de règlement pacifique des différends. M. Jalloh est donc opposé à l'institution d'un régime permettant de se soustraire au règlement judiciaire des différends concernant l'interprétation et l'application de la future convention contre les crimes contre l'humanité. Les paragraphes 1 et 2 devraient donc être modifiés et prévoir le règlement judiciaire de ces différends devant la Cour internationale de Justice, et les paragraphes 3 et 4 être supprimés dans leur intégralité.

42. En ce qui concerne le chapitre VIII, M. Jalloh dit qu'à première vue il est enclin à penser comme le Rapporteur spécial qu'il peut être judicieux de séparer l'examen de l'immunité dans le cadre de crimes contre l'humanité de celui du sujet plus large de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ce pour ne pas donner à penser que la position prise par la Commission sur le premier sujet dénote ses intentions en ce qui concerne le second. Toutefois, compartimenter les travaux risque d'affaiblir le statut de l'immunité devant les tribunaux internes. De fait, on voit mal comment la Commission pourra éviter de s'interroger sur la cohérence de sa position lorsqu'elle reprendra l'examen du sujet plus large de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Un examen plus exhaustif de la question dans le rapport du Rapporteur spécial, notamment une étude de la jurisprudence de la Cour pénale internationale, de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, de la doctrine et de divers instruments régionaux aurait pu aider la Commission à dégager les tendances actuelles et historiques en ce qui concerne le statut de l'immunité et à prendre en connaissance de cause une décision sur la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne traite pas de la question de l'immunité. Il est d'autant plus difficile d'accepter cette proposition que la Commission a joué un rôle de premier plan dans la conceptualisation des principaux aspects de l'immunité, comme l'attestent les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal et d'autres dispositions de fond qui sont à l'origine de l'idée que la qualité officielle d'un individu accusé de certains des principaux crimes internationaux est en grande partie dénuée de pertinence. En fait, nonobstant la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, établie notamment en l'affaire concernant le *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, rien n'empêche la Commission d'adopter, dans l'intérêt des victimes d'atrocités criminelles, un projet d'article comparable à l'article 27 du Statut de Rome. Ce faisant, loin d'affaiblir les dispositifs nationaux de répression des crimes contre l'humanité en tant que principaux crimes envisagés par le Statut de Rome, elle les compléterait.

43. M. Jalloh dit qu'il se félicite qu'un examen utile de l'amnistie figure dans le rapport mais qu'en sa qualité d'ancien conseiller juridique du Tribunal spécial pour la Sierra Leone le rejet apparent de la position de ce tribunal lui pose problème, car il semble impliquer que, dans le cadre de la future convention contre les crimes contre l'humanité, les combattants, en particulier les groupes armés non étatiques, pourront violer, tuer et mutiler et bénéficier d'une amnistie générale, comme dans le cadre de l'Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone[48], de 1999, et ainsi échapper aux poursuites devant les tribunaux internes. Indiquer que l'amnistie accordée par un État pour un crime international ne lie pas les autres États serait insuffisant, et le projet d'articles devrait donc contenir une disposition limitée stipulant à tout le moins que, bien que les amnisties ne soient peut-être

[48] Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone, conclu à Lomé, le 7 juillet 1999 (S/1999/777, annexe).

pas en elles-mêmes interdites par le droit international, les États ne doivent pas conclure d'accords prévoyant une amnistie générale au bénéfice des auteurs de crimes contre l'humanité.

44. En ce qui concerne le programme de travail futur, l'orateur dit qu'il préférerait que la Commission prenne son temps et examine le sujet en profondeur au lieu de se hâter d'achever les première et seconde lectures du projet d'articles.

45. Revenant au paragraphe 26 du rapport, M. Jalloh dit qu'il craint que l'absence de disposition sur les demandes d'extradition concurrentes ne crée des problèmes pour les États parties à la future convention, en particulier parce que le projet d'article 17 prévoit que les différends doivent de préférence être réglés par la négociation ou, si cela n'est pas possible, par l'arbitrage ; ce n'est que si l'arbitrage échoue également que les États ont la faculté, non l'obligation, de porter leurs différends devant la Cour internationale de Justice. L'article 90 du Statut de Rome traite précisément de cette question et énonce des règles différentes en fonction de l'identité de l'État requérant et de la situation factuelle dans laquelle les requêtes sont reçues. Une solution que le Comité de rédaction pourra vouloir examiner consisterait à exiger de l'État requis qu'il tienne compte de l'ordre chronologique des demandes, de la nature et de la gravité des infractions auxquelles elles ont trait (si elles sont différentes), des intérêts de chaque État requérant (en particulier le fait que le crime a été commis sur son territoire et la nationalité des victimes) et de la possibilité d'une extradition ultérieure entre États requérants. M. Jalloh propose donc que, dans la future convention, la Commission suive une approche comparable à celle suivie à l'article 90 du Statut de Rome et énumère les facteurs dont les États requis doivent tenir compte, lorsqu'ils reçoivent des demandes concurrentes, pour déterminer vers quel État la personne concernée doit être extradée. Il indique qu'il présentera une proposition détaillée sur la question pour examen par le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction.

46. M. Jalloh dit que, bien qu'il ait exprimé des préoccupations au sujet de certains des projets d'article et qu'il s'opposerait à ce que la future convention autorise les réserves, il ne s'oppose pas au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/703, partie II, sect. G[49])

[Point 9 de l'ordre du jour]

47. M. VALENCIA-OSPINA (Président du Groupe de planification) annonce que le Groupe de planification sera composé des membres suivants : M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M. Nolte, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 11 h 55.

[49] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

3351^e^ SÉANCE

Jeudi 4 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704).

2. M. KOLODKIN dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour la qualité, l'agencement et la lisibilité de son troisième rapport, dont la longueur est justifiée par l'objectif, à savoir achever sans délai les travaux sur le sujet. Il ne pense pas que le Rapporteur spécial aurait dû étayer le caractère coutumier des règles proposées dans le rapport, puisque nombre d'entre elles sont détaillées et touchent des questions procédurales. Il se félicite des brèves explications données par le Rapporteur spécial quant à la raison pour laquelle il a choisi d'utiliser des formulations tirées d'instruments internationaux existants. Dans la mesure où elles ont trait à des questions procédurales, reprendre *mutatis mutandis* des dispositions de traités relatifs à d'autres matières que les crimes contre l'humanité ne pose pas de problème. Le choix du Rapporteur spécial quant à ce qu'il convient de faire figurer dans le projet d'articles est logique et équilibré. Les projets d'article déjà adoptés et ceux proposés dans le troisième rapport ont de bonnes chances de devenir une convention. L'orateur appuie donc la proposition du Rapporteur spécial d'achever la première lecture du projet d'articles à la session en cours sur la base du troisième rapport. Il est favorable au renvoi au Comité de rédaction de tous les projets d'article y figurant, à l'exception des projets d'articles 15 et 16.

3. M. Kolodkin dit qu'il aurait préféré que la disposition relative à l'extradition, le projet d'article 11, soit plus

concise mais qu'il peut accepter la version détaillée qui en est proposée. L'approche du Rapporteur spécial a consisté à ne pas faire figurer la double incrimination parmi les conditions de l'extradition, compte tenu en particulier du paragraphe 4 du projet d'article 3[50], mais cette disposition n'encourage pas l'uniformisation des lois nationales réprimant les actes identifiés comme des crimes contre l'humanité. Si l'on suit une telle approche, le commentaire du projet d'article 11 devrait donner des explications fondées sur le paragraphe 33 du rapport. De plus, il conviendrait d'ajouter une référence à l'appartenance à un groupe social particulier au paragraphe 11 du projet d'article 11 et de tenir compte de la recommandation d'Amnesty International concernant cette disposition[51].

4. L'orateur dit qu'il doute qu'au projet d'article 12, relatif au non-refoulement, les mots « un territoire relevant de la juridiction » soient nécessaires et qu'il préférerait que l'on utilise simplement l'expression « vers un autre État » − employée dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dont le Rapporteur spécial avait laissé entendre qu'il s'inspirerait pour élaborer le projet d'article, ce qu'il n'a pas fait pour une raison ou une autre. De plus, l'utilisation du verbe « extrader » dans ce projet d'article soulève des questions quant à sa relation avec le projet d'article 11.

5. L'orateur dit qu'il aurait préféré une version concise du projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, et se demande si son paragraphe 8 ajoute réellement quelque chose au paragraphe 9. Il estime qu'il pourrait être utile d'énumérer, à l'alinéa *b* du paragraphe 16, les motifs pour lesquels l'assistance judiciaire peut être refusée, conformément au paragraphe 11 du projet d'article 11, au lieu de viser les « intérêts essentiels ». Il se demande comment le paragraphe 21 du projet d'article 13, aux termes duquel l'État recevant des informations doit obtenir le consentement préalable de l'État qui les lui a transmises pour les divulguer, peut être concilié avec les paragraphes 6 et 7 du même article qui, apparemment, concernent la communication d'informations préalablement reçues d'un État tiers.

6. Le projet d'article 15, sur les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes, suscite plusieurs préoccupations. Cette disposition semble en effet artificielle et est incompatible avec le principe de complémentarité consacré dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Telle qu'actuellement libellée, elle risque de dissuader des États de devenir parties à une future convention sur les crimes contre l'humanité ; ses fondements juridiques ne sont pas clairs. Les actes constitutifs des tribunaux pénaux internationaux sont très variés dans leur nature et leur teneur. Pour M. Kolodkin, tout conflit susceptible de naître entre les obligations découlant de ces actes constitutifs et celles découlant d'une future convention devrait être réglé au cas par cas, en appliquant des règles du droit international, dispositions conventionnelles ou principes généraux du droit différents. La proposition visant à amender ce projet d'article de manière à ce qu'il dispose que le tribunal international compétent doit respecter les principes du droit international ne réglerait pas le problème de savoir qui déterminera si un tribunal a été établi dans le respect de ces principes. Par exemple, la Fédération de Russie s'est abstenue de voter sur la résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité, en date du 30 mai 2007, portant création du Tribunal spécial pour le Liban parce qu'elle a estimé que la création de ce tribunal n'était pas pleinement conforme au droit international. Si l'amendement proposé au projet d'article 15 est adopté, en sa qualité de partie à la future convention, la Fédération de Russie pourra faire valoir que les obligations découlant du statut du Tribunal ne priment pas celles qu'impose la convention. M. Kolodkin propose donc de supprimer le projet d'article 15.

7. S'agissant du projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, les questions touchant le champ d'application territorial de toute future convention sont adéquatement réglées par l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). De plus, l'orateur n'est pas convaincu par l'exemple des trois traités contenant des clauses qui excluent expressément toute possibilité d'aménagement pour les États fédéraux cités au paragraphe 210 du rapport. Pour lui, il est possible de trouver davantage d'exemples de traités universels relatifs à des infractions pénales qui ne contiennent pas de disposition similaire au projet d'article 16. Il propose donc de supprimer celui-ci.

8. L'orateur approuve l'idée générale qui sous-tend le projet d'article 17 et ne voit aucune raison de s'écarter du mode éprouvé de règlement des différends interétatiques à trois niveaux qu'il prévoit. Il serait erroné de vouloir imposer aux États parties à une future convention la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Le commentaire du projet d'article devrait indiquer que les négociations et les efforts faits pour organiser un arbitrage doivent être de bonne foi et sincères. Quant au libellé du projet d'article, l'orateur rappelle que lors de l'examen des premiers projets d'article, certains membres avaient évoqué la responsabilité des États, en ce qui concerne non seulement la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, mais également leur commission. La responsabilité prise dans ce sens n'est pas expressément mentionnée dans le projet d'article ; mais elle l'est dans le commentaire du projet d'article 4, relatif à l'obligation de prévention, où des parallèles sont faits avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948. Si la Commission estime que le projet d'article 17 couvre la responsabilité de l'État du chef des crimes contre l'humanité, elle doit le dire expressément au paragraphe 2, sur la base de l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Le paragraphe 2 se lirait donc ainsi : « Tout différend entre deux États ou plus concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un État du chef de crimes contre l'humanité […]. »

9. En ce qui concerne des questions qui ne sont pas envisagées dans le projet d'articles, M. Kolodkin pense comme le Rapporteur spécial que traiter de questions telles que celles des mécanismes de suivi, des réserves,

[50] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 (projet d'article 3).

[51] Voir Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2017, chap. IV, p. 23.

de l'immunité et de l'amnistie rendrait le projet plus complexe pour les États ; quoi qu'il en soit, la question d'un mécanisme de suivi pour une convention sur les crimes contre l'humanité pourra être tranchée ultérieurement, comme pour d'autres traités. En ce qui concerne l'immunité et l'amnistie, l'orateur ne pense pas que l'exercice de l'action pénale devant des tribunaux internationaux ou hybrides contre les auteurs de crimes contre l'humanité doit faire partie intégrante de tout règlement au sortir d'un conflit. La justice ne doit pas être imposée à une nation ou un État qui a vécu les pires moments de son histoire et a été victime de crimes contre l'humanité. Les États devraient avoir le droit de choisir entre l'engagement de poursuites pénales, une amnistie totale ou partielle ou la création de commissions Vérité, justice et réconciliation en fonction de leur situation spécifique. Aucune obligation ne devrait être établie a priori dans un traité international en tant que règle générale applicable dans tous les cas.

10. Il en va de même des propositions tendant à ce que le projet d'articles indique que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne joue pas en cas de crimes contre l'humanité. Les États sont libres de ne pas invoquer l'immunité de leurs représentants soupçonnés d'avoir commis des crimes contre l'humanité et susceptibles de faire l'objet de poursuites dans un autre État. Tel est leur droit et, dans certains cas, c'est ce qu'ils font, mais il ne faut pas leur imposer une règle excluant l'immunité. Une telle règle, loin d'être une panacée contre les crimes contre l'humanité, risque de faire obstacle à la participation de certains États à une future convention. Souvent, l'engagement de poursuites pénales du chef de crimes contre l'humanité est pleinement justifié mais les bases légales sont insuffisantes. À cet égard, on se souviendra que l'ex-Président de l'Union soviétique, Mikhail Gorbatchev, avait été cité comme témoin dans le cadre de l'instance pénale introduite contre d'anciens officiers soviétiques accusés d'avoir commis des crimes contre l'humanité à Vilnius (Lituanie) en janvier 1991. Le Ministère russe de la justice avait refusé de délivrer la citation à M. Gorbatchev, invoquant une disposition d'un traité bilatéral d'entraide judiciaire, mais il aurait pu invoquer l'immunité *ratione materiae* de l'ancien Président.

11. M. Kolodkin souligne que si le Comité de rédaction peut revenir sur certains des projets d'article déjà adoptés, il est nécessaire de se demander où placer la disposition qui figure actuellement au paragraphe 2 du projet d'article 4 et selon laquelle aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

12. M. HMOUD dit qu'il faut féliciter le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, qui vise à traiter toutes les questions restantes ainsi que celles soulevées par des membres, des États et d'autres acteurs. Le Rapporteur spécial a réalisé un équilibre entre le pragmatisme, la politique juridique et la nécessité de disposer d'un instrument répressif efficace pour lutter contre les crimes contre l'humanité. Les projets d'article précédemment adoptés ainsi que la plupart de ceux proposés dans le rapport constituent un projet d'articles complet, prêt à être soumis à l'Assemblée générale. Le succès du projet dépendra néanmoins largement de la capacité de la Commission d'aboutir à un résultat final qui tienne compte de toutes les préoccupations légitimes des acteurs concernés et de la communauté internationale. À cet égard, certaines observations générales s'imposent.

13. M. Hmoud dit que, comme d'autres membres, il trouve le rapport beaucoup trop long et que, bien qu'il soit relativement facile à lire, il aurait pu être condensé, en particulier lorsqu'il compare diverses dispositions conventionnelles. Il aurait pu être divisé en deux parties afin que deux débats distincts puissent avoir lieu, comme pour le sujet des réserves aux traités. En ce qui concerne l'intention du Rapporteur spécial d'achever la première lecture à la session en cours, M. Hmoud pense lui aussi que la Commission ne doit pas se hâter indûment. Les travaux, dont le résultat touchera la vie de millions d'êtres humains, portent sur un sujet trop important pour brûler les étapes. Il est convaincu que, grâce aux efforts extraordinaires déployés par le Rapporteur spécial, le projet d'articles fera une grosse différence dans la lutte contre les crimes contre l'humanité. Il est toutefois impératif que la Commission établisse un terrain d'entente solide qui permette aux États de conclure une convention.

14. En ce qui concerne les sources invoquées dans le rapport, le Rapporteur spécial s'est davantage préoccupé du droit conventionnel que du fondement coutumier de certains projets d'article. Certaines dispositions reposent sur des traités ou des conventions qui ne sont pas pertinents au regard de la matière étudiée et n'ont aucun lien plausible avec celle-ci. Cela est particulièrement vrai des formulations fondées sur les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption ; par contre, des instruments qui étaient plus proches du sujet, comme les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ne sont que brièvement mentionnés, le plus souvent dans des notes de bas de page. Des dispositions de conventions réprimant des crimes internationaux comme le terrorisme sont mentionnées dans certaines sections du rapport mais non dans d'autres, sans aucune explication. M. Hmoud dit que, s'il comprend que certains des projets d'article proposés répondent à des considérations de politique générale et visent à combler des lacunes ou à optimiser la protection contre les crimes contre l'humanité, il rappelle que le produit final des travaux fera l'objet de négociations interétatiques, lors desquelles un lien plausible avec les instruments pertinents sera recherché. Cela étant, en ce qui concerne les questions de caractère procédural, par exemple les dispositions concernant l'extradition et l'entraide judiciaire, les projets d'article proposés sont défendables.

15. Sur certaines questions comme celles du non-refoulement, de l'immunité et de l'amnistie, le droit international coutumier applicable doit être davantage explicité. Les débats de la Commission et les réactions des divers acteurs en ce qui concerne les projets d'article y relatifs proposés dans le rapport doivent être pris en considération dans le cadre de la seconde lecture. L'orateur estime que réunir les travaux de la Commission sur les crimes contre l'humanité et d'autres initiatives pour créer un mécanisme coopératif interétatique d'entraide judiciaire pour d'autres crimes internationaux affaiblirait

le résultat des travaux de la Commission sur le sujet et réduirait la possibilité de combler les lacunes existantes dans la lutte contre les crimes contre l'humanité.

16. S'agissant des projets d'article proposés, le projet d'article 11 est l'un des plus importants et il est nécessaire pour exclure la possibilité qu'un obstacle procédural fasse échec à l'exécution par un État de son obligation d'extrader. Les procédures d'extradition varient d'un État à l'autre, et en l'absence d'accords bilatéraux ou multilatéraux établissant des conditions uniformes, l'extradition se heurtera à des obstacles juridiques. Le Rapporteur spécial donne suffisamment de raisons pour choisir la disposition détaillée concernant l'extradition figurant dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée plutôt que la disposition concise figurant dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; M. Hmoud n'est toutefois pas convaincu que le fait que 181 États soient parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption signifie que les États accepteront la même disposition dans une convention sur les crimes contre l'humanité. Il pense comme le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer une condition de double incrimination dans le projet d'article relatif à l'extradition, puisque l'incrimination en droit interne est déjà prévue dans le projet d'article 5[52].

17. S'agissant du paragraphe 1 du projet d'article 11, relatif aux infractions pouvant donner lieu à extradition, c'est le projet d'article 5 et non le projet d'article 3, comme l'ont proposé plusieurs membres, qui devrait être visé, puisque le projet d'article 3 ne fait que définir les crimes contre l'humanité. L'exception d'infraction politique ne devrait pas s'appliquer à l'extradition – il s'agit d'un principe universellement accepté. Aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 4 du projet d'article 11, les États qui n'utilisent pas le projet d'articles comme base légale pour coopérer en matière d'extradition ne sont pas tenus, mais doivent seulement s'y efforcer, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États. Comme cela risque de créer un obstacle à l'extradition et comme l'État concerné doit soumettre l'affaire à ses autorités aux fins de poursuites en application du projet d'article 9, il pourrait être opportun d'envisager de rendre la procédure prévue à l'alinéa *b* du paragraphe 4 obligatoire en l'absence de traité d'extradition entre l'État requérant et l'État requis.

18. Le paragraphe 11 du projet d'article 11, qui dispose qu'un État a le droit de rejeter une demande d'extradition s'il estime que la personne concernée risque d'être persécutée, appelle un examen plus poussé. Lorsqu'ils veulent refuser l'extradition, les États peuvent toujours affirmer que la demande repose sur des motifs illicites, politiques ou autres. Ils doivent alors soumettre l'affaire à leurs autorités compétentes aux fins de poursuites, de manière à soustraire l'État à sa responsabilité internationale pour violation d'une obligation conventionnelle. Pour M. Hmoud, des garanties objectives contre les demandes d'extradition politiquement motivées sont donc une meilleure solution. Il estime que c'est l'État requis qui doit décider en cas de demandes d'extradition concurrentes. Il n'y a aucune raison de considérer que l'État territorial ou l'État qui a adressé sa demande le premier doit avoir la priorité sur l'État de nationalité des victimes ou des auteurs. États requérants et États requis doivent néanmoins être encouragés à se consulter avant de décider vers quel État l'auteur doit être extradé.

19. Au projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, le Rapporteur spécial a de nouveau choisi la disposition détaillée figurant dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et non la disposition concise figurant dans des instruments tels que la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ou la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Le projet d'article 13 a pour objet d'assurer une coopération interétatique maximale dans les enquêtes, les poursuites et les procès concernant les crimes contre l'humanité. Il ménage à l'État requis la faculté d'accéder aux demandes d'assistance dans les limites de son droit interne tout en préservant l'avantage principal d'une procédure rationalisée d'entraide judiciaire. Le Rapporteur spécial n'explique toutefois pas, ni n'étaye, les affirmations figurant au paragraphe 122 du rapport, à savoir que « les États jugent nécessaire d'adopter des articles détaillés, aux fins de la prévention et de la répression de la criminalité, dans différentes branches importantes du droit pénal transnational », et que les articles détaillés « ont été acceptés par les États dans la pratique ». Le fait que 181 États soient parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption ne confère pas à l'article détaillé le caractère de pratique acceptée dans la lutte contre les crimes contre l'humanité. Cela dit, l'article détaillé, en tant que « minitraité d'entraide judiciaire », peut être utile pour maximiser la coopération quand aucun traité ne lie l'État requérant et l'État requis. M. Hmoud dit qu'il n'est pas certain que le paragraphe 8 du projet d'article 13, qui donne la priorité aux obligations énoncées dans les traités bilatéraux ou multilatéraux d'entraide judiciaire, soit nécessaire. En règle générale, des obligations conventionnelles antérieures demeurent valides si elles ne sont pas en conflit avec des obligations conventionnelles postérieures sur le même sujet.

20. Le projet d'article 14, relatif aux victimes, témoins et autres personnes, est lui aussi une disposition importante du projet qui reflète l'évolution du droit dans ce domaine. La protection des victimes et des témoins est particulièrement justifiée eu égard à la gravité des crimes en cause et à la possibilité que leurs auteurs fassent partie de l'appareil d'un État ou d'une organisation chargé de mettre en œuvre des politiques comportant les crimes contre l'humanité. Aucun traité mondial ne protège les victimes et témoins de crimes contre l'humanité et il n'y a aucune uniformité dans les instruments ou dans la pratique des tribunaux internationaux en ce qui concerne ces crimes. Ainsi, il est particulièrement important d'harmoniser les règles applicables au niveau interétatique. Bien qu'une norme soit en train de se faire jour qui confère aux victimes et témoins de crimes contre l'humanité qualité pour agir et protection, son contenu exact n'en est pas encore uniforme.

[52] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

21. L'orateur pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire de donner une définition de la victime d'un crime contre l'humanité. Il faut laisser aux États le soin de le faire, dans la mesure où leurs lois connaissent le concept. Si la protection envisagée dans le projet d'articles vise essentiellement les individus, rien dans le projet ne limite la capacité des États d'étendre cette protection aux personnes morales qu'ils considèrent comme des victimes. De même, si la participation des victimes à l'instance pénale est importante, il faut laisser à chaque État le soin de la prévoir dans le cadre de son droit interne, et la condition énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 14 est donc justifiée.

22. La réparation, qui fait l'objet du paragraphe 3 du projet d'article 14, renforce la protection des victimes et leur ouvre les recours dont elles ont besoin. Ce paragraphe est rédigé de manière à tenir compte des disparités existant dans la capacité des États de prendre des mesures aux fins de la réparation. C'est l'auteur des crimes qui devrait à titre individuel assumer la responsabilité de la réparation. Un État dont le fait ou l'omission illicite a contribué à la commission de crimes contre l'humanité devrait également être tenu de réparer, comme tout groupe organisé ayant participé à la commission de tels crimes. Exiger la réparation « intégrale » reviendrait à fixer un critère si rigoureux qu'il serait presque impossible à satisfaire dans toutes les situations. L'expérience acquise dans la création de fonds d'affectation spéciale alimentés par des contributions volontaires n'est pas encourageante, même s'il serait utile d'envisager la création, en faveur des victimes, de fonds obligatoires dotés de ressources stables. De tels fonds contribueraient aux efforts de réparation et de réhabilitation. S'agissant des garanties de non-répétition, M. Hmoud voit mal comment elles peuvent être mises en œuvre si l'auteur du crime est une personne physique.

23. En ce qui concerne le projet d'article 16, aucune exception à l'application du projet d'articles à toutes les unités constitutives des États fédéraux ne devrait être permise, que ce soit dans le cadre de déclarations d'application territoriale ou de « clauses fédérales ». Toute limitation de ce type serait incompatible avec l'objectif de la future convention, à savoir assurer la protection maximale. Si de telles limites sont autorisées, un État fédéral combattant des insurgés dans une partie de son territoire fédéral où des crimes contre l'humanité sont en train d'être commis pourrait choisir de ne pas appliquer la convention dans cette partie de son territoire. Les clauses finales de la future convention devraient donc stipuler que le projet d'article 16 n'admet pas les réserves.

24. Pour ce qui est du projet d'article 17, relatif au règlement des différends interétatiques, le Rapporteur spécial donne de nombreux exemples de mécanismes de suivi existants et possibles. La principale question est celle du rôle que jouerait un mécanisme de suivi. Le rôle des organes de suivi existants est déterminé par leur mandat tel que défini dans leurs instruments respectifs. Leur rôle en matière d'interprétation, qui découle également de leur mandat, peut être utile mais ne saurait être considéré comme faisant autorité aux fins des travaux en cours. Il serait juridiquement complexe et controversé de conférer aux organes conventionnels un rôle de suivi de l'application d'une future convention. La création d'un mécanisme de suivi de l'application d'une future convention sur les crimes contre l'humanité n'en est pas moins importante pour plusieurs raisons. Premièrement, les États hésitent généralement à invoquer les mécanismes de règlement des différends interétatiques pour des raisons juridiques, politiques, financières ou autres. Ainsi, pour que les manquements aux obligations énoncées dans une future convention puissent être combattus de manière efficace et rapide, ils doivent être envisagés dans le cadre d'un mécanisme de suivi. Cela obligerait les États et les organisations à agir conformément à l'esprit et à la lettre de la convention. Deuxièmement, l'interprétation de la convention pourrait relever du mandat du mécanisme de suivi, car la laisser à chaque État partie risquerait d'entraîner des disparités dans l'application de la convention. Troisièmement, le projet d'article 17 contient une clause dérogatoire limitant l'application du mécanisme de règlement des différends, et les États hésiteront donc moins à l'invoquer. Par ailleurs, un mécanisme de suivi et un mécanisme de règlement des différends ont des objectifs distincts. Les procédures de règlement des différends sont longues, alors que les mesures propres à faire cesser ou à prévenir la commission de crimes contre l'humanité doivent être rapides, et c'est un mécanisme de suivi qui sera le mieux à même de les prendre. M. Hmoud dit qu'il est favorable à la création d'un mécanisme de suivi indépendant composé d'experts siégeant à titre personnel, ainsi que d'un mécanisme de convocation d'une conférence des États parties, qui garantirait que les mesures nécessaires soient prises rapidement. Comme de tels mécanismes contribueraient considérablement à l'efficacité de la lutte contre les crimes contre l'humanité, il n'y a aucune raison plausible de ne pas les prévoir dans le projet d'articles. Quant au mécanisme de règlement des différends envisagé au projet d'article 17, il peut être opportun de permettre aux États de s'y soustraire et de choisir l'arbitrage ou le renvoi à la Cour internationale de Justice, car cela encouragerait un plus grand nombre d'entre eux à devenir parties à la convention.

25. S'agissant du principe du non-refoulement, qui fait l'objet du projet d'article 12, le Rapporteur spécial ne cite aucune règle de droit coutumier pour en justifier la teneur. Il n'existe même pas de règle coutumière en voie de formation l'étayant. Si le Rapporteur spécial a décidé de ne pas inscrire l'interdiction de l'immunité et de l'amnistie dans le projet d'articles, en partie parce que cette interdiction ne lui semble pas fondée en droit coutumier, il a fait le contraire en ce qui concerne le non-refoulement. Dans son troisièmee rapport, le Rapporteur spécial cite plusieurs conventions et traités interdisant le refoulement, mais ces instruments concernent tous soit la protection de personnes protégées, par exemple parce qu'elles sont dans une situation relevant de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), soit celle de personnes risquant d'être victimes d'une infraction particulière en raison de leur croyance, race ou religion ou d'autres considérations et relevant d'instruments tels que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, la Convention relative au statut des réfugiés ou la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Tel qu'il est libellé, le projet d'article 12 n'en tient pas compte, en particulier pour ce qui est des

raisons qu'un État peut invoquer pour ne pas expulser ou refouler une personne. Le paragraphe 2 de ce projet d'article n'est pas lié à la définition des crimes contre l'humanité. Un ensemble de violations systématiques, graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire peut exister indépendamment de la commission de crimes contre l'humanité. Le paragraphe 2 du projet d'article 12 aurait dû être formulé pour refléter la définition de ces crimes figurant au projet d'article 3. De plus, des crimes contre l'humanité peuvent être commis dans une région d'un État mais non dans une autre. Une interdiction générale de refoulement vers tous les territoires ou régions, lorsque ce refoulement n'est pas autrement interdit par le droit international, créera des obstacles juridiques à l'application de la future convention. Renvoyer une personne vers un État ou une région où elle ne risque pas d'être victime de crimes contre l'humanité ne devrait pas être interdit, et le projet d'article 12, s'il est maintenu, devrait l'indiquer.

26. La Commission mène des travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, mais ces travaux ne sont pas spécialement pertinents dans le cadre du débat en cours sur le point de savoir s'il convient de mentionner la question de l'immunité en matière de crimes contre l'humanité. En l'absence de disposition excluant l'immunité des représentants de l'État, les États risquent d'invoquer l'immunité fonctionnelle ou personnelle pour faire obstacle à des poursuites ou à l'extradition. Un État pourra, même si son droit interne réprime les crimes contre l'humanité sur la base du projet d'article 5, refuser l'extradition et soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, lesquelles pourront retenir l'immunité des représentants de l'État. Il est remarquable que dans de tels cas l'État concerné ne violerait pas les obligations que lui impose le projet d'articles. Il est donc important que celui-ci contienne une disposition qui, au moins, indique clairement que la qualité officielle d'une personne ne lui confère pas l'immunité. Quoi qu'il en soit, le commentaire ne doit pas donner à penser que le projet d'articles n'interdit pas l'immunité.

27. M. Hmoud ne partage pas l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle le droit international coutumier n'interdit pas encore l'amnistie pour les crimes qui préoccupent le plus la communauté internationale. L'interdiction des crimes contre l'humanité relève du *jus cogens* et l'amnistie va à l'encontre de cette norme impérative. À cet égard, l'orateur relève l'écart existant entre l'analyse attribuée à Antonio Cassese au paragraphe 292 du rapport et la citation du même auteur dans la note de bas de page appelée dans la dernière phrase dudit paragraphe après les mots « en développement ». De plus, le Rapport spécial n'envisage pas la pratique de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine et ne mentionne pas le fait qu'elle ne souscrit pas aux accords de paix prévoyant une amnistie au bénéfice des auteurs des crimes internationaux les plus graves tels que les crimes contre l'humanité. Si le projet d'articles ne contient pas de disposition sur l'amnistie, l'interdiction de celle-ci doit au moins être mentionnée dans le préambule. De plus, le commentaire ne doit pas donner l'impression que l'amnistie peut être autorisée par le projet d'articles : ne pas réprimer l'infraction violerait le projet d'article 5 sur l'incrimination en droit interne.

28. En ce qui concerne les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes, qui font l'objet du projet d'article 15, les règles pertinentes du droit international général doivent s'appliquer, à savoir la règle *lex posterior derogat legi priori*, énoncée à l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969. M. Hmoud dit qu'il comprend les préoccupations exprimées par certains commentateurs en ce qui concerne le Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais qu'il estime qu'une règle spéciale du projet d'articles accordant la primauté à certaines règles antérieures sur d'autres n'est justifiée que dans des circonstances exceptionnelles, lesquelles ne sont pas réunies en l'occurrence. Un tel projet d'article créerait des complications juridiques inutiles, car le projet d'articles a été élaboré compte tenu de la nécessité de préserver l'intégrité du Statut de Rome.

29. Les réserves relèvent de la politique juridique, et il est donc nécessaire de mettre en balance tous les intérêts juridiques en cause. Le Rapporteur spécial a analysé chaque option possible, de l'interdiction des réserves à une liste de réserves autorisées ou interdites. La meilleure solution est toutefois de demeurer muet sur la question et de renvoyer dans le commentaire aux règles pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 et au Guide de la pratique sur les réserves aux traités[53], notamment en ce qui concerne des questions telles que les réserves contraires à l'objet et au but du traité ou les réserves vagues et générales. Dresser une liste n'est pas une bonne idée, car une telle liste risque d'être contestée lorsque les États négocieront la future convention.

30. M. Hmoud indique qu'il ne s'oppose pas à ce que l'on reprenne le préambule du Statut de Rome, mais que ce préambule doit être adapté pour tenir compte des particularités du projet d'articles, instrument répressif interétatique de lutte contre les crimes en droit interne.

31. En conclusion, l'orateur recommande de renvoyer les projets d'articles 12, 14, 15, 16 et 17, ainsi que le préambule, au Comité de rédaction, mais il réserve sa position concernant le projet d'article 13 pour les raisons qu'il a exposées.

32. M. TLADI fait observer, s'agissant de l'affirmation de M. Hmoud selon laquelle l'Organisation des Nations Unies ne souscrit pas aux accords de paix prévoyant une amnistie pour les crimes internationaux les plus graves, que le Conseil de sécurité de l'Organisation a, en 2011, approuvé l'accord de paix entre les parties belligérantes au Yémen[54]. Il souhaiterait savoir ce qu'en pense M. Hmoud.

33. M. HMOUD dit que, dans le cas du Yémen, le Conseil de sécurité a visé essentiellement l'accord entre les parties au conflit et n'a pas mentionné la question de l'amnistie accordée au Président Saleh dans le cadre d'un accord facilité par le Conseil de coopération du Golfe, question tout à fait distincte.

---

[53] Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 23 et suiv. Voir aussi la résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe.

[54] Voir la résolution 2014 (2011) du Conseil de sécurité, en date du 21 octobre 2011.

34. M. JALLOH dit que c'est à juste titre que M. Hmoud affirme que l'Organisation des Nations Unies considère qu'en droit international les amnisties ne sont pas autorisées dans le cas des crimes internationaux les plus graves, à savoir le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. C'est pour cette raison qu'en 1999 le Représentant spécial du Secrétaire général aux négociations de paix de Lomé a formulé une réserve en ce qui concerne l'accord conclu entre le Gouvernement de la Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone[55]. Cette réserve s'est révélée essentielle pour ce qui allait devenir l'article 10 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[56], qui a servi de fondement à la décision de la Chambre d'appel du tribunal rejetant le moyen par lequel l'accusé faisait valoir qu'il ne pouvait être jugé parce que l'accord l'amnistiant avait été signé par des représentants de la communauté internationale. Depuis lors, l'Organisation des Nations Unies a maintenu sa position de principe en matière d'amnistie.

35. Il faut toutefois distinguer entre les amnisties générales et les amnisties limitées. Dans le cas de la Colombie, par exemple, lorsque le Gouvernement s'efforçait de conclure un accord pour mettre fin à des années de conflit armé interne, la Procureure de la Cour pénale internationale a suivi la situation de près avant de décider d'engager ou non des poursuites. Cela donne à penser que la question de savoir si une amnistie de portée limitée, formulée avec soin et comportant certains éléments de responsabilité, est acceptable n'a pas encore été réellement tranchée.

36. M. KOLODKIN dit qu'il conviendrait de savoir avec certitude si la position de principe de l'Organisation des Nations Unies est effectivement celle de l'Organisation, celle de ses Membres ou celle de son Secrétariat.

37. M. GÓMEZ ROBLEDO fait observer que dans le cas de la Colombie, la Procureure de la Cour pénale internationale n'a toujours pas demandé à la Chambre préliminaire d'ouvrir une enquête. L'affaire en est encore au stade de l'examen préliminaire par le Bureau du Procureur.

38. M. GROSSMAN GUILOFF dit que, pour établir l'état du droit international en ce qui concerne l'amnistie, le Secrétariat pourrait être prié d'élaborer un recueil des décisions des organes conventionnels des Nations Unies et des déclarations du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur le sujet.

39. M. JALLOH dit qu'il souscrit aux observations de M. Gómez Robledo et appuie la proposition de M. Grossman Guiloff. Il souhaite néanmoins appeler l'attention sur une déclaration de la Procureure de la Cour pénale internationale concernant la conclusion des négociations de paix entre le Gouvernement colombien et les Forces armées révolutionnaires de Colombie − Armée du peuple. La Procureure a déclaré que l'accord de paix final constituait indubitablement une victoire historique et une étape essentielle vers la fin d'un très long conflit ; elle a toutefois ajouté qu'elle avait toujours soutenu les efforts déployés par la Colombie pour mettre fin à ce conflit armé de plusieurs décennies « conformément aux obligations lui incombant en vertu du Statut de Rome [de la Cour pénale internationale] » depuis le début des négociations, et qu'elle « continuerai[t] à le faire lors de la mise en œuvre de cet accord »[57]. Pour l'orateur, cela signifie que la Procureure doit continuer à suivre la situation de près et qu'elle se réserve le droit d'engager des poursuites si, bien entendu, elle disposait de preuves susceptibles d'aboutir à une condamnation. Sa déclaration donne à penser qu'elle peut accepter l'idée d'un accord de paix comprenant un élément de responsabilité mais n'offrant pas d'amnistie générale.

40. Le PRÉSIDENT dit que si le Secrétariat doit élaborer le recueil proposé par M. Grossman Guiloff, il conviendra de lui adresser une demande rédigée avec précision et prévoyant un délai défini. Il propose que le Comité de rédaction sur les crimes contre l'humanité examine ces questions.

41. M. SABOIA dit qu'il souscrit aux propositions de M. Grossman Guiloff et du Président, ajoutant que le Comité de rédaction devra, lorsqu'il formulera la demande, avoir à l'esprit la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a rendu plusieurs décisions concernant l'amnistie.

42. M. GROSSMAN GUILOFF dit que lui aussi souscrit à la proposition du Président. Il précise que l'accord de paix colombien excluait effectivement les crimes graves de droit international, notamment les crimes contre l'humanité, du bénéfice de l'amnistie. Il est exact que l'application de cet accord doit être suivi de près, notamment en ce qui concerne la durée des peines de prison prononcées. Il importe de noter qu'une commission Vérité a été mise en place, et que l'expérience des diverses commissions Vérité latino-américaines montre que l'amnistie n'est guère utile dans le processus de réconciliation nationale.

43. M. ŠTURMA dit que le Rapporteur spécial a établi un rapport très clair, bien agencé et étayé par de nombreux renvois aux traités pertinents. Ce rapport aurait pu être un peu plus court ; il s'agit en fait de deux rapports réunis en un seul, établis pour tirer parti de la possibilité d'adopter tous les projets d'article présentés en première lecture à la session en cours. M. Šturma appuie pleinement l'approche du Rapporteur spécial à cet égard.

44. Il rappelle, eu égard au débat qui a eu lieu sur la nature des travaux de la Commission du droit international sur le sujet, que celui-ci relève bien du mandat de la Commission. En effet, élaborer des projets d'articles destinés à devenir des conventions a toujours fait partie de ce mandat. La définition des crimes contre l'humanité et l'obligation générale de prévenir et de réprimer ces crimes appellent assurément une codification du droit

[55] Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone, conclu à Lomé, le 7 juillet 1999 (S/1999/777, annexe).

[56] Le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone est annexé à 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), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137.

[57] Voir la déclaration de la Procureure de la Cour pénale internationale, M^me^ Fatou Bensouda, à propos de la conclusion des pourparlers de paix entre le Gouvernement colombien et les Forces armées révolutionnaires de Colombie – Armée du peuple. Disponible à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia&ln=fr.

international coutumier, car il s'agit de crimes découlant de violations du *jus cogens*. Dans le même temps, l'objectif principal du projet d'articles est de fournir le texte d'un traité multilatéral sur la coopération interétatique, y compris en matière d'extradition et d'entraide judiciaire, énonçant des obligations liant les États parties. Bien que l'élaboration de telles dispositions diffère des travaux de codification habituels, l'absence de demande préalable de l'Assemblée générale n'empêche pas la Commission d'y procéder.

45. Dans un monde idéal, il serait préférable de disposer d'une convention exhaustive sur tous les principaux crimes de droit international. Néanmoins, d'un point de vue pratique, il n'y a guère de chances qu'une convention portant également sur le génocide et les crimes de guerre soit adoptée, et mieux vaux une convention sur les crimes contre l'humanité que pas de convention du tout. Une telle convention devra certes comprendre davantage d'éléments que les régimes conventionnels plus anciens, mais le fait que les traités les plus récents ne sont pas toujours les modèles les plus appropriés en la matière est à prendre en considération.

46. Le principal problème théorique consiste à distinguer entre les crimes contre l'humanité en tant que crimes au regard du droit international coutumier général et les crimes transnationaux, comme la corruption, qui ne sont réprimés que par des conventions spéciales. Pour citer M. Cherif Bassiouni, les premiers font l'objet d'un régime répressif direct, les seconds d'un régime répressif indirect. Il ne s'agit pas seulement d'une distinction théorique, car elle a aussi des implications pratiques. Il serait regrettable que le projet d'articles donne l'impression erronée que les crimes contre l'humanité sont comparables aux crimes de droit commun ou ne sont que des infractions prévues par des traités.

47. S'agissant de la méthodologie, le Rapporteur spécial a mis l'accent sur les obligations de renforcement de la coopération interétatique. Comme la plupart des projets d'article proposés dans le rapport énoncent de nouvelles obligations conventionnelles, il est raisonnable de les faire reposer sur des exemples et comparaisons tirés de conventions multilatérales de droit pénal existantes. Une telle approche est justifiée, car la Commission vise à élaborer une convention nouvelle, progressiste et actuelle, mais uniquement dans la mesure où elle ne dilue pas la distinction susmentionnée. De ce point de vue, les nombreux renvois à la Convention des Nations Unies contre la corruption risquent d'être contre-productifs. Bien qu'il s'agisse de l'instrument de droit pénal le plus récent et le plus détaillé, cette convention n'est peut-être pas nécessairement adaptée aux crimes contre l'humanité, qui se rapprochent plus, de par leur nature, des infractions visées dans les conventions contre la torture, le génocide ou les disparitions forcées. Cela ne signifie pas que l'on ne peut utiliser les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais elles doivent être adaptées selon que de besoin.

48. S'agissant des projets d'article proposés, le projet d'article 11, relatif à l'extradition, est certainement l'une des dispositions les plus importantes. Étant donné le débat sur la nature des crimes, M. Šturma pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer une condition de double incrimination. Il est également favorable à l'inclusion d'une disposition sur la non-applicabilité aux fins de l'extradition, consacrée au paragraphe 2 du projet d'article 11, de l'exception d'infraction politique. Il estime que l'obligation fondamentale est déjà prévue au projet d'article 9[58], relatif au principe *aut dedere aut judicare*, et que le projet d'article 11 est une disposition de caractère procédural et technique. Il estime toutefois lui aussi que certaines dispositions applicables à la corruption ou à d'autres infractions transnationales mais de droit commun ne sont pas adaptées aux crimes contre l'humanité, en particulier celles qui concernent la peine minimale requise figurant au paragraphe 6 du projet d'article 11 ou l'aspect territorial des infractions visé au paragraphe 8 du même article.

49. S'agissant des motifs permettant de refuser l'extradition, la question de la peine de mort mérite d'être examinée. Elle devrait être envisagée dans le projet d'article 11 et non dans le projet d'article 12 car le principe du non-refoulement est établi en tant qu'obligation absolue. Toute dérogation concernant la peine capitale doit être facultative et relever du pouvoir discrétionnaire des États.

50. En ce qui concerne le projet d'article 13, la décision d'élaborer un « minitraité d'entraide judiciaire » est justifiée, mais, une fois encore, les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui ont été retenues doivent être modifiées. Par exemple, le paragraphe 4 du projet d'article 13, qui dispose que les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire, est parfaitement pertinent s'agissant de la corruption et d'autres infractions économiques mais est étrange dans le contexte des crimes contre l'humanité.

51. Pour ce qui est du projet d'article 14, M. Šturma se félicite de l'inclusion d'une disposition sur la protection des victimes, témoins et autres personnes, y compris, en particulier, le droit des victimes à réparation. Bien qu'il considère que les garanties de non-répétition ne soient pas une forme typique de réparation, il souscrit à toutes les formes énumérées au paragraphe 3 du projet d'article 14. Il s'agit davantage d'une question de terminologie que de fond : dans le texte anglais, le mot *reparation* pourrait être remplacé par un terme plus général, par exemple *remedy* ou *redress*, qui englobe toutes les formes visées.

52. S'agissant du projet d'article 15, il est utile de traiter des relations avec les juridictions pénales internationales compétentes. Toutefois, comme il est possible que des tribunaux pénaux internationaux ou hybrides soient créés à l'avenir, une condition est justifiée. Par exemple, les mots « qui respecte les principes généraux du droit pénal » pourraient être insérés après les mots « l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente », le commentaire expliquant que ces principes sont ceux énoncés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

53. En ce qui concerne le chapitre VII du rapport à l'examen, M. Šturma a pris connaissance avec intérêt de la description des mécanismes de suivi existants, mais il approuve la décision du Rapporteur spécial de ne pas

[58] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 177 (projet d'article 9).

les mentionner dans le projet d'articles. Peut-être des mécanismes pourront-ils être envisagés dans un protocole facultatif, dont l'élaboration pourrait être confiée à la Commission à l'avenir, en fonction des vues exprimées par les États à la Sixième Commission. M. Šturma appuie le mécanisme de règlement des différends comprenant à la fois la négociation et le règlement judiciaire prévus au projet d'article 17. La disposition relative à la procédure de renvoi à la Cour internationale de Justice de tout différend ne pouvant être réglé par la négociation pourra néanmoins devoir être rationalisée et renforcée, et assortie d'un renvoi à la question de la responsabilité de l'État, sur le modèle de l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

54. M. Šturma sait gré au Rapporteur spécial d'avoir examiné d'autres questions importantes au chapitre VIII de son rapport. Il convient qu'une disposition sur la dissimulation n'a pas sa place dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité et que les questions liées à la justice transitionnelle, comme l'amnistie, ne doivent pas non plus être envisagées. Il souhaiterait toutefois que le projet d'articles contienne au moins une brève disposition sur la non-pertinence de la qualité officielle, comparable à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ou à l'article 27 du Statut de Rome. Il convient également que c'est à la conférence des États parties qu'il devrait appartenir de se prononcer sur les clauses finales.

55. En conclusion, l'orateur recommande le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction, et il exprime l'espoir que la Commission pourra les adopter en première lecture.

56. M. CISSÉ, se référant au chapitre I du rapport à l'examen, dit que le paragraphe 22 indique que de nombreux États refusent d'extrader en l'absence d'accord d'extradition. La Commission devrait s'attacher à déterminer comment résoudre cette difficulté en vue de combattre les crimes contre l'humanité aussi efficacement et vigoureusement que possible. Comme le Rapporteur spécial le rappelle à juste titre, une manière de régler la question serait de considérer que dès lors qu'un État est partie à une convention multilatérale contenant des dispositions sur l'extradition, comme ce sera le cas de la future convention sur les crimes contre l'humanité, une telle convention constitue la base légale de l'extradition en l'absence de traités d'extradition. En d'autres termes, la nouvelle convention aura la préséance, ce qui renforcera le régime juridique de l'extradition et le système de mise en œuvre de la responsabilité en privant les États qui ne veulent pas extrader une personne de la possibilité d'invoquer l'absence de traité d'extradition. Cet aspect de la question est bien exposé aux paragraphes 23 et 50 du rapport. La situation dans laquelle l'extradition n'est pas subordonnée à l'existence d'un traité est également bien décrite au paragraphe 56. Toutefois, on peut se demander s'il est pertinent de reprendre *verbatim* et *in extenso* l'article 44, relatif à l'extradition, de la Convention des Nations Unies contre la corruption. En effet, les crimes contre l'humanité et le crime de corruption sont différents par leur nature, et il faut faire des choix judicieux entre les 18 paragraphes de l'article 44 pour ne retenir que ceux qui sont applicables aux crimes contre l'humanité. Comparaison n'étant pas raison, il faut recentrer le débat sur les crimes contre l'humanité. L'orateur salue l'effort qu'a fait le Rapporteur spécial pour ramener à 13 le nombre des paragraphes, mais il estime qu'un effort de synthèse supplémentaire peut être fait pour « coller » plus étroitement au sujet.

57. L'élaboration d'une nouvelle convention concerne certes la communauté internationale dans son ensemble, mais elle intéresse particulièrement le continent africain, qui a été le théâtre de graves crimes contre l'humanité. Le Rapporteur spécial aurait donc dû examiner de plus près la situation en Afrique. Il serait également opportun de faire figurer dans le projet d'article relatif à l'extradition une disposition indiquant que les États doivent adopter une législation incriminant et réprimant les crimes contre l'humanité. Les systèmes législatifs de nombre de pays d'Afrique demeurent à cet égard lacunaires, ou sont trop faibles pour réprimer efficacement ces crimes. Depuis quelques décennies, des citoyens africains ordinaires et des responsables politiques et militaires de haut rang ont fait l'objet de poursuites devant les juridictions pénales internationales. Le projet de la Commission gagnerait à tenir compte du rôle extrêmement important que peuvent jouer les organisations régionales et sous-régionales africaines s'agissant de prévenir et réprimer les crimes contre l'humanité. Le Rapporteur spécial pourrait par exemple axer ses recherches sur les initiatives ou instruments juridiques adoptés par l'Union africaine ou la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest dans le domaine de la corruption et se demander dans quelle mesure les solutions qu'ils adoptent en matière d'extradition peuvent être applicables aux crimes contre l'humanité commis en Afrique et ailleurs. La question des immunités n'est traitée dans aucun des projets d'article proposés dans le rapport, alors que très souvent des responsables politiques et militaires invoquent l'immunité pour échapper aux poursuites judiciaires. La formulation d'un projet d'article sur les immunités serait totalement justifiée, dès lors qu'il ne contredit pas les dispositions pertinentes des paragraphes 1 et 2 de l'article 27 et l'article 33 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

58. En ce qui concerne le libellé du projet d'article 11, le paragraphe 1 pourra être modifié par le Comité de rédaction. M. Cissé propose de remplacer, dans la version française, le mot « peut » qui figure dans les première et deuxième phrases par le mot « doit », le premier risquant d'être interprété comme signifiant que les États ont la faculté d'extrader ou de ne pas extrader. Le verbe « doit » serait donc plus approprié et plus efficace pour lutter contre l'impunité en la matière. Une clause « sans préjudice » des dispositions pertinentes des instruments juridiques internationaux relatifs à l'extradition pour crimes contre l'humanité pourrait être ajoutée à la fin du paragraphe 1. Pour des raisons d'opportunité et de cohérence, le paragraphe 4 devrait envisager l'hypothèse dans laquelle l'État ne subordonne pas l'extradition à l'existence d'un traité d'extradition.

59. Les chapitres II, III, IV et V reflètent dans une large mesure le droit applicable en matière d'extradition du point de vue tant procédural que substantiel, et le Rapporteur spécial doit être félicité pour les recherches approfondies qu'il a effectuées sur les divers aspects de

la question. Toutefois, aux fins d'un projet de convention sur les crimes contre l'humanité, le chapitre VI sur les obligations des États fédéraux est quelque peu surabondant et n'apporte pas grand-chose à la clarté générale du rapport. De plus, les dispositions relatives au règlement des différends ne semblent pas pertinentes dans la mesure où les crimes contre l'humanité relèvent déjà de la compétence de juridictions pénales internationales telles que la Cour pénale internationale. En tout état de cause, les États concernés peuvent saisir la Cour internationale de Justice, l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.

60. L'orateur estime que la qualité du rapport n'a pas souffert de sa longueur. Il recommande de renvoyer tous les projets d'article proposés au Comité de rédaction.

61. M. SABOIA dit que le rapport couvre un large éventail des questions d'une grande pertinence pour une convention telle que celle envisagée. L'extradition, la première de ces questions, est un outil très important pour assurer que les auteurs présumés, s'ils ne font pas l'objet de poursuites dans un État, en feront l'objet dans un autre État, dans le respect de la protection accordée par le droit international des droits de l'homme et le droit des réfugiés. L'orateur souscrit à la proposition de ne pas élaborer de disposition distincte sur la double incrimination, pour les raisons résumées au paragraphe 32. Il souscrit également aux propositions tendant à faire figurer les crimes contre l'humanité au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans les traités existants et futurs et à exclure l'exception d'infraction politique. Il souscrit à la teneur des cinq premiers paragraphes du projet d'article 11. S'agissant du paragraphe 6, relatif aux autres conditions auxquelles le droit interne de l'État requis doit satisfaire, l'analyse et le texte proposé sont pertinents, mais, comme de précédents orateurs, M. Saboia se demande si le Rapporteur spécial a considéré la possibilité pour l'État requérant de prononcer la peine de mort comme un motif de refus d'extrader, comme le prévoient la Constitution et le droit interne du Brésil ainsi que l'article 23 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers. Le paragraphe 6 du projet d'article 11 visant la « peine minimale » et d'autres motifs justifiant le refus d'extrader, peut-être est-ce dans ce paragraphe qu'il faut traiter la question. Il appuie la recommandation d'Amnesty International sur ce point, à savoir qu'au paragraphe 11 la liste des motifs permettant de refuser l'extradition devrait être celle figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[59].

62. En ce qui concerne le projet d'article 12, le Rapporteur spécial a pris pour modèle la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, en remplaçant « disparitions forcées » par « crimes contre l'humanité ». Le principe du non-refoulement est habituellement énoncé dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pour éviter qu'une personne faisant l'objet d'une extradition ou d'une expulsion risque d'être soumise à la torture, exécutée sommairement ou victime d'autres violations graves des droits de l'homme dans un autre État ou territoire. La protection conférée par ce principe concerne toutes les personnes et situations – un point traité au paragraphe 11 du projet d'article 11 uniquement comme une dérogation possible à l'obligation d'extrader et non comme une norme obligatoire. Lier uniquement ce principe aux crimes contre l'humanité, dont le seuil est très élevé, réduirait l'étendue de la protection. M. Saboia propose donc d'ajouter, à la fin du paragraphe 1 du projet d'article 12, les mots « ou d'autres crimes de droit international ou de violations flagrantes des droits de l'homme ».

63. L'entraide judiciaire, qui fait l'objet du projet d'article 13, est essentielle pour que la future convention sur les crimes contre l'humanité soit efficace. Elle peut être un instrument de répression, d'alerte avancée ou de dissuasion. Comme le montre le Rapporteur spécial, il existe une lacune dans ce domaine, puisque d'une manière générale les traités existants n'ont que peu de dispositions énonçant des obligations générales. Des instruments tels que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption fournissent des exemples utiles de ce que le Rapporteur spécial nomme un « article détaillé relatif à l'entraide judiciaire ». M. Saboia souscrit donc aux paragraphes 1 à 5 du projet d'article 13. Il propose d'ajouter les mots « et recueillir et obtenir des preuves scientifiques » à l'alinéa *d* du paragraphe 3. Il est de plus favorable à la suppression des mots « compatible avec le droit interne de l'État requis » à l'alinéa *i* du paragraphe 3. L'entraide judiciaire et la coopération en matière de crimes internationaux doivent suivre les normes rigoureuses et la pratique des juridictions internationales telles que la Cour pénale internationale et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et ne doivent pas nécessairement être liées aux normes nationales. L'inclusion d'une disposition relative au secret bancaire telle que le paragraphe 4 appelle des explications. Les paragraphes 6 et 7 constituent un modèle sophistiqué d'échange d'informations qui s'est révélé fort efficace dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée, mais il reste à voir comment il fonctionnera dans le cas des crimes internationaux, qui font davantage intervenir des facteurs politiques et peuvent impliquer des responsables de haut rang. À première vue, un conflit peut exister entre les mesures envisagées aux paragraphes 6 et 7, qui ne semblent pas relever de la compétence de l'autorité centrale, et celles prévues au paragraphe 10, sur la désignation et les fonctions de l'autorité centrale. Le paragraphe 16 contient une liste excessivement longue et souvent vague et subjective des motifs de refus de l'assistance judiciaire dont certains devraient être supprimés.

64. Soulignant l'importance des dispositions sur la participation et la protection des victimes, des témoins et d'autres personnes, M. Saboia dit que, dans le cadre de sa longue analyse des institutions et traités pertinents, le Rapporteur spécial aurait pu examiner de plus près la pratique de la Cour pénale internationale. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme pourrait aussi être utile. La participation des victimes et témoins au procès pénal peut faciliter la procédure, accorder dans une certaine mesure satisfaction aux victimes et à leurs proches et renforcer la légitimité du processus. L'examen de cette question par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est bien argumenté, et le projet d'article 14

[59] Voir Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité* (note 51 *supra*), chap. III, p. 8 et 9.

qu'il propose est un bon texte qui devrait être renvoyé au Comité de rédaction. Les modifications recommandées par Amnesty International pour renforcer et élargir l'étendue de la protection et de l'indemnisation méritent d'être examinées. En ce qui concerne le chapitre V du rapport à l'examen, sur les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes, l'orateur fait sienne l'analyse du Rapporteur spécial qui figure aux paragraphes 203 et suivants du rapport en ce qui concerne l'importance d'éviter un libellé trop général susceptible d'affaiblir le projet d'articles. M. Saboia appuie donc le texte du projet d'article 15.

65. M. Saboia appuie également le texte du projet d'article 16, qui interdit les clauses autorisant des dérogations au bénéfice des États fédéraux. Le paragraphe 208 du rapport peut toutefois être interprété comme ouvrant la possibilité de réserves à cet article. Au chapitre X, sur les clauses finales, le Rapporteur spécial, bien que neutre en apparence sur les options envisageables, préconise en fait de ne pas inclure de clause relative aux réserves. Pour M. Saboia, il s'agirait là d'une grave erreur. Au XXI^e siècle, alors que des efforts sont faits pour élargir l'interdiction et la répression de crimes tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, on peut se demander quel serait l'objet d'une convention qui laisse la porte ouverte à des réserves de toute sorte. L'orateur dit qu'il est donc favorable à un projet d'article interdisant les réserves.

66. En ce qui concerne le chapitre VII du rapport, l'examen des mécanismes de suivi existants et possibles qui y figurent est utile. Le Rapporteur spécial a des arguments pertinents au sujet des facteurs pouvant influencer le choix de tel ou tel mécanisme, mettant l'accent sur la disponibilité des ressources et la relation éventuelle avec des mécanismes existants. M. Saboia souscrit à la suggestion de créer un mécanisme de suivi pour la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en même temps que pour la future convention contre les crimes contre l'humanité. S'il comprend qu'il peut être nécessaire d'ajourner l'examen de cette question, il est convaincu qu'une future convention n'atteindra pas son but si aucun moyen n'est prévu pour en surveiller le respect et signaler assez tôt les situations préoccupantes. Il fait siennes les observations de M. Hmoud à cet égard. La convention doit être un instrument vivant, permettant un échange d'informations entre les organes compétents pour connaître des situations graves dans lesquelles des violations flagrantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire risquent de dégénérer en crimes contre l'humanité. Bien entendu, les doubles emplois avec d'autres organes et les structures trop ambitieuses doivent être évités. Le mécanisme et la structure choisis devraient si possible fonctionner sous l'égide d'une organisation multilatérale existante.

67. S'agissant du chapitre VIII, relatif aux autres questions, l'orateur pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition distincte incriminant la dissimulation de crime contre l'humanité. Par contre, il ne partage pas l'opinion du Rapporteur spécial concernant l'immunité. Il est regrettable que, lorsqu'il a analysé cette question, le Rapporteur spécial n'ait pas tenu dûment compte de deux textes importants élaborés par la Commission à la demande de l'Assemblée générale et qui ont pratiquement fait entrer le droit pénal international dans une nouvelle ère. Le premier est constitué par les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[60] (Principes de Nuremberg), dont le principe III stipule que « [l]e fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international ». Le second est constitué par le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[61], dont l'article 7 dispose que « [l]a 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 peine[62] ». L'article 8 stipule quant à lui que « [s]ans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale[63] », chaque État partie est tenu d'établir sa compétence pour connaître des crimes visés dans le projet de code. M. Saboia dit que, s'il comprend la nécessité d'éviter les chevauchements avec d'autres sujets dont la Commission est saisie, la question n'est pas en l'occurrence celle de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État mais bien celle de l'obligation de chaque État partie d'établir sa compétence vis-à-vis de toutes les personnes relevant de sa juridiction et d'exercer cette compétence quelle que soit la qualité officielle de celles-ci. Une convention sur les crimes contre l'humanité ne devrait contenir aucune disposition susceptible d'être interprétée comme admettant, même implicitement, une exonération de responsabilité à raison de la qualité officielle, car cela ouvrirait la porte à l'impunité, compromettrait la crédibilité de la convention et nuirait à la Cour pénale internationale. M. Saboia pense donc comme d'autres membres que la Commission peut envisager une disposition comparable à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Les amnisties, qui constituent une question controversée, ne devraient pas être autorisées en ce qui concerne les crimes contre l'humanité et autres principaux crimes de droit international. L'orateur indique que, sous réserve des observations qu'il a faites, il appuie le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

68. M^me LEHTO dit qu'elle se joint aux autres membres pour remercier le Rapporteur spécial de son troisième rapport, document exhaustif qui fournit une base solide pour le débat de la Commission. Si la longueur de ce rapport a suscité des observations, elle peut être justifiée dans la mesure où, pour que les travaux sur le sujet puissent être rapidement achevés, tous les projets d'article restants et les questions connexes à examiner devaient y figurer. La Commission a clairement intérêt à mener rapidement à bien ses travaux sur le sujet des crimes contre l'humanité pour plusieurs raisons.

---

[60] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[61] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

[62] Ibid., p. 27.

[63] Ibid., p. 28.

69. Premièrement, le sujet revêt une grande importance pratique. Une future convention adoptée sur la base du projet d'articles facilitera la coopération interétatique en matière pénale en vue de garantir que les crimes contre l'humanité fassent l'objet d'enquêtes et que leurs auteurs soient poursuivis. Elle offrira également des outils pratiques d'application du principe de complémentarité consacré dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Deuxièmement, la nécessité urgente d'une telle convention a été largement reconnue, et les gouvernements, organisations internationales, organes conventionnels, organisations de la société civile et publicistes suivent les travaux de la Commission sur le sujet avec un vif intérêt. Troisièmement, comme on peut considérer que les questions les plus délicates ont déjà été examinées en relation avec les projets d'article présentés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial[64], et que les dispositions restantes sont dans une large mesure des dispositions types pour lesquelles les précédents sont nombreux, établir deux rapports qui auraient été examinés sur deux années successives n'aurait pas été l'idéal. L'ambition du Rapporteur spécial, à savoir achever la première lecture à la session en cours, est donc louable.

70. Cela ne veut pas dire que les projets d'article proposés ne doivent pas être examinés avec soin, mais il ne faut pas oublier que le réseau de conventions internationales de droit pénal en est venu depuis trois décennies à constituer un corpus de droit important. Ces instruments contiennent pour la plupart des dispositions et formulations types dont la teneur est en substance similaire. Les procédures d'extradition et d'entraide judiciaire, en particulier, se sont développées et affinées de cette manière par accumulation progressive. Certes, cela n'empêche pas la Commission de modifier et d'améliorer le texte des projets d'article, et elle doit s'efforcer d'aboutir au meilleur résultat possible.

71. S'agissant de la méthodologie, Mme Lehto pense qu'il est légitime de se référer aux conventions de droit pénal pertinentes et d'en utiliser, moyennant les modifications nécessaires, les dispositions et formulations qui servent le mieux les objectifs du projet d'articles. L'ajout dans les commentaires d'exemples de la pratique des États, proposé par certains membres, serait utile, mais une analyse approfondie de la pratique des États n'est pas nécessaire.

72. En ce qui concerne les projets d'article proposés dans le rapport, on a noté que les projets d'articles 11 et 13, en particulier, avaient été calqués sur les dispositions correspondantes de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais nombre de leurs paragraphes sont des dispositions types figurant dans plusieurs autres conventions. L'oratrice pense comme le Rapporteur spécial qu'il n'y a aucune raison d'énoncer une condition de double incrimination dans le projet d'article 11 et souscrit à l'affirmation, faite au paragraphe 32 du rapport, selon laquelle lorsqu'un État adresse une demande d'extradition à un autre État pour une infraction visée dans le projet d'article 5, l'infraction est criminelle dans les deux États et la condition de double incrimination est donc « automatiquement remplie ». On a proposé de renvoyer, au paragraphe 1 du projet d'article 11, aux crimes définis dans le projet d'article 3 et non aux régimes de responsabilité prévus dans le projet d'article 5. S'il est vrai que les paragraphes 1, 2, 3, 7 et 8 du projet d'article 11 doivent renvoyer au projet d'article 3, il n'est pas sûr qu'ils doivent y renvoyer exclusivement.

73. Dans des conventions existantes comme la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, les dispositions relatives à l'extradition visent à la fois les infractions principales et les infractions accessoires, alors que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées vise uniquement « l'infraction ». Bien qu'il puisse y avoir d'autres conventions dans lesquelles seule une série d'infractions est mentionnée, en visant à la fois le projet d'article 3 et le projet d'article 5 la Commission ne laisserait aucune place à des interprétations conflictuelles.

74. Étant donné la gravité des crimes contre l'humanité et l'approche suivie dans les conventions répressives traitant de crimes graves adoptées récemment sous les auspices des Nations Unies, l'oratrice appuie l'exclusion de l'exception d'infraction politique au paragraphe 2 du projet d'article 11. Dans le même temps, il est clair que selon la pratique actuelle, l'interdiction de l'exception d'infraction politique doit avoir pour corollaire la clause dite de non-discrimination protégeant les personnes dont l'extradition est demandée contre les persécutions.

75. Mme Lehto dit qu'elle pense également qu'il faut revoir la formulation, au paragraphe 11 du projet d'article 11, de la clause interdisant la discrimination, car la liste des motifs prohibés a été élaborée il y a plusieurs décennies et ne comprend peut-être pas tous ceux reconnus en droit international contemporain. Elle appuie donc la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter les mots « ou de son appartenance à un certain groupe social » ou une formule comparable à la liste des motifs. La formule la plus appropriée pourra être déterminée par le Comité de rédaction. La référence au droit interne, au paragraphe 6 du projet d'article 11, a un caractère trop général, car elle permet aux États de refuser l'extradition pour des motifs inappropriés s'agissant des crimes contre l'humanité. Il serait utile de faire figurer dans ce paragraphe une référence générale aux conditions qui ne sont pas admissibles comme motifs de refus et de les énumérer dans le commentaire. L'existence de la peine capitale comme motif de refus reconnu dans de nombreux pays devrait également être mentionnée.

76. Mme Lehto appuie pleinement l'énoncé du principe du non-refoulement au projet d'article 12. Il serait toutefois souhaitable de se demander si ce principe doit s'appliquer uniquement aux crimes contre l'humanité ou également à d'autres violations graves des droits de l'homme. Les références au territoire peuvent être supprimées dans les deux paragraphes de ce projet d'article, qui ne mentionneraient plus que la juridiction.

77. Il est exact que le projet d'article 13 est remarquable par son degré de détail. Dans le même temps, ses dispositions fournissent aux États souhaitant exercer leur compétence à l'égard des crimes contre l'humanité des

[64] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/690.

outils utiles. Une certaine rationalisation est peut-être nécessaire, mais il faut se garder de le modifier en bloc. La question de savoir si les dispositions détaillées doivent figurer dans une annexe de la convention est une question distincte, qui pour l'oratrice mérite d'être examinée.

78. Le projet d'article 14 est conforme à l'évolution récente du droit pénal international, qui reflète un souci croissant du sort des victimes de la criminalité violente et de la sécurité des témoins. Pour citer l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime : « Les États ont la responsabilité de respecter les droits fondamentaux des victimes, d'aider celles-ci en fonction de leurs besoins particuliers et de les protéger. Tous les systèmes de justice pénale doivent mettre en place des procédures propres à protéger les personnes, et les proches de personnes, qui du fait de leur coopération avec la justice dans le cadre d'une enquête ou de poursuites risquent de subir un préjudice corporel ou moral grave[65]. » L'oratrice tient donc à remercier le Rapporteur spécial d'avoir élaboré une disposition sur les victimes, témoins et autres personnes.

79. Le libellé du projet d'article 14 devrait être davantage aligné sur celui des dispositions correspondantes de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, en premier lieu le paragraphe 1 de l'article 24 de celle-ci, qui contient, aux fins de la Convention, une définition du terme « victime » qui englobe toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée. Comme l'a souligné un autre membre, laisser les États décider qui doit bénéficier d'une protection risque d'entraîner l'utilisation de définitions très étroites ou la mise en œuvre de politiques sélectives excluant certains groupes et en favorisant d'autres. L'oratrice propose en outre d'aligner l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 14 sur le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui énonce l'obligation d'enquêter sur les plaintes. Quant à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 14, l'oratrice souscrit à la proposition tendant à ce que de plus larges mesures soient prévues pour protéger le bien-être psychologique, la vie privée et la dignité des victimes et des témoins. Elle souscrit également à l'idée qu'il importe d'accorder une attention particulière à la protection des victimes de violences sexuelles et sexistes et des enfants victimes de crimes internationaux, car ces deux groupes sont dans une situation particulièrement vulnérable.

80. Concernant le paragraphe 3 du projet d'article 14, les paragraphes 4 et 5 de l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contiennent, sur la réparation, y compris l'indemnisation, des dispositions susceptibles de répondre à certaines préoccupations exprimées au cours du débat. Le paragraphe 4 de l'article 24 dispose que « [t]out État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'une disparition forcée le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate », et le paragraphe 5 énumère les différentes formes de réparation pouvant être accordées le cas échéant, et précise que le droit d'obtenir réparation couvre les dommages matériels et moraux.

81. M^me^ Lehto appuie le projet d'article 15 ainsi que la proposition tendant à préciser, dans le commentaire y relatif, que les juridictions pénales internationales compétentes doivent satisfaire à certains critères fondamentaux, ce afin de se prémunir contre de futures « entités inconnues » mentionnées par un membre. Elle appuie également le projet d'article 16 et se félicite de l'analyse approfondie des mécanismes de suivi présentée dans le chapitre VII du rapport. Elle ne s'opposerait pas à ce que le Rapporteur spécial exprime une préférence ou propose une clause type en la matière, comme il l'a fait au chapitre X pour les réserves. Elle appuie l'inclusion du projet d'article 17 et estime que la proposition tendant à renforcer la place accordée au règlement judiciaire n'est pas sans mérite.

82. Concernant le chapitre VIII du rapport, l'oratrice souscrit à la proposition de ne pas traiter de la dissimulation et de l'immunité dans le projet d'articles pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial ; elle appuie par contre la proposition d'élaborer une disposition sur l'obligation des États parties d'exercer leur compétence à l'égard de toutes les personnes physiques relevant de leur juridiction, quelle que soit leur qualité officielle. La question de l'amnistie mérite quant à elle un examen plus poussé.

83. En ce qui concerne le chapitre IX, l'oratrice se félicite de ce que le projet de préambule ne soit pas indûment long et convient que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale doivent à l'évidence être pris comme modèles. Elle n'en entretient pas moins des réserves au sujet des deux derniers alinéas, sur la menace ou l'emploi de la force et sur l'intervention dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État. On voit mal comment ces paragraphes concernent la substance du projet d'articles en tant que dispositif d'une future convention. M^me^ Lehto souhaite également que le Statut de Rome soit visé dans le préambule.

84. L'analyse de la question des réserves au chapitre X, assortie d'une disposition type, aidera les États si ceux-ci décident de négocier une convention sur la base du projet d'articles. M^me^ Lehto indique toutefois qu'elle ne partage pas le scepticisme du Rapporteur spécial en ce qui concerne l'interdiction des réserves. Le Statut de Rome est en ce sens un modèle approprié pour une future convention sur les crimes contre l'humanité, mais il faut se féliciter des nombreuses garanties que le Rapporteur spécial a fait figurer dans sa clause type. En conclusion, elle appuie le renvoi du projet d'articles au Comité de rédaction.

85. M. AL-MARRI remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, document exhaustif qui examine diverses questions clefs et propose d'excellents projets d'article.

86. L'orateur indique qu'ayant présidé la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, il est très conscient du lien, souligné par le Rapporteur spécial, que le projet d'articles entretient avec cette convention, en particulier en ce qui concerne l'extradition et l'entraide judiciaire. De fait, le projet

[65] Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, « Victim assistance and witness protection », disponible à l'adresse suivante : www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/witness-protection.html (en anglais seulement).

d'article sur l'extradition reprend largement l'article 44 de la Convention.

87. Il est impératif de renforcer la coopération internationale pour accélérer l'engagement de poursuites contre les auteurs de crimes contre l'humanité. L'orateur se félicite que l'exception d'infraction politique, également envisagée à l'article 44 de la Convention, soit mentionnée dans le rapport.

88. M. Al-Marri indique qu'en sa qualité de procureur ayant l'habitude de connaître d'infractions graves il attache beaucoup de prix aux dispositions proposées dans le rapport, et qu'en sa qualité de juriste spécialisé dans la lutte contre la corruption il sait gré à l'Organisation des Nations Unies et à d'autres acteurs d'avoir consacré d'importantes ressources humaines et financières au renforcement des capacités des pays qui en ont le plus besoin.

89. L'orateur dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'il n'est nul besoin d'énoncer une condition de double incrimination dans le projet d'article sur l'extradition. De plus, s'il est utile de tirer parti de l'expérience acquise dans l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, la différence de nature existant entre la corruption et les crimes contre l'humanité fait que, ainsi que le reconnaît le Rapporteur spécial, les dispositions de la Convention ne sauraient être reprises telles quelles.

90. Puisque accéder aux demandes d'extradition et d'entraide judiciaire dépend largement de la volonté politique, les considérations de nature politique sont un facteur majeur qu'il convient d'avoir à l'esprit. La question du non-refoulement est complexe, et M. Al-Marri engage la Commission à revoir le projet d'article 12 pour s'assurer de sa compatibilité avec le projet d'article 11.

91. Le projet d'article 17, relatif au règlement des différends interétatiques, est quelque peu prématuré et devrait être examiné à un stade ultérieur. L'orateur pense comme le Rapporteur spécial que le projet d'articles doit être achevé rapidement et que, même si cela doit s'avérer difficile, la première lecture devrait être menée à bien à la session en cours.

92. Les crimes contre l'humanité doivent être envisagés en relation avec d'autres crimes graves, et la Commission devrait donner des indications aux États et autres acteurs pouvant être réticents à punir les auteurs de tels crimes. Enfin, la Commission devrait pour le moment s'attacher à renforcer la juridiction territoriale, et non la juridiction universelle.

La séance est levée à 13 h 5.

3352e SÉANCE

Vendredi 5 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704).

2. M. RUDA SANTOLARIA, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport, dit qu'il estime, comme M. Park et Mme Escobar Hernández, que les projets d'articles 11 et 13, qui renvoient au projet d'article 5[66], devraient aussi renvoyer au projet d'article 3[67], qui reproduit presque mot pour mot la définition des crimes contre l'humanité figurant à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. De plus, comme M. Park, il considère que le projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, devrait prendre la forme d'un protocole.

3. S'agissant du projet d'article 14, il semble légitime de tenir compte de la situation des victimes, témoins et autres personnes, et de souligner la nécessité de protéger les plaignants, les témoins, leurs proches et leurs représentants, ainsi que les autres personnes participant à des procédures relevant du projet d'articles. L'orateur appuie le projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, mais indique qu'il préférerait que les mots « sans limitation ni exception aucune » n'y figurent pas, car ils risquent d'induire en erreur quant au champ d'application territoriale des obligations de ces États.

4. M. Ruda Santolaria dit qu'il n'appuie pas le texte proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 17. En effet, étant donné la nature de la matière de la future convention et la manière dont la question du règlement des différends est envisagée dans d'autres traités relatifs à des crimes internationaux, notamment le génocide et l'apartheid, la Commission devrait adopter un texte associant des éléments de l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et des éléments de l'article XII de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid. Dans le même esprit, les différends relatifs à l'interprétation ou l'application du projet d'articles pourraient initialement faire l'objet de négociations entre les États concernés, mais en l'absence de règlement dans un délai de six mois ou tout autre délai raisonnable convenu par les parties, l'une ou l'autre devrait pouvoir porter le différend devant la Cour internationale de Justice.

---

[66] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

[67] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 (projet d'article 3).

5. L'orateur dit qu'il souscrit pleinement aux observations concernant l'immunité faites par M^me^ Escobar Hernández et M. Murase. Bien qu'il soit effectivement nécessaire d'éviter d'empiéter sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et de ne pas préjuger le résultat des travaux de la Commission à cet égard, ne pas tenir compte des dispositions de traités intrinsèquement liés à la future convention risque d'être perçu comme un pas en arrière. Il conviendrait donc, ainsi que l'a proposé M. Murase, d'inclure dans le projet d'articles une disposition comparable à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

6. S'agissant de la question de l'amnistie, une disposition interdisant les amnisties générales devrait figurer dans le projet d'articles. À cet égard, il convient de distinguer entre, d'une part, les situations de justice transitionnelle, dans lesquelles une amnistie peut être envisagée pour certaines infractions dans le cadre d'un processus de réconciliation au sortir d'un conflit et, de l'autre, celles dans lesquelles des crimes atroces, comme les crimes contre l'humanité, qui ne doivent jamais rester impunis, ont été commis. Dans le cadre de son analyse de la question de l'amnistie, le Rapporteur spécial a à juste titre qualifié l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Barrios Altos c. Pérou* d'arrêt « qui a fait date ». À cet égard, il convient de noter qu'au paragraphe 44 de son arrêt sur le fond, en date du 14 mars 2001, la Cour a souligné l'incompatibilité manifeste existant entre les lois d'auto-amnistie et la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » et a conclu que ces lois n'avaient aucun effet juridique et ne pouvaient constituer un obstacle aux investigations des faits de cette affaire, à l'identification des responsables et à leur châtiment. Ne pas interdire expressément les amnisties générales dans le projet d'articles irait à l'encontre des deux principaux objectifs de la future convention, à savoir prévenir et réprimer les crimes contre l'humanité. Il est à craindre que, si de telles amnisties sont autorisées, d'autres personnes dans les pays concernés ou d'autres pays ne supposent que les responsables d'atrocités ne sont pas toujours punis et s'efforcent de s'exonérer de leur responsabilité au moyen de lois ou d'accords « sur mesure ».

7. Enfin, la future convention sur les crimes contre l'humanité devrait interdire les réserves, comme le fait l'article 120 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Bien qu'une telle disposition risque de dissuader certains États de devenir parties à la convention ainsi que l'a noté le Rapporteur spécial, elle présenterait l'avantage de ne pas affaiblir les normes du Statut de Rome.

8. Sir Michael WOOD remercie le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport qui, comme les précédents[68], est clair et exhaustif, et cite de nombreux précédents à l'appui du projet d'articles proposé. Ce rapport est long, mais cela était inévitable dès lors que la Commission avait engagé le Rapporteur spécial à lui fournir les éléments nécessaires pour qu'elle puisse achever une première lecture à la session en cours. Il espère que la Commission réalisera cet objectif, qui représenterait un résultat remarquable pour la première année du quinquennat. Il tient de plus, comme M. Hassouna, à féliciter le Rapporteur spécial pour ses nombreux efforts de sensibilisation.

9. À la session en cours, M. Murase s'est une nouvelle fois demandé si le sujet relevait du mandat de la Commission et, comme l'a relevé M. Kolodkin, a dit des choses curieuses au sujet du droit international coutumier. M. Tladi a de nouveau exposé son opinion sur la portée du sujet. Sir Michael Wood rappelle qu'à la session précédente, il a déjà expliqué pourquoi il considère que cette opinion est erronée. Comme M^me^ Lehto, il juge que l'approche générale adoptée est la bonne ; il ne répétera pas ce qu'il a déjà dit à ce sujet.

10. Sir Michael Wood dit que, prenant la parole alors que le débat est déjà bien avancé et que de nombreuses observations ont déjà été faites, il sera relativement bref. Il souscrit pratiquement à tout ce qu'a dit M. Kolodkin. La Commission doit trouver l'équilibre entre un projet d'articles couvrant toutes les questions imaginables dans tous leurs aspects et un texte concis et direct que les États jugent compréhensible, utile et efficace et qu'ils pourront, il faut l'espérer, accepter et ratifier facilement. L'orateur dit qu'il demeure convaincu que, pour que le plus grand nombre d'États deviennent parties à une éventuelle convention sur le sujet, il importe que le projet continue d'être axé sur les principales dispositions de droit pénal, à savoir celles relatives à l'incrimination et à l'établissement de la compétence en droit interne, à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites, et à l'extradition ou la remise des suspects.

11. Toute autre disposition risque de détourner l'attention de ces dispositions fondamentales et de dissuader certains États de devenir parties à la future convention. L'orateur dit qu'il n'aurait pas quant à lui proposé un projet d'article sur les obligations des États fédéraux ni sur les relations avec les juridictions pénales internationales. La Commission ne devrait pas non plus, dans le cadre du sujet, envisager des questions telles que l'immunité, l'amnistie ou la conduite à tenir en cas de demandes d'extradition concurrentes. Elle risquerait ce faisant de rendre le projet inacceptable pour bon nombre d'États et de priver ses travaux de toute efficacité. La Commission doit veiller à ne pas surcharger le projet en traitant de questions qu'il n'est pas strictement nécessaire d'envisager et dont l'inclusion risque de faire obstacle au consensus entre les États.

12. En ce qui concerne l'amnistie en particulier, l'orateur dit qu'il partage la préoccupation exprimée par M. Kolodkin à la séance précédente. Il doute que la Commission puisse prévoir toutes les situations complexes susceptibles d'exister à l'avenir dans le contexte des crimes contre l'humanité et dans lesquelles les États peuvent estimer qu'une amnistie est nécessaire pour assurer une transition sans heurts. Il n'est pas persuadé que la Commission doive prier le Secrétariat d'élaborer une étude sur cette question complexe et largement politique.

13. Le Rapporteur spécial propose, sur l'extradition et l'entraide judiciaire, de très longues dispositions calquées

[68] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/680 (premier rapport) ; et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/690 (deuxième rapport).

sur des textes établis par des spécialistes du droit pénal en ce qui concerne des infractions précises, pour la plupart économiques. L'orateur dit que, tout en gardant l'esprit ouvert face à ces propositions, il préférerait que la Commission adopte la version concise de ces articles et continue d'axer le texte sur la disposition fondamentale *aut dedere aut judicare*.

14. L'orateur dit qu'il souscrit aux observations de M. Reinisch sur le projet d'article 17, relatif au règlement des différends interétatiques. Comme d'autres membres, il ne voit pas la nécessité de faire d'une tentative d'arbitrage une condition préalable à la saisine de la Cour internationale de Justice. Cette condition préalable est certes prévue dans certaines conventions déjà anciennes, mais elle n'est guère appropriée dans le cadre d'une nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité. La proposition de M. Kolodkin de s'inspirer de l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est intéressante et pourra être examinée par le Comité de rédaction.

15. Sir Michael Wood dit qu'il a de nombreuses observations détaillées à faire sur nombre des textes proposés par le Rapporteur spécial à la session en cours et qu'il a pris note des nombreuses suggestions utiles faites par d'autres durant le débat, par exemple la proposition de Mme Lehto concernant les deux derniers paragraphes du projet de préambule, et celles faites par Amnesty International dans son commentaire réfléchi[69], qui seront sans aucun doute utiles à la Commission dans la poursuite de ses travaux. Il s'agit là de questions pouvant être examinées au Comité de rédaction.

16. L'orateur dit qu'il peut accepter que tous les projets d'article proposés dans le rapport soient renvoyés au Comité de rédaction bien que, comme d'autres, il ne voit pas la nécessité des projets d'articles 15 et 16 et invite donc le Rapporteur spécial à se demander s'ils doivent effectivement être renvoyés au Comité de rédaction.

17. Mme GALVÃO TELES dit qu'elle remercie le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport, pour la présentation exhaustive qu'il en a faite oralement et, plus généralement, pour ses nombreux efforts de sensibilisation qui, avec les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission, ont confirmé l'extrême importance du sujet. Une convention contre les crimes contre l'humanité constituerait un élément fondamental du dispositif que la communauté internationale est en train de mettre en place pour amener les auteurs des crimes internationaux les plus graves à rendre des comptes et pour lutter contre l'impunité.

18. Le projet d'article 11 institue, en matière d'extradition, un régime détaillé qui s'inspire dans une large mesure de divers instruments existants mais peut néanmoins être amélioré. Par exemple, il n'énonce pas les critères applicables en cas de demandes d'extradition concurrentes alors que de tels critères seraient utiles, comme l'ont noté M. Hassouna, M. Jalloh et M. Tladi. L'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis est peut-être le mieux placé pour mener une enquête, comme l'ont fait observer M. Murase et d'autres, mais d'autres critères peuvent aussi être pertinents. Dans son projet de convention internationale sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité[70], l'Initiative sur les crimes contre l'humanité, du Whitney R. Harris World Law Institute, propose, sans les hiérarchiser, des critères susceptibles d'être pris en considération pour assigner un ordre de priorité aux demandes d'extradition concurrentes. Ces critères sont le territoire où les crimes ont été commis, la nationalité de leur auteur, la nationalité des victimes et l'État qui est probablement le mieux à même d'engager efficacement des poursuites avec le maximum d'équité et d'impartialité.

19. S'agissant du paragraphe 6 du projet d'article 11, étant donné la nature des crimes et les peines dont ils sont passibles, il serait préférable, comme l'ont dit certains membres, de ne pas viser la peine minimale requise en droit interne et de mettre l'accent sur les motifs, prévus dans de nombreux systèmes juridiques, pour lesquels des États peuvent refuser l'extradition, par exemple le risque que la peine de mort soit prononcée dans l'État requérant. La pratique de nombreux États en la matière devrait au moins être mentionnée dans le commentaire.

20. Quant à l'extradition par un État de ses ressortissants, envisagée aux paragraphes 9 et 10 du projet d'article 11, il semblerait nécessaire, comme l'a noté Mme Escobar Hernández, d'ajouter une disposition indiquant que, même si un État ne peut pas extrader ses ressortissants ou ne les extrade pas, il est tenu d'engager des poursuites en exécution de l'obligation *aut dedere aut judicare* énoncée au projet d'article 9.

21. Le projet d'article 12, relatif au non-refoulement, est une disposition très importante mais elle devrait venir plus tôt dans le texte, peut-être après le projet d'article 4[71], relatif à l'obligation de prévention, auquel elle est étroitement liée, comme le reconnaît le Rapporteur spécial au paragraphe 97 de son rapport. Bien que l'expression « risque d'être victime d'un crime contre l'humanité » suive de près la formule utilisée dans certaines conventions internationales et par des juridictions internationales, la présence dans les commentaires du projet d'articles des explications et de l'exposé de la pratique sur la manière dont ce risque doit être évalué figurant aux paragraphes 100 à 105 du rapport aiderait les États à déterminer ce qui constitue un tel risque.

22. En ce qui concerne le projet d'article 13, un article « concis » ménagerait davantage de souplesse, ainsi que l'ont noté M. Hassouna et M. Kolodkin, et serait mieux adapté aux crimes contre l'humanité que l'actuel article « détaillé », qui est calqué sur la disposition correspondante de la Convention des Nations Unies contre la corruption. En son état actuel, le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité risque de devenir un projet d'articles sur l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes

[69] Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2017.

[70] Texte disponible sur le site Web du Whitney R. Harris World Law Institute, à l'adresse suivante : https://sites.law.wustl.edu/WashULaw/crimesagainsthumanity/convention-text/.

[71] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 50 (projet d'article 4).

contre l'humanité. De plus, le « minitraité d'entraide judiciaire » en matière de crimes contre l'humanité semble conceptualiser un déséquilibre procédural par rapport au régime applicable au génocide et aux crimes de guerre, ce qui risque en outre de compliquer les poursuites au plan interne quand une même affaire concerne différents crimes. Bien qu'elle comprenne qu'il puisse être utile de donner aux États des indications détaillées et précises quant à leurs obligations juridiques, l'oratrice propose, à titre de solution de compromis, de conserver les principales obligations en matière d'entraide judiciaire − par exemple l'obligation générale de coopérer − dans le projet d'articles et de faire figurer les dispositions « détaillées » de caractère plus technique et procédural dans un protocole ou une annexe, comme l'ont suggéré M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Lehto et M. Park.

23. L'existence du projet d'article 14, relatif aux victimes, témoins et autres personnes, est justifiée par le développement du droit pénal international durant les dernières décennies. Toutefois, la définition du terme « victime » pose des difficultés. Si la Commission devait accepter la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 168 de son rapport de laisser aux États le soin de déterminer le type de personnes pouvant être qualifiées de victimes d'un crime contre l'humanité, le commentaire devrait néanmoins donner des indications à cet égard, et les exemples et recommandations figurant dans les commentaires d'Amnesty International sur le troisième rapport du Rapporteur spécial pourraient être utiles à cette fin. Pourrait également être utile la recommandation d'Amnesty International de remanier le projet d'article 14 afin de clarifier les obligations des États de protéger les personnes qui courent un risque du fait d'enquêtes et de poursuites concernant des crimes contre l'humanité, et de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour assurer leur sécurité physique, leur bien-être psychologique, leur dignité et le respect de leur vie privée[72]. Enfin, il conviendrait de préciser que la liste des formes de réparation figurant au paragraphe 3 du projet d'article 14 n'est pas exhaustive.

24. Le projet d'article 15, à la différence de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies et du paragraphe 3 de l'article XVI de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, cités par le Rapporteur spécial au paragraphe 200 du rapport à l'examen, fait prévaloir des instruments extérieurs − existants ou futurs − en cas de conflit entre les droits ou obligations d'un État au titre du projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'acte constitutif d'une juridiction internationale compétente. De nombreux membres ont appuyé cette disposition, mais d'autres ont exprimé des doutes ou proposé de la supprimer. Pour l'oratrice, si la Commission conserve ce projet d'article, il sera nécessaire de le modifier pour préciser que certaines conditions doivent être remplies, peut-être dans le sens suggéré par M^me^ Escobar Hernández ou M. Hassouna ou par une référence à l'application des principes généraux, comme l'a proposé M. Hmoud.

25. Le projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, ne semble pas nécessaire eu égard à l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'oratrice dit qu'elle est néanmoins prête à l'accepter compte tenu du fait qu'ainsi qu'il est indiqué au chapitre VI du rapport, il existe des précédents dans d'autres conventions et qu'une telle disposition peut répondre au besoin concret de faire en sorte que les obligations découlant d'une future convention lient les États à l'égard de la totalité de leur territoire.

26. En ce qui concerne le projet d'article 17, l'oratrice dit qu'elle partage l'opinion des membres, comme M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Lehto et M. Tladi, qui ont préconisé l'adoption d'une disposition prévoyant le renvoi des différends à la Cour internationale de Justice comparable à celle qui figure dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Elle souligne la pertinence de la suggestion de M. Reinisch tendant à ce que, à l'instar d'autres conventions contenant des dispositions relatives au règlement des différends comparables à celle proposée par le Rapporteur spécial, le projet d'article définisse un délai pour les négociations. Cela dit, la Commission doit encore décider si elle doit proposer une disposition relative au règlement des différends, car les dispositions en la matière figurent généralement dans les clauses finales qu'il incombe habituellement aux États de négocier, comme l'a à juste titre indiqué le Rapporteur spécial.

27. Faisant écho à des observations d'autres membres de la Commission, l'oratrice relève que, dans le projet de préambule qu'il propose, le Rapporteur spécial a peut-être trop repris le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le Comité de rédaction devrait réviser avec soin le texte proposé afin qu'il soit davantage axé sur les crimes contre l'humanité et les dispositions du projet d'articles. L'oratrice dit qu'elle appuie la proposition d'autres orateurs tendant à ce que le projet de préambule renvoie au Statut de Rome ou au moins à l'article 7 de celui-ci, qui concerne les crimes contre l'humanité.

28. La question de savoir si la future convention sur les crimes contre l'humanité doit être assortie d'un mécanisme de suivi appelle peut-être une analyse plus poussée. L'oratrice dit qu'elle a le sentiment que, dans le domaine du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, il existe actuellement une « lassitude générale des mécanismes de suivi », ce qui donne à penser qu'il faut être prudent en la matière si l'on veut maintenir l'élan positif en faveur d'une convention. La solution relève d'une décision politique qu'il incombe aux États de prendre, peut-être ultérieurement, compte tenu de considérations plus larges, par exemple la mise en place simultanée d'un mécanisme de suivi et pour la future convention et pour la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

29. L'oratrice dit que, bien qu'elle puisse comprendre que le Rapporteur spécial estime que le projet d'articles ne devrait pas contenir de disposition sur les immunités, elle pense comme plusieurs autres membres de la Commission qu'un projet d'articles destiné à devenir une convention contre les crimes contre l'humanité ne peut être muet sur la question de la non-pertinence de la qualité officielle s'agissant de déterminer la responsabilité pénale individuelle du chef de crimes contre l'humanité. Une disposition pourrait être élaborée sur le modèle du

[72] Voir Amnesty International, *Commission du droit international : commentaires sur le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité* (note 69 *supra*), chap. IV, p. 24.

paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome, qui dispose que le Statut « s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle ». Le principe exprimé à l'article 27, qui a son origine dans le Statut du Tribunal militaire international[73] (Statut du Tribunal de Nuremberg) et le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient[74], est une pierre angulaire du régime applicable aux crimes contre l'humanité et devrait être consacré dans la future convention.

30. C'est aux États qu'il devrait incomber de décider si la future convention doit ou non autoriser les réserves, pour les raisons déjà exposées en ce qui concerne le mécanisme de règlement des différends. L'oratrice dit qu'elle souscrit donc à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial en la matière et juge utile la liste des options présentée aux paragraphes 321 à 326 du rapport à l'examen. Toutefois, précisément parce qu'une telle liste lui a été présentée, la Commission devrait donner des indications quant aux réserves pouvant ou ne pouvant pas être autorisées. Pour l'oratrice, aucune réserve ne devrait en principe être autorisée, si ce n'est à la future convention au moins à certaines dispositions fondamentales de l'actuel projet d'articles, comme celles concernant l'obligation générale de prévention et de répression, la définition des crimes contre l'humanité, l'obligation de non-refoulement, l'incrimination en droit interne, l'établissement de la compétence nationale et l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

31. En conclusion, Mme Galvão Teles dit qu'elle est favorable au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction et souscrit à l'objectif du Rapporteur spécial d'achever une première lecture du projet d'articles à la session en cours. Néanmoins, étant donné le caractère exhaustif des propositions figurant dans le troisième rapport et la richesse du débat en cours, elle ne s'opposerait pas à ce que la Commission se donne si nécessaire un délai supplémentaire pour achever la première lecture car, compte tenu de l'importance du sujet, l'objectif commun des membres de la Commission doit être d'élaborer le meilleur instrument juridique possible.

32. M. PETER dit que, si le préambule d'un texte n'est pas juridiquement exécutoire, il est important dans la mesure où il traduit l'esprit de l'instrument et fournit donc des indications à ceux qui sont appelés à l'appliquer. Or le projet de préambule proposé par le Rapporteur spécial est dans une large mesure étranger à la future convention sur les crimes contre l'humanité, comme l'ont noté certains membres. Il faudrait donc le reformuler − par exemple, en y ajoutant une référence au principe de la compétence universelle − afin qu'il rende mieux compte de l'objectif premier de la convention elle-même, à savoir combattre l'impunité des crimes contre l'humanité.

33. Bien que le Rapporteur spécial ait analysé le principe de la compétence universelle dans son deuxième rapport, cette analyse n'a pas débouché sur une proposition concrète, bien qu'il ait été vigoureusement encouragé à formuler une telle proposition. Le principe en question a été invoqué en plusieurs occasions lorsque des mandats d'arrêt ont été décernés contre des dirigeants politiques, en particulier de pays africains. De plus, dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial exhorte les États à adopter des lois sur les crimes contre l'humanité ; or l'Afrique a, dès 2012, adopté la loi nationale type de l'Union africaine sur la compétence universelle en matière de crimes internationaux[75]. La Commission devrait tenir compte de telles évolutions au lieu d'essayer de réinventer la roue. Notant qu'il n'y a qu'une référence à la compétence universelle dans le rapport à l'examen, l'orateur engage le Rapporteur spécial à garder l'esprit ouvert à cet égard et rappelle que, lors du débat à la Sixième Commission, la Hongrie a demandé que la notion de compétence universelle soit analysée de manière plus approfondie.

34. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial prend, peut-être non intentionnellement, des positions sur l'immunité, l'amnistie et les réserves qui affaiblissent le Statut de Rome de la Cour pénale internationale au lieu de le compléter ou de le renforcer, comme il avait promis de le faire lorsqu'il a présenté le sujet au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme à la soixante-quatrième session de la Commission.

35. En ce qui concerne l'immunité, le Rapporteur spécial indique au paragraphe 284 de son rapport que, dans un souci de cohérence avec les traités antérieurs portant sur des infractions, il estime que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne devrait pas aborder la question de l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales, mais qu'il faudrait au contraire s'en remettre à cet égard aux traités relatifs aux immunités de catégories particulières de représentants et au droit international coutumier. Il indique également que cette approche ne doit pas être interprétée comme ayant des incidences sur les travaux de la Commission relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Le Statut de Rome, par contre, est très clair sur la question de l'immunité des personnes accusées d'avoir commis des crimes graves : le paragraphe 1 de son article 27 dispose que le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En demeurant muette au sujet de l'immunité, la future convention abandonnerait la norme énoncée dans le Statut de Rome pour l'une des catégories de crimes réprimés par celui-ci. De ce fait, les personnes accusées de génocide, de crimes de guerre ou d'agression seraient traitées différemment de celles accusées de crimes contre l'humanité dans le cadre de la convention réprimant spécifiquement cette catégorie de crimes. Si cette tendance devait se poursuivre, le Statut de Rome ne tarderait pas à être vidé de sa substance, et la Commission l'éroderait petit à petit, bien qu'elle soit de bonne foi. Comme le Statut de Rome, la future convention devrait être très claire sur la question de l'immunité. Les travaux de la Commission sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne sont

[73] Le Statut du Tribunal militaire international est annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, de 1945.

[74] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, dans C. I. Bevans (dir. publ.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, Washington, Département d'État des États-Unis d'Amérique, 1968, p. 20 à 32.

[75] Voir Union africaine, document EX.CL/731(XXI)c, disponible à l'adresse suivante : https://au.int/sites/default/files/decisions/9652-ex_cl_dec_696-725_xxi_f_final.pdf.

pas directement liés à ses travaux sur les crimes contre l'humanité parce qu'ils visent les infractions en général, qui ne sont pas nécessairement des crimes graves comme les crimes contre l'humanité.

36. En ce qui concerne l'amnistie, le Rapporteur spécial déclare au paragraphe 297 de son rapport que, dans un souci de cohérence avec les précédents traités portant sur des infractions, le projet d'articles ne devrait pas aborder la question des amnisties en droit interne. Des membres de la Commission ont toutefois demandé que le Secrétariat soit prié de mener une étude sur cette question. Une telle étude pourrait clarifier le sujet en allant au-delà des Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité[76] sur lesquelles le Rapporteur spécial a fondé sa position. L'orateur dit qu'il s'abstiendra de faire d'autres observations sur cette question jusqu'à ce que cette étude soit achevée.

37. L'incertitude du Rapporteur spécial quant à la position à adopter au sujet des réserves n'aide guère la Commission. Pour l'orateur, le Rapporteur spécial devrait, au sujet des réserves, formuler une proposition concrète sur la base des dispositions du Statut de Rome.

38. M. Peter dit qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial d'adopter le projet d'articles en première lecture à la session en cours et en seconde lecture à la soixante et onzième session. Si elle respecte ce calendrier, la Commission aura achevé l'examen du sujet en sept ans. Cela peut paraître relativement court au regard de la pratique de la Commission, mais les travaux de la Commission prennent souvent trop de temps, parfois inutilement. De plus, de bons sujets sont parfois abandonnés dès que le Rapporteur spécial auquel ils ont été confiés cesse d'être membre de la Commission. Celle-ci doit envisager ces problèmes d'un œil critique et accélérer le rythme de ses travaux si elle veut que ceux-ci demeurent pertinents.

39. Enfin, l'orateur dit qu'il souhaite faire des observations sur les directives relatives à la longueur des rapports des rapporteurs spéciaux, une longueur qui est en fait extrêmement variable. Par exemple, le rapport le plus récent sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705) a été limité à un nombre de pages trois fois moindre que celui du rapport à l'examen et à peine supérieur à la moitié de celui du cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État[77]. Certes, ces sujets ne sont pas de même nature, mais la différence dans la longueur des rapports est trop importante et donne l'impression que l'on fait deux poids, deux mesures. Il s'agit davantage d'une question d'égalité de traitement que de la longueur des rapports proprement dite, et l'orateur estime qu'il est urgent que la Commission pose des règles et donne des indications claires à cet égard.

40. En conclusion, M. Peter recommande le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction. Le Rapporteur spécial devrait prendre des décisions audacieuses sur les questions demeurant en suspens, tout en restant aussi fidèle que possible au Statut de Rome et en ne s'écartant de celui-ci que lorsqu'il existe des raisons impérieuses de le faire.

41. Le PRÉSIDENT dit que le Bureau examinera les préoccupations qui ont été exprimées.

42. M. HASSOUNA dit que les préoccupations exprimées par M. Peter au sujet de la longueur des rapports sont bien compréhensibles. Il rappelle que le secrétariat a indiqué qu'il se pencherait sur la question pour trouver une solution aux fins des rapports futurs. Peut-être cette question et les questions connexes pourraient-elles également être examinées par le Groupe de travail sur les méthodes de travail.

43. M. HUANG dit qu'il va commencer par exposer ses vues fondamentales sur le sujet. Premièrement, bien qu'il soit clair que l'ensemble de la communauté internationale souhaite réprimer plus sévèrement les crimes contre l'humanité et les autres crimes internationaux graves au moyen de la coopération internationale et qu'il soit dans l'intérêt de l'humanité tout entière de le faire, le sujet à l'examen soulève des questions politiques complexes et délicates. Il est donc indispensable que la Commission étudie la question de manière plus approfondie et s'efforce de documenter davantage la pratique internationale en la matière en vue de la codifier. Comme les membres de la Sixième Commission ne sont pas encore parvenus à un large accord sur la possibilité d'élaborer une convention internationale sur les crimes contre l'humanité, la Commission ne devrait pas décider que tel est l'objectif tant qu'elle n'a pas achevé la seconde lecture du projet d'articles. En fait, la pratique nationale de la plupart des États et les conventions internationales existantes répriment déjà adéquatement les crimes contre l'humanité : ces crimes relèvent désormais de la compétence de la Cour pénale internationale, le droit international positif oblige les États à prendre des mesures pour exercer leur compétence pénale à l'égard des personnes soupçonnées de les avoir commis et certains crimes considérés comme des crimes contre l'humanité, tels que le génocide, la torture et les disparitions forcées, sont déjà réprimés par des conventions internationales distinctes. Ce qui importe en réalité est la volonté politique des États concernés et de la communauté internationale dans son ensemble de punir les auteurs de ces crimes. De plus, le fait est que depuis 1986 seuls trois des textes élaborés par la Commission sont devenus des conventions internationales, et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne sont pas encore entrées en vigueur. Il est donc douteux que les États aient réellement la volonté de conclure une convention distincte sur les crimes contre l'humanité.

44. Deuxièmement, les travaux de la Commission sur le sujet devraient reposer sur la pratique générale des États relevant du droit international coutumier. En d'autres termes, au lieu d'essayer d'innover et d'élaborer de nouvelles règles juridiques, la Commission devrait faire œuvre de codification, et il lui faut pour cela examiner la pratique nationale de tous les pays et tenir compte des différences existant dans les différents systèmes juridiques. Les trois

[76] Transitional Justice Institute, University of Ulster, *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, 2013, disponible à l'adresse suivante : www.ulster.ac.uk/transitional-justice-institute/our-research/past-projects/belfast-guidelines-on-amnesty-and-accountability.

[77] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/701.

rapports du Rapporteur spécial et les projets d'article et commentaires provisoirement adoptés par la Commission concernent essentiellement la pratique de quelques juridictions pénales internationales nouvellement créées et n'invoquent guère la pratique générale des États ni l'*opinio juris*. Cette situation risque d'aboutir à un déséquilibre entre la codification du droit international coutumier et le développement progressif du droit international.

45. D'une part, la pratique générale des États en la matière est insuffisante pour donner naissance à des règles de droit international coutumier. Si les États s'entendent en principe sur la nécessité de réprimer les crimes contre l'humanité, certains des actes définis comme tels dans le projet d'articles ne figurent pas dans leurs codes pénaux ou y sont qualifiés différemment. La Commission s'égarerait dans ses travaux si elle insistait pour développer progressivement le droit international dans ce domaine en l'absence d'éléments attestant l'existence de règles coutumières.

46. D'autre part, la pratique actuelle des juridictions pénales internationales est trop limitée et incohérente pour être largement acceptée par la communauté internationale. De plus, l'absence d'accord sur la définition et les éléments constitutifs des crimes réprimés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a amené certains États à ne pas accéder à cet instrument. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial a adopté une méthodologie en grande partie inductive, s'est inspiré des dispositions de conventions internationales réprimant la torture, la corruption, la prise d'otages, la capture illicite d'aéronefs et le terrorisme et a formulé une série d'obligations qui sont hautement controversées parce qu'elles ne relèvent pas du droit international positif. Si elles sont présentées comme le résultat des travaux de la Commission sur le sujet et comme devant être consacrées dans une convention, elles risquent tout simplement d'être laissées de côté et vouées à l'oubli.

47. Troisièmement, il serait peu judicieux, pour la cohérence, de traiter dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité de l'application des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État alors que la Commission est en train d'étudier cette immunité même en tant que sujet distinct. M. Huang dit qu'il n'est pas d'accord avec les membres qui ont proposé de faire figurer dans le projet d'articles une disposition comparable à l'article 27 du Statut de Rome, qui exclut d'exonérer les représentants de l'État de leur responsabilité pénale parce que, bien que la communauté internationale considère les crimes contre l'humanité comme des crimes internationaux graves, il n'existe pas de règle du droit international coutumier interdisant d'accorder l'immunité de juridiction pénale étrangère aux représentants de l'État. Quoi qu'il en soit, cette immunité est essentiellement procédurale et n'exonère pas les individus concernés de leur responsabilité substantielle. La Commission devrait donc faire preuve de prudence s'agissant de l'immunité. Pour la même raison, M. Huang est opposé à ce que le projet d'articles mentionne la compétence universelle. Comme les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission au cours des neuf années précédentes l'ont montré, il n'y a pas de consensus des États sur la définition et l'étendue de cette compétence.

48. Lorsqu'elle traite de la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission ne doit pas méconnaître les causes profondes de ces crimes. Les faits montrent que la plupart des attaques généralisées ou systématiques contre une population civile se produisent dans le cadre de différends ou de conflits politiques, économiques, raciaux ou religieux complexes, dont certains sont les conséquences effroyables d'ingérences extérieures visant à renverser par la force un gouvernement légitime. La tragédie des « États faillis » en est un exemple. Les seules sanctions juridiques ne sont pas suffisantes pour réprimer les crimes contre l'humanité. Une approche multiforme dans le cadre de laquelle les solutions politiques sont considérées comme aussi importantes, voire plus importantes, que les solutions juridiques, est nécessaire. Pour prévenir et réprimer les crimes contre l'humanité, il faut utiliser simultanément tous les moyens disponibles, qu'ils soient juridiques, politiques, économiques ou culturels. La Commission et le Rapporteur spécial devraient donc abandonner l'approche purement légaliste et ne pas exclure les solutions politiques telles que l'immunité, la réconciliation, la grâce spéciale ou l'amnistie générale comme moyens de faire triompher la justice, de réduire les tensions et de rétablir l'ordre social et public.

49. Il est également essentiel de garder à l'esprit les principes consacrés dans la Charte des Nations Unies, en particulier ceux de l'égalité souveraine, de l'interdiction de l'emploi illicite de la force, de la non-ingérence dans les affaires intérieures et du règlement pacifique des différends internationaux. Ces normes fondamentales sont d'une importance capitale s'agissant de prévenir et de réprimer les crimes contre l'humanité et elles doivent être respectées de bonne foi. À cet égard, M. Huang rappelle que l'instance introduite contre M. Uhuru Kenyatta devant la Cour pénale internationale a suscité, au Kenya et au sein de l'Union africaine, une controverse sur le point de savoir si la Cour essayait d'imposer ses valeurs et de s'ingérer dans les affaires intérieures du Kenya. La Commission devrait tirer un enseignement de cette affaire et d'affaires similaires. La coopération internationale aux fins de la prévention et la répression des crimes contre l'humanité doit reposer sur l'indépendance, l'égalité et le respect mutuel des États et sur le consentement des pays concernés, et doit s'efforcer de préserver la paix internationale et régionale et de réduire les tensions. Il est essentiel de ne pas faire deux poids deux mesures, de rejeter les politiques de puissance dans les relations interétatiques et de s'opposer à tout emploi illicite de la force ou à toute tentative visant à renverser le gouvernement légitime d'un État sous le prétexte de réprimer des crimes contre l'humanité, et le préambule du projet d'articles devrait l'indiquer.

50. S'agissant du troisième rapport du Rapporteur spécial, M. Huang dit qu'il partage les observations faites par plusieurs autres membres quant à sa longueur. Cette longueur n'est qu'un aspect du problème, et traduit en fait trois principaux problèmes de fond. Premièrement, le Rapporteur spécial est allé trop loin dans le développement progressif du droit international, car il propose un projet d'articles complet qui ne se limite pas à codifier du droit international coutumier en ce qu'il sort du champ de celui-ci et applique aux crimes contre l'humanité des règles applicables à des infractions différentes. De ce fait, il existe un déséquilibre entre *lex lata* et *lex*

ferenda. Deuxièmement, le Rapporteur spécial s'est évertué à introduire un système juridique complet et autonome de répression des crimes contre l'humanité au risque d'empiéter sur des règles et régimes juridiques internationaux en vigueur. On peut décrire le projet d'articles comme traitant de tout et de n'importe quoi, y compris de sujets qui ne nécessitent pas l'élaboration de nouveaux textes détaillés parce qu'il existe déjà des mécanismes conventionnels bien établis ou des règles du droit interne régissant la matière. De plus, comme les crimes contre l'humanité sont par leur nature différents des crimes liés à la corruption et de la criminalité transnationale organisée, il est difficile de leur appliquer les mêmes règles par analogie. Troisièmement, le projet d'articles est indûment idéaliste et plein de nobles intentions qui n'ont guère de rapport avec la réalité complexe et cruelle des relations internationales. Par exemple, des juristes appellent au châtiment des auteurs de crimes quelle que soit leur qualité officielle, et pourtant aucun dirigeant d'un pays puissant n'a jamais été poursuivi devant la Cour pénale internationale. Lorsqu'elle travaille sur le projet d'articles et appelle les États Membres à promouvoir l'état de droit, la Commission devrait aussi tenir compte de la capacité des États d'accepter les règles pertinentes et laisser aux États souverains la latitude et le pouvoir discrétionnaire nécessaires. Lorsqu'une question touche à la souveraineté de l'État, il est essentiel de respecter les principes de l'égalité souveraine et du consentement volontaire. Lorsqu'on examine les dispositions du projet d'article 17, relatif au règlement obligatoire des différends, il convient de se demander combien de membres permanents du Conseil de sécurité ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice et combien ont accédé au Statut de Rome. Aussi soigneusement qu'une règle soit élaborée, elle demeurera lettre morte si elle ne bénéficie pas du large appui des États Membres.

51. S'agissant de l'extradition, M. Huang dit qu'il partage l'opinion exprimée par de nombreux membres, à savoir qu'il faut se demander si l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption peut légitimement servir de modèle pour le projet d'article 11. L'indication, au paragraphe 21 du rapport à l'examen, que « [l]es auteurs de tels crimes sont extradés en application des dispositions (droits, obligations et procédures) définies par les accords d'extradition multilatéraux ou bilatéraux visant les infractions en général, lorsque de tels accords existent entre l'État requérant et l'État requis » et l'affirmation, au paragraphe 26, selon laquelle « un certain nombre de facteurs peuvent laisser penser qu'un État requérant ou un autre est le mieux placé pour exercer les poursuites, mais l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction peut en tout état de cause choisir de soumettre l'affaire à ses propres autorités compétentes aux fins de poursuites plutôt que d'extrader » militent contre l'inclusion de dispositions relatives à l'extradition dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial montre seulement qu'il existe deux types de dispositions en matière d'extradition, les unes « détaillées », les autres « concises », et justifie l'adoption de dispositions détaillées par le fait que 181 États sont devenus parties à la Convention susmentionnée. Bien que le Rapporteur spécial reconnaisse au paragraphe 83 que « par sa nature, un crime contre l'humanité [est] très différent d'un crime de corruption », il ne fournit pas suffisamment d'éléments attestant que les règles énoncées dans cette convention soient appropriées. La raison donnée au paragraphe 152 à l'appui du libellé du projet d'article 13, relatif à l'entraide judiciaire, à savoir que quelle que soit la nature du crime en question les questions qui se posent dans le contexte de l'entraide judiciaire sont essentiellement les mêmes, n'est pas convaincante, car les États ne souhaitent pas nécessairement transposer des règles d'une convention à une autre.

52. Si le statut du principe du non-refoulement est indéniablement établi en droit international coutumier, le Rapporteur spécial ne démontre pas dans le rapport à l'examen que les normes énoncées dans des instruments tels que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées doivent s'appliquer s'agissant des crimes contre l'humanité, car ceux-ci revêtent à l'évidence des formes plus diverses que les crimes de torture ou de disparition forcée. Il n'est donc pas suffisamment prouvé que les dispositions des conventions relatives à ces crimes peuvent être directement reprises dans le projet d'article 12.

53. Les raisons données à l'appui du libellé du projet d'article 13 sont les mêmes que celles qui justifient le projet d'article 11. Or, là encore, il n'y a pas d'éléments ni de pratique attestant que les règles de la Convention des Nations Unies contre la corruption s'appliquent également aux crimes contre l'humanité. La preuve n'est pas non plus rapportée que les dispositions « détaillées » sur l'entraide judiciaire prime les dispositions « concises » en la matière. Trois conventions des Nations Unies contiennent des dispositions « concises » et visent à promouvoir la coopération internationale. Toutefois, on voit mal si le projet d'article 13 vise à guider la coopération entre les États parties ou à fournir une base de coopération aux États qui n'ont pas conclu de traités d'entraide judiciaire, et à transformer ainsi l'article en un « minitraité d'entraide judiciaire ». L'orateur se demande combien d'États sont dans cette situation et s'ils accepteraient d'appliquer les dispositions des paragraphes 10 à 28 du projet d'article en question. Si les États ne sont pas prêts à appliquer ces dispositions ou ont déjà conclu des traités d'entraide judiciaire, le projet d'article 13 ne sera guère utile.

54. S'agissant du projet d'article 14, le fait que des questions se posent invariablement en ce qui concerne les victimes, les témoins et les autres personnes touchées lorsqu'un crime contre l'humanité a été commis n'implique pas logiquement que des dispositions relatives aux droits de ces personnes doivent figurer dans un traité relatif à ce type de crimes, parce qu'ainsi qu'il ressort des paragraphes 163 à 168 du rapport à l'examen, l'approche adoptée en ce qui concerne les droits de ces personnes varie selon les traités et que les États parties définissent souvent le terme « victime » en fonction de leur droit interne. Les droits de ces personnes seraient donc mieux protégés par des dispositions sur les procédures judiciaires des États ou des juridictions pénales internationales. S'il pense avec certains membres que l'intention qui sous-tend le paragraphe 3, relatif aux réparations, est bonne, M. Huang se demande si ce paragraphe sera opérant et ce que la restitution ou une garantie de non-répétition signifient réellement en pratique dans le contexte des crimes contre l'humanité.

55. Comme le Rapporteur spécial indique au paragraphe 198 de son rapport que les projets d'article ont été rédigés de manière à éviter tout conflit avec les droits ou obligations des États en ce qui concerne les juridictions pénales internationales compétentes, la nécessité du projet d'article 15 est contestable. De fait, une telle disposition risque de compliquer les relations entre les parties et les non-parties au Statut de Rome ou aux accords qui pourront créer d'autres juridictions pénales internationales à l'avenir. Cette question devrait donc être tranchée par les États dans le cadre d'une conférence diplomatique. M. Huang dit qu'il souscrit à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son rapport en ce qui concerne l'immunité, mais que l'inclusion du projet d'article 15 soulèverait inévitablement des questions quant à la relation entre les articles 27 et 98 du Statut de Rome, laquelle n'a pas été clarifiée par l'Assemblée des États parties au Statut.

56. Le projet d'article 16, relatif aux obligations des États fédéraux, semble dépourvu de signification profonde et certains traités excluent expressément tout aménagement en faveur des États fédéraux. Si la Commission est résolue à conserver la teneur de ce projet d'article, elle devrait peut-être reporter l'examen de la question à la seconde lecture.

57. L'orateur dit qu'il partage l'opinion selon laquelle le choix d'un mécanisme de suivi particulier doit être laissé à la décision des États. Il n'est pas d'accord avec les membres qui pensent que le paragraphe 3 du projet d'article 17, qui autorise les États à se soustraire aux dispositions relatives au règlement des différends, affaiblirait le rôle des juridictions pénales internationales. Même en l'absence des dispositions du projet d'article 17, les États pourront, en appliquant les règles existantes, régler pacifiquement leurs différends concernant l'interprétation ou l'application de la future convention.

58. Les crimes contre l'humanité étant différents des crimes relevant des trois autres catégories couvertes par le Statut de Rome, le préambule devrait, au lieu de faire écho au préambule du Statut, être davantage axé sur la prévention et la répression de crimes contre l'humanité.

59. L'orateur dit qu'il est favorable au renvoi de tous les projets d'article figurant dans le troisième rapport au Comité de rédaction.

La séance est levée à 11 h 45.

3353e SÉANCE

Lundi 8 mai 2017, à 15 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT, faisant observer que l'Europe occidentale célèbre le soixante-douzième anniversaire de la fin de la Seconde Guerre mondiale, guerre à l'issue de laquelle les premières condamnations pour crimes contre l'humanité ont été prononcées lors des procès de Nuremberg, invite la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704).

2. M. OUAZZANI CHAHDI, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour la qualité de son rapport, dit que celui-ci est certes long, mais que mieux vaut disposer d'un document exhaustif pouvant donner lieu à un débat approfondi.

3. L'orateur souscrit totalement aux propositions faites par le Rapporteur spécial au sujet de l'extradition, et appuie notamment l'idée qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire la condition de double incrimination dans le projet d'articles. Il appuie également l'exclusion de l'exception d'infraction politique.

4. Le chapitre IV du rapport, consacré aux droits des victimes et à leur participation à la procédure pénale, soulève la question importante et actuelle de la protection des témoins et des lanceurs d'alerte. Au Maroc, la réticence de certaines personnes à dénoncer des pratiques relevant de la corruption, liée à leur crainte de se mettre en danger, a suscité l'adoption en 2011 d'une loi portant modification des dispositions du Code de procédure pénale relatives à la protection des victimes, des témoins, des experts et des dénonciateurs, notamment dans les cas de corruption, détournement de fonds et trafic d'influence, entre autres infractions. Le projet d'articles devrait contenir des dispositions contraignantes exigeant des États parties à une éventuelle future convention qu'ils prennent des mesures législatives visant à assurer la protection des personnes ayant fourni des informations au sujet de crimes contre l'humanité.

5. Les mécanismes de suivi qu'envisage le Rapporteur spécial au chapitre VII de son rapport sont d'une grande importance, car sans un mécanisme de suivi contraignant la convention sera difficilement applicable. Quant au règlement des différends concernant l'application et l'interprétation du futur instrument, la meilleure solution serait de soumettre ces différends à la compétence exclusive de la Cour internationale de Justice.

6. Au chapitre X, sur les clauses finales, le Rapporteur spécial aborde la question des réserves, dont la possibilité

devrait être selon lui strictement limitée ou totalement interdite, comme dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, même si cela risque de décourager certains États de devenir parties à la future convention.

7. S'agissant des projets d'article proposés, tel qu'actuellement libellé le projet d'article 11 ne pose a priori pas de problème, quoique la mention d'une « peine minimale » au paragraphe 6 devrait être clarifiée. Au paragraphe 1 du projet d'article 12, l'expression « vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État » manque également de clarté. Certains des points envisagés dans le projet d'article 13, qui se présente comme un mini traité, devraient être exprimés plus succinctement, comme l'ont souligné de précédents orateurs. S'agissant du projet d'article 14, les mots « Chaque État prend les mesures nécessaires pour » devraient, dans le texte français, être remplacés par « Chaque État est appelé à prendre les mesures nécessaires pour », un libellé plus contraignant. Le projet d'article 16, sur les obligations des États fédéraux, n'a pas sa place dans le projet d'articles, eu égard à l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Le projet d'article 17 ne devrait pas contenir de dispositions sur les clauses finales, comme il le fait actuellement en ses paragraphes 3 et 4, et devrait souligner qu'il importe de soumettre les différends à la Cour internationale de Justice ; la formule utilisée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est intéressante à cet égard.

8. Le projet de préambule devrait être étoffé et comporter d'autres renvois, par exemple au Statut de Rome. La Commission pourra souhaiter s'inspirer des propositions présentées dans le projet d'articles élaboré dans le cadre de l'Initiative sur les crimes contre l'humanité de l'Université de Washington[78].

9. En conclusion, l'orateur dit qu'il appuie le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

10. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, qui complète les deux précédents[79] ; il contient des projets d'article fondés sur les dispositions de divers traités internationaux de droit pénal et étayés par des recherches et des analyses approfondies. Une question qui imprègne le projet d'articles dans son ensemble est le caractère de *jus cogens* de l'interdiction des crimes contre l'humanité, reconnu par la Commission elle-même, par des juridictions régionales et internationales et par des tribunaux internes. Un alinéa du préambule devrait indiquer expressément que l'interdiction des crimes contre l'humanité est une norme du *jus cogens*.

11. S'agissant des projets d'article proposés, comme l'extradition est un mécanisme de coopération interétatique essentiel pour la répression des crimes contre l'humanité, le projet d'article 11 doit réunir tous les éléments requis pour pouvoir être appliqué avec succès. Certains membres de la Commission ont dit que ce n'est pas au projet d'article 5[80] mais au projet d'article 3[81] que cette disposition devrait renvoyer. Le renvoi au projet d'article 3 est toutefois implicite, puisque les crimes contre l'humanité expressément mentionnés au projet d'article 5 sont nécessairement les actes définis et énumérés au projet d'article 3, mais, pour que cela soit tout à fait clair et pour éviter les problèmes d'interprétation, le projet d'article 11 devrait renvoyer à la fois au projet d'article 3 et au projet d'article 5. S'il ne renvoie qu'au premier, on ne saura pas si, par exemple, la tentative ou la complicité de crime contre l'humanité peut donner lieu à extradition.

12. M. Vázquez-Bermúdez pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer une condition de double incrimination au projet d'article 11, puisque, aux termes du projet d'article 5, les États doivent réprimer les crimes contre l'humanité dans leur droit interne. Toutefois, parce qu'il se pourrait que cette prescription ne soit pas satisfaite, le commentaire du projet d'article 11 devrait préciser que le fait qu'une infraction n'a pas été incriminée ne saurait autoriser un État à ne pas faire droit à une demande d'extradition, en particulier si cette carence empêche de soumettre certaines affaires aux autorités nationales aux fins de poursuites.

13. L'orateur souscrit à la décision, conforme à divers traités internationaux de droit pénal, de ne pas prévoir d'exception pour infraction politique au paragraphe 2 du projet d'article 11.

14. Le paragraphe 4 du projet d'article 11 est novateur, en ce qu'il inverse la règle par défaut énoncée dans d'autres conventions lorsqu'il stipule que, si un État requis qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité le liant à l'État requérant choisit de ne pas utiliser le projet d'articles comme base légale pour coopérer en matière d'extradition, il n'est pas tenu d'extrader tant qu'il n'a pas signé un accord d'extradition. Il serait toutefois préférable d'aller encore plus loin, en supprimant purement et simplement le paragraphe 4 et en remplaçant les mots « peut considérer » par le mot « considérera » au paragraphe 3, par souci de certitude juridique. De plus, le commentaire devrait indiquer que, si l'État requis est lié à l'État requérant par un traité d'extradition, il peut décider de l'appliquer.

15. Au paragraphe 6 du projet d'article 11, les mots « aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et » devraient être supprimés : ils sont inutiles, puisque le paragraphe 6 du projet d'article 5 oblige les États à faire en sorte qu'au regard de leur droit pénal les crimes contre l'humanité soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

16. Le Rapporteur spécial n'a pas proposé de paragraphe sur la non-extradition des nationaux, alors qu'il envisage, aux paragraphes 9 et 10 du projet d'article 11, des situations dans lesquelles la personne dont l'extradition est demandée est un national de l'État requis. Il est

[78] Texte disponible sur le site Web du Whitney R. Harris World Law Institute, à l'adresse suivante : https://sites.law.wustl.edu/WashULaw/crimesagainsthumanity/convention-text/.

[79] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/680 (premier rapport) ; *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/690 (deuxième rapport).

[80] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

[81] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 (projet d'article 3).

toutefois nécessaire d'ajouter un paragraphe similaire au paragraphe 11 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption pour indiquer expressément que si un État refuse d'extrader l'auteur présumé d'une infraction au seul motif qu'il a sa nationalité, il est tenu de soumettre l'affaire à ses autorités aux fins de poursuites. Par contre, à la différence du paragraphe 11 de l'article 44, ce paragraphe ne devrait pas stipuler que l'obligation de poursuivre doit être exécutée à la demande de l'État requérant.

17. Au paragraphe 11 du projet d'article 11, le membre de phrase « ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons » n'est pas parfaitement clair et, bien qu'il figure dans certaines conventions, est d'une acception si large qu'il est inapproprié dans le contexte de la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes graves.

18. Pour M. Vázquez-Bermúdez, il n'y a pas de raisons évidentes d'établir un ordre de priorité en cas de demandes d'extradition concurrentes. Il conviendrait de laisser à l'État requis le soin de décider compte tenu de la situation particulière. Les consultations préalables entre État requis et État requérant devraient toutefois être encouragées.

19. L'orateur approuve l'inclusion du projet d'article 12 et, de manière générale, sa teneur. Au projet d'article 13, le Rapporteur spécial présente ce que l'on a qualifié de mini traité, en d'autres termes une version détaillée des dispositions relatives à l'entraide judiciaire calquée, en particulier, sur l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. À la différence de la version concise qui figure dans plusieurs conventions et qui est peut-être trop générale, la version détaillée présente l'avantage évident de fournir aux États des indications détaillées. S'il estime que des modifications sont nécessaires pour adapter le projet d'article 13 au contexte des crimes contre l'humanité, M. Vázquez-Bermúdez souscrit de manière générale au texte proposé, qui comporte des sous-titres pour la commodité. Certes, ce projet d'article est plus long que les autres, et la proposition de M. Park d'en transférer la plus grande partie dans une annexe pourrait donc peut-être être retenue : les paragraphes 1 à 9 seraient maintenus et les paragraphes 10 à 28 transférés.

20. Il conviendrait d'insérer, au paragraphe 3 du projet d'article 13, un nouvel alinéa *g bis* qui se lirait comme suit : « localiser et immobiliser des actifs aux fins de confiscation, de restitution ou de recouvrement d'amendes ». On trouve une disposition comparable dans la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, dans le Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale de l'ASEAN et dans des accords bilatéraux sur le sujet. Une telle disposition pourrait se révéler particulièrement importante pour l'indemnisation des victimes, lorsque c'est la responsabilité non seulement de personnes physiques mais aussi de personnes morales qui est en cause dans la commission de crimes contre l'humanité. Le paragraphe 4 du projet d'article 13, relatif au secret bancaire, devrait être maintenu : il est parfaitement applicable aux enquêtes sur les mouvements de fonds liés à la commission de crimes contre l'humanité et peut aussi être utile en ce qui concerne l'indemnisation des victimes.

21. L'inclusion d'un projet d'article sur les victimes, témoins et autres personnes est extrêmement importante et montre que la communauté internationale se préoccupe de plus en plus de la protection des victimes de crimes graves et de leurs droits, notamment leur droit à réparation et leur droit d'accès à la justice. Le Comité de rédaction devrait pouvoir affiner le texte en tenant compte en particulier de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

22. L'orateur pense avec le Rapporteur spécial que tous les types classiques de réparation semblent être pertinents lorsque des crimes contre l'humanité ont été commis. Des doutes ont été exprimés au sujet des garanties de non-répétition, mais les crimes contre l'humanité sont commis dans le cadre de la politique d'un État ou d'une organisation, et les victimes peuvent donc demander à l'État ou l'organisation concernés de leur fournir des garanties de non-répétition, ce qui contribuera à éviter que les mêmes crimes soient de nouveau commis.

23. En proposant le projet d'article 15, le Rapporteur spécial a tenu compte d'un souhait exprimé par divers États, à savoir que le projet d'articles ne porte en aucune manière atteinte aux droits et obligations des États vis-à-vis des juridictions pénales internationales compétentes. Sous la direction du Rapporteur spécial, le projet d'articles est élaboré en harmonie avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de manière à ne pas toucher les obligations énoncées dans celui-ci. Toutefois, comme il est à l'évidence impossible d'anticiper le type de juridictions internationales, régionales ou même sous-régionales qui pourraient être créées, la meilleure solution serait peut-être de formuler une clause « sans préjudice », comme l'a proposé Mme Escobar Hernández.

24. L'inclusion d'un projet d'article sur les obligations des États fédéraux, libellé sur le modèle de l'article 41 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, est justifiée. Dans le cadre d'une convention sur la prévention et la répression de crimes qui sont parmi les plus graves, il importe d'éviter toute disparité d'obligations au sein d'un État de même qu'entre États unitaires ou non fédéraux. Il importe de n'autoriser aucune réserve au projet d'article 16 dans la future convention.

25. S'il existe déjà des mécanismes de suivi concernant les crimes contre l'humanité, pour qu'une future convention comble une lacune du droit international et prévienne et réprime les crimes contre l'humanité grâce à la coopération entre États et entre États et organisations internationales, des mécanismes de suivi doivent être établis pour en promouvoir l'application effective. Le projet devrait contenir un article demandant la création de deux mécanismes de suivi. Le premier pourrait être une réunion des États parties qui se tiendrait périodiquement ou exceptionnellement lorsque les circonstances l'exigent, serait dotée d'un large mandat de promotion de la coopération dans l'application de la convention et constituerait une instance d'examen des questions pouvant se poser. Le second pourrait être un comité d'experts indépendants élus par les États parties pour formuler des recommandations concernant l'exécution des obligations imposées par la convention.

26. M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il appuie le projet d'article sur le règlement des différends interétatiques qui est proposé mais pense comme les orateurs précédents que, si un différend ne peut pas être réglé par la négociation, il doit être renvoyé à la Cour internationale de Justice, et ce directement, sans qu'un arbitrage soit nécessaire au préalable. De plus, pour promouvoir la plus large participation possible à la convention, et compte tenu du fait que certains États seront réticents à accepter la compétence obligatoire de la Cour, il est raisonnable d'insérer une clause dérogatoire.

27. En l'absence de consensus sur une disposition expresse relative à la dissimulation des crimes contre l'humanité, la Commission devrait expliquer dans le commentaire qu'elle a décidé de ne pas faire figurer une telle disposition dans le projet étant entendu que la dissimulation relève de la complicité.

28. La question de l'immunité est cruciale, et la manière dont elle sera traitée pourrait avoir un impact important sur l'efficacité de la future convention. La décision de ne pas y faire figurer une disposition excluant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et fonctionnaires d'organisations internationales ne doit pas être interprétée comme signifiant que l'immunité peut être invoquée pour faire obstacle à un procès, une extradition, voire à une demande d'assistance judiciaire, et il faudrait l'indiquer clairement dans le commentaire. À tout le moins, le projet devrait contenir un article indiquant que la qualité officielle d'une personne est dénuée de pertinence s'agissant de déterminer sa responsabilité pénale du chef d'un crime contre l'humanité, comme l'ont proposé M. Murase et d'autres membres de la Commission. Une disposition de cette nature figure dans des conventions existantes sur les crimes les plus graves et dans deux instruments élaborés par la Commission, à savoir les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[82] (Principes de Nuremberg) et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[83].

29. L'orateur dit qu'il ne partage pas l'opinion qui semble être celle du Rapporteur spécial en ce qui concerne l'amnistie. Il estime en effet que la pratique des États et les jurisprudences nationale et internationale permettent d'affirmer que le droit international coutumier interdit l'amnistie ou la grâce s'agissant des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. L'interdiction de l'amnistie en ce qui concerne les crimes contre l'humanité a été reconnue dans la jurisprudence de juridictions internationales telles que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, de cours régionales des droits de l'homme, comme la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et de tribunaux internes. Elle est également énoncée dans de nombreuses lois nationales, notamment la Constitution de l'Équateur, dont l'article 80 stipule que les crimes contre l'humanité, entre autres crimes graves, ne sont pas amnistiables.

30. De plus, lorsqu'une amnistie est accordée dans le cadre d'un processus de justice transitionnelle au sortir d'un conflit, les crimes contre l'humanité et autres principaux crimes de droit international en sont expressément exclus, comme l'atteste l'Accord de paix et de réconciliation pour le Burundi signé à Arusha[84].

31. L'exemple le plus récent est donné par l'accord de paix conclu en Colombie en 2016 pour mettre fin au conflit interne[85]. L'un des chapitres de cet accord, intitulé « Juridiction spéciale pour la paix », stipule expressément que les crimes contre l'humanité ne peuvent faire l'objet d'une amnistie, d'une grâce ou de mesures comparables.

32. Compte tenu de ce qui précède, le projet d'articles devrait expressément interdire les amnisties, car de telles mesures vont à l'encontre d'un des objectifs de la future convention, à savoir mettre fin à l'impunité des auteurs de crimes contre l'humanité. Les amnisties entravent également la découverte de la vérité et la réparation intégrale due aux victimes et à leur famille. En outre, étant donné le caractère de *jus cogens* de l'interdiction des crimes contre l'humanité, il ne peut y être dérogé par un décret ou une loi d'amnistie.

33. M. Vázquez-Bermúdez estime qu'un projet d'article devrait interdire les réserves, ou que la Commission devrait au moins faire une recommandation à l'intention des États sur ce point afin de préserver l'intégrité de la future convention, ce qui est à l'évidence particulièrement important pour prévenir et réprimer les crimes contre l'humanité.

34. La Commission pourrait, dans les projets d'article que les États considèrent comme « sensibles », comme celui relatif à l'acceptation de la compétence de la Cour internationale de Justice, insérer une clause dérogatoire afin de ménager aux États une certaine liberté de manœuvre lorsqu'ils deviendront parties à la convention envisagée.

35. Quant au programme de travail futur, il semble raisonnable de tenter d'achever la première lecture du projet d'articles en 2017, mais la Commission devra analyser avec soin et sans hâte tous les projets d'article proposés et les propositions faites au cours du débat.

36. En conclusion, M. Vázquez-Bermúdez appuie le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction.

37. M. GÓMEZ ROBLEDO dit qu'une convention sur les crimes contre l'humanité comblerait assurément une lacune du droit international ; il voit mal néanmoins pourquoi le texte en cours d'élaboration ne porte pas également sur les crimes de guerre et le génocide. À cet égard, il n'est pas convaincu par les arguments avancés par le Rapporteur spécial. Ni les Conventions de Genève pour

[82] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[83] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

[84] Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, signé à Arusha le 28 août 2000. Disponible à l'adresse suivante : www.uantwerpen.be/en/projects/centre-des-grands-lacs-afrique/droit-pouvoir-paix-burundi/paix/accords-de-paix/.

[85] Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable, signé le 24 novembre 2016, à Bogota. Disponible à l'adresse suivante : www.peaceagreements.org/view/1845.

la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et leurs protocoles additionnels, ni la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'instituent de mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité dont l'efficacité soit attestée. Aucune situation spécifique n'a jamais non plus été examinée par la Commission internationale d'établissement des faits prévue à l'article 90 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ou lors des réunions des Hautes Parties contractantes prévues à l'article 7 du même texte. L'application du droit international humanitaire est ainsi laissée totalement aux mains du dépositaire, la Suisse, et du Comité international de la Croix-Rouge, qui refusent toute politisation des activités menées à cet égard. Ainsi, depuis la fin de la guerre froide, le Conseil de sécurité est le seul gardien de l'application du droit international humanitaire, avec tous les inconvénients que présente cette situation. Traiter des crimes de guerre et du génocide dans la convention représenterait donc un progrès réel dans la prévention et la répression de ces crimes.

38. On ne peut éviter de penser que le projet de convention vise à offrir un instrument sur mesure aux États qui n'ont pas l'intention de devenir parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, de 1998. Le projet de convention risque aussi d'avoir pour effet indésirable de décourager de nouvelles ratifications du Statut, en particulier à un moment où deux États ou plus semblent sur le point de dénoncer cet instrument.

39. La Commission, et cela est regrettable, se limite à son rôle technique sans tenir compte du climat politique, qui s'est radicalement modifié depuis 1998. Est-il réellement opportun de transmettre à l'Assemblée générale un texte dont il est peu probable qu'il serve mieux la coopération internationale que les traités existants de lutte contre le terrorisme, la criminalité transnationale et la corruption ? En outre, il incombe à la Commission de faire une recommandation sur un mécanisme de suivi, et il ne s'agit pas d'une question mineure dont on puisse traiter dans les clauses finales, mais d'un élément crucial pour l'application effective de la convention.

40. Le projet d'articles ne prévoit pas l'obligation pour les États de s'abstenir de commettre des crimes contre l'humanité, et il s'agit là d'une grave omission. Comme la Commission elle-même l'a fait observer dans son commentaire du projet d'article 58 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. »[86]

41. De même, dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a souligné dans son arrêt de 2007 que, bien que l'article premier de la Convention n'impose pas expressément aux États de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide, il serait paradoxal que les États soient tenus d'empêcher des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes : « l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre » (paragraphe 166 de l'arrêt).

42. L'absence de disposition excluant le recours aux tribunaux militaires pour juger les auteurs de crimes contre l'humanité est une autre omission grave. Comme l'a souligné Amnesty International en 2015 dans ses recommandations initiales en faveur d'une convention sur les crimes contre l'humanité[87], toute future convention devrait stipuler que les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité ne peuvent être jugées et condamnées que par les tribunaux civils de droit commun et non, quelles que soient les circonstances, par des tribunaux militaires ou des organes militaires quasi judiciaires. De nombreux pays d'Amérique latine ont redéfini leur système de justice militaire pour tenir compte de cette opinion, de telle manière qu'il est interdit aux tribunaux militaires de connaître d'affaires dans lesquelles il y a des victimes civiles. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est bien établie en la matière, comme le montrent les décisions rendues dans les affaires *Durand et Ugarte c. Pérou* et *Radilla-Pacheco c. Mexique*.

43. La réparation du préjudice causé par les crimes contre l'humanité doit tenir compte de la nature de ces crimes et de leurs conséquences pour les victimes et la société dans son ensemble. La réparation accordée aux victimes doit être intégrale, conformément à la résolution 60/147 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2005, qui énonce les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, et aux décisions récentes de la Cour pénale internationale et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. La réparation doit être adéquate, effective et rapide, être proportionnée et correspondre à la gravité des crimes commis, au préjudice subi et aux circonstances de chaque espèce. Une réparation adéquate doit comprendre des réparations tant individuelles que collectives, comme l'a jugé la Cour pénale internationale dans sa décision rendue en mars 2017 dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga*. De plus, il ne saurait être question de choisir entre « une ou plusieurs » des diverses formes de réparation visées au paragraphe 3 du projet d'article 14, puisque, à l'exception de la restitution, toutes les formes de réparation doivent être accordées dans tous les cas où des crimes contre l'humanité ont été commis. Les mots « une ou plusieurs des » devraient simplement être remplacés par l'article « les », et la conjonction « et » être insérée avant la dernière forme citée, les « garanties de non-répétition ». Le problème a déjà été envisagé à l'article 75 du Statut de Rome, qui vise « la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation ».

[86] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 153 (paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 58).

[87] Amnesty International, *Commission du droit international : recommandations initiales en faveur d'une convention sur les crimes contre l'humanité*, Londres, 2015. Disponible à l'adresse suivante : www.amnesty.org/download/Documents/IOR4012272015FRENCH.pdf.

44. Dans le même temps, il pourrait être utile de faire figurer dans le projet d'articles la phrase suivante, tirée du paragraphe 16 des Principes fondamentaux et directives susmentionnés : « Les États devraient s'efforcer de créer des programmes nationaux pour fournir réparation et toute autre assistance aux victimes, lorsque la partie responsable du préjudice subi n'est pas en mesure ou n'accepte pas de s'acquitter de ses obligations[88]. » Le Rapporteur spécial pourra vouloir prendre connaissance de la législation mexicaine récente, qui met en place un système très complet de réparation au bénéfice des victimes.

45. Il est compréhensible qu'il soit difficile pour la Commission d'adresser à l'Assemblée générale, sur un mécanisme de suivi, une recommandation adoptée par consensus. Il n'y a pas de modèle unique, les risques de double emploi avec des mécanismes de suivi établis par des traités existants sont manifestes et, peut-être surtout, tous les États, grands ou petits, commencent à se lasser des organes conventionnels. Pourtant, une convention sur les crimes contre l'humanité sans mécanisme de suivi serait lettre morte dès le départ. Il n'est pas exact d'affirmer que la question est tellement politique qu'il serait préférable que l'Assemblée générale en traite elle-même. La Commission peut examiner cette question sur la base de l'excellent mémoire du Secrétariat[89], et peut-être proposer quelque chose comme une réunion d'experts scientifiques, comme cela a été fait pour le sujet de la protection de l'atmosphère. Il y a parmi les nouveaux membres de la Commission des spécialistes des droits de l'homme assurément susceptibles de contribuer utilement au débat.

46. Une disposition sur les obligations des États fédéraux n'est peut-être pas effectivement nécessaire mais tous les États constituant un État fédéral ne sont pas familiers du droit international ni même intéressés par celui-ci, et il est très important de trouver le moyen d'harmoniser la législation fédérale. Cela n'est pas facile : au Mexique, par exemple, la Constitution et la législation ont dû être constamment amendées pour assurer une approche cohérente dans tout le pays des crimes de torture et de disparition forcée.

47. M. Gómez Robledo estime en conclusion que tous les projets d'article proposés dans le rapport devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

48. M. GROSSMAN GUILOFF, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour la qualité de son troisième rapport et l'exhaustivité de ses recherches, dit qu'en l'absence de traité universel d'extradition il est impératif de veiller à ce que les règles relatives aux crimes contre l'humanité soient incorporées dans la législation interne et de renforcer la coopération internationale dans ce domaine.

49. L'exclusion, au paragraphe 2 du projet d'article 11, de l'exception d'infraction politique comme motif de refus d'extrader est parmi les nombreuses dispositions précieuses du projet d'articles. On peut reprocher beaucoup de choses à la politique, mais non de tolérer les crimes contre l'humanité. En Occident, avant que la notion de crimes contre l'humanité soit pleinement développée, l'exception d'infraction politique a été opposée à certaines demandes d'extradition pour empêcher que des personnes qui avaient pris certaines positions politiques soient persécutées dans leur pays d'origine. Cela dit, aucune excuse ne saurait justifier d'accorder l'impunité pour de tels crimes.

50. Une autre disposition précieuse est celle qui figure au paragraphe 9 du projet d'article 11 et qui autorise un État à extrader un de ses ressortissants sous certaines conditions. L'interdiction de l'extradition des ressortissants est incompatible avec l'interdépendance du monde contemporain. L'orateur se félicite également que le principe *aut dedere aut judicare* soit consacré au projet d'article 9[90] et que des règles sur l'entraide judiciaire soient énoncées au projet d'article 13.

51. Le projet d'articles fait fond sur deux principales sources théoriques aux riches traditions juridiques : le droit pénal international et le droit international des droits de l'homme. Ce dernier est axé sur les victimes, alors que le premier l'est davantage sur la responsabilité. Ces deux traditions se recoupent toutefois dans une certaine mesure, par exemple dans leur rejet de l'impunité. Les principes qui devraient guider la Commission lorsqu'elle élabore une convention comme celle envisagée, dans un domaine où les deux traditions sont intrinsèquement liées, sont ceux de l'efficacité et de l'équilibre. Elle doit déterminer quelles règles de l'une ou l'autre tradition sont le plus appropriées puis faire en sorte que le texte dans son ensemble s'inspire des deux traditions de manière prudente et équilibrée. Dans le préambule en particulier, l'accent pourrait peut-être être mis davantage sur les sources du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

52. S'agissant de l'absence de disposition sur l'obligation de dispenser une formation, tant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées comprennent des règles spécifiques sur le sujet, avec des résultats dans l'ensemble positifs. De nombreux magistrats, procureurs et membres des forces de sécurité ont reçu une formation aux règles du droit interne régissant la matière, et tant les agents de l'État que la population civile sont beaucoup plus au fait des dispositions conventionnelles applicables. De manière générale, il existe une sorte de « déficit de prévention » dans le projet dans son ensemble et l'on peut remédier à ce problème en mentionnant la formation et le renforcement des capacités dans le préambule et en étoffant les dispositions relatives à la coopération internationale dans le texte de l'instrument.

53. Le projet ne semble contenir aucune disposition indiquant que, du point de vue de la protection, c'est un plancher et non un plafond qui est proposé, ce qui signifie que, si un autre traité ou une disposition du droit interne établissent des règles qui vont plus loin que celles énoncées dans la convention, ce sont ces règles qui prévaudront. D'une manière générale, les traités relatifs aux droits de l'homme contiennent une disposition indiquant que les règles qu'ils énoncent sont sans préjudice des dispositions

[88] Résolution 60/147 de l'Assemblée générale, annexe, par. 16.

[89] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/698.

[90] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 177 (projet d'article 9).

d'autres instruments internationaux offrant une meilleure protection ; le paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et l'article 29 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » peuvent être cités comme exemples.

54. L'orateur dit qu'il est conscient que la double nature − pénale et humanitaire − du projet risque d'en rendre l'adoption difficile. Il a aussi pris note des complications soulignées par des membres de la Commission en ce qui concerne le projet d'article 15. Il sera intéressant de voir comment le Comité de rédaction règle ces problèmes tout en conservant les règles propres à assurer la réalisation des objectifs de la convention.

55. Il serait utile de compléter les paragraphes 7, 9 et 10 du projet d'article 11 pour indiquer que le droit interne en matière d'extradition doit être conforme aux obligations de droit international des États. De plus, limiter les raisons d'accorder une protection à celles énumérées au paragraphe 11 de ce projet d'article n'a guère de sens. Une expression telle que « ou de tout autre statut » pourrait être ajoutée, ou toute discrimination être expressément interdite. De même, une disposition pourrait être ajoutée pour accorder une protection sur la base non seulement du statut mais aussi des actes, pour le cas où des personnes veulent se prévaloir de la protection offerte par des obligations conventionnelles.

56. Sur la question du non-refoulement, qui fait l'objet du projet d'article 12, étant donné la nature du crime en question − à savoir une attaque généralisée contre la population civile − il serait utile d'énoncer une interdiction générale renvoyant aux interdictions existantes en droit international. Prouver l'existence d'une attaque généralisée contre une population civile aux fins de l'application du principe du non-refoulement peut être problématique. Peut-être devrait-on viser les tribunaux militaires, comme l'a proposé M. Gómez Robledo, et prévoir des garanties efficaces en matière de régularité de la procédure dans les affaires de refoulement. Les problèmes découlant du recours à des tribunaux militaires ont été envisagés de manière approfondie dans la jurisprudence régionale et dans celle de plusieurs organes conventionnels de l'Organisation des Nations Unies, et cette question pourrait peut-être être mentionnée dans le projet.

57. Étant donné les objectifs de la future convention, il est indispensable de formuler, en ce qui concerne les victimes, des règles qui à tout le moins n'ôtent rien aux règles de droit international existantes. À cette fin, quatre questions doivent être pleinement traitées : la définition du terme « victime », les réparations, les droits des victimes et la protection des victimes et des témoins.

58. Le projet d'article 14 ne définit pas le terme « victime », mais les éléments d'une définition sont solidement établis en droit international de la responsabilité pour le préjudice causé à des nationaux d'autres États. Les organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont une pratique abondante dans ce domaine. De plus, les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire traitent des diverses ramifications de ce droit. Il ne semble donc pas suffisant de laisser la définition des victimes au droit interne, comme le fait le projet d'article 14. La « formule de la quatrième instance » évoquée par des orateurs précédents n'offre aux États aucune marge d'appréciation pour déterminer qui est une victime en cas de violations flagrantes des droits de l'homme. Aucun des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme n'a jamais non plus laissé une telle définition au droit interne, comme le montre une lecture attentive de l'observation générale n° 3 (2012) du Comité contre la torture[91]. La règle 85 du Règlement de procédure et de preuve[92] de la Cour pénale internationale donne certes une définition des victimes, mais celle-ci est assez succincte.

59. La signification du terme « réparation » est de même bien établie en droit international. Étant donné la gravité des crimes contre l'humanité, le Rapporteur spécial a à juste titre mentionné au paragraphe 3 du projet d'article 14 le droit d'obtenir réparation à titre individuel ou collectif et les garanties de non-répétition. Toutefois, des termes plus vigoureux sont nécessaires pour souligner que la réparation doit être « effective ». D'autres aspects importants de la réparation méritant d'être mentionnés sont l'existence de recours judiciaires et d'une aide juridictionnelle effectivement disponibles, le caractère exécutoire des décisions judiciaires et le droit à la vérité. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 devrait viser non seulement les personnes mais également les groupes de personnes victimes d'un crime contre l'humanité.

60. S'agissant de l'amnistie, le Rapporteur spécial cite un grand nombre d'instruments et de décisions, et l'orateur dit qu'il pourrait lui-même en citer plusieurs autres, qui indiquent expressément qu'il ne peut y avoir d'amnistie pour les crimes contre l'humanité. Les organes créés par des traités relatifs aux droits de l'homme ont vigoureusement confirmé cette interdiction et dans certains cas l'ont élargie aux violations graves et systématiques des droits de l'homme. Il serait utile que le commentaire du projet d'articles contienne une analyse exhaustive de la situation en matière d'amnistie.

61. Pour ce qui est des réserves, l'orateur dit qu'il préférerait que les réserves soient exclues, mais qu'à défaut, en l'absence de consensus à la Commission, un système mixte et limité peut être prévu. Quant à la pertinence de la qualité officielle, cette question devrait être mentionnée dans le commentaire, sinon dans le projet d'articles. Par ailleurs, les conditions ne sont pas réunies pour la création d'un nouvel organe chargé de suivre l'application de la future convention, ce pour des raisons économiques et autres. Peut-être l'approche la plus pragmatique serait-elle de prévoir une assemblée des États parties chargée de procéder à un examen par des pairs.

---

[91] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 44* (A/68/44), annexe X.

[92] Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, dans *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002* (ICC-ASP/1/3 et Corr.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.2, deuxième partie, sect. A), à la page 54.

62. En conclusion, l'orateur appuie le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction et dit qu'il espère que les travaux extrêmement importants sur le sujet seront rapidement menés à bien.

63. M. RAJPUT dit que la longueur du rapport sur les crimes contre l'humanité est compréhensible étant donné la diversité des questions dont il fallait traiter. Comme l'objectif est d'élaborer une convention, le Rapporteur spécial jouit d'un large pouvoir discrétionnaire s'agissant de choisir l'approche du sujet et de faire des choix de principe. Les aspects procéduraux envisagés dans le rapport représentent ainsi des préférences de principe plus qu'ils ne reflètent l'état du droit. Il aurait à cet égard été souhaitable que soient expliquées plus en détail les raisons de choisir un traité plutôt qu'un autre, et en particulier celles pour lesquelles la Convention des Nations Unies contre la corruption a été choisie comme modèle pour élaborer les dispositions relatives à l'extradition et à l'entraide judiciaire. Cet instrument est en effet très différent de la future convention sur les crimes contre l'humanité, bien que ses dispositions relatives à l'extradition soient de caractère procédural et ne soient pas indissociables de la corruption. Elles définissent ainsi un cadre solide garantissant que l'extradition aura lieu en éliminant les problèmes de technique juridique, et elles servent l'objectif consistant à empêcher que les auteurs de crimes contre l'humanité ne tirent parti des dispositions techniques des traités d'extradition bilatéraux.

64. S'agissant du paragraphe 26 du rapport à l'examen, bien qu'aucune disposition relative aux demandes d'extradition concurrentes ne soit envisagée, il est inévitable qu'il y ait des demandes concurrentes dans la perspective de poursuites dans plusieurs États. Il conviendrait de proposer en ce qui les concerne un ordre de priorité fondé sur le lieu où le crime a été commis, la présence de victimes ou de témoins, la nature du droit pénal interne et le système de justice pénale.

65. La règle de la double incrimination est d'abord une création de la pratique conventionnelle et ne devrait pas figurer dans la convention envisagée, non parce que les crimes contre l'humanité sont automatiquement réprimés par tous les États, comme le donne à penser le paragraphe 35 du troisième rapport, mais parce que les questions de temporalité risquent de créer des problèmes. L'orateur ne voit pas l'utilité du paragraphe 1 du projet d'article 11, par lequel les États s'engagent à inclure les infractions visées dans le projet d'articles en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront. Il énonce une évidence et risque d'être invoqué pour arguer que si un traité bilatéral d'extradition ne vise pas les crimes contre l'humanité, ce sont ses prescriptions, qui peuvent être moins strictes que celles de la future convention, qui doivent s'appliquer. L'orateur dit qu'il approuve le paragraphe 2 du projet d'article 11, les auteurs de crime risquant d'essayer de se défendre en invoquant le caractère politique de leurs actes, créant ainsi un obstacle à l'extradition.

66. La disposition relative à l'entraide judiciaire doit être détaillée pour contribuer à l'efficacité et à l'efficience de la conduite des procès, l'objectif étant non seulement de juger l'accusé mais également d'aboutir au résultat sur la base de pièces à conviction crédibles. La négociation de dispositions conventionnelles détaillées est fastidieuse, mais de telles dispositions sont préférables, sous réserve qu'elles puissent être ultérieurement modifiées par les parties contractantes pour tenir compte des particularités de leur droit interne.

67. L'orateur dit qu'il ne souscrit pas à la proposition du Rapporteur spécial de ne pas définir le terme « victime » dans le projet d'articles et de laisser aux États le soin de le faire sur la base de leur droit interne. Des éclaircissements doivent être fournis dans le commentaire, sinon dans le projet d'articles. Par exemple, si une victime est définie seulement comme une personne ayant fait l'objet d'un crime contre l'humanité, il n'y a guère de chance qu'elle soit vivante ; toutefois, la catégorie des victimes ne doit pas être large au point d'englober des personnes indûment éloignées de celles qui sont effectivement des victimes. En droit international, le terme « réparation » a un sens spécifique qui risque de limiter le montant de l'indemnisation pouvant être accordée aux victimes. Une solution pourrait consister à utiliser la formule type retenue dans certains traités d'investissement : « une indemnisation prompte, adéquate et effective ».

68. L'orateur dit qu'il souscrit aux critiques adressées à la proposition du Rapporteur spécial concernant le règlement des différends interétatiques. En cas de crimes contre l'humanité, la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice devrait être prévue comme moyen rapide de régler les différends relatifs à l'application de la convention ou aux demandes d'extradition ou poursuites concurrentes.

69. S'agissant de l'amnistie, il s'agit d'un des outils disponibles pour réaliser la paix ; bien qu'il puisse donner lieu à des abus, ce n'est pas toujours le cas, et si cela se produit, les procédures de suivi et de règlement des différends prévues par la future convention pourront être mises en mouvement. L'orateur dit qu'il souhaiterait que l'amnistie fasse l'objet d'une approche pragmatique, fondée sur une analyse au cas par cas. L'amnistie ne devrait pas être totalement interdite, mais il pense avec le Rapporteur spécial que le projet d'articles ne devrait rien en dire, en laissant aux États le soin d'adopter l'approche appropriée lorsqu'ils négocieront le texte.

70. Lors du débat qui a eu lieu au sujet de l'amnistie, la « politique des Nations Unies » et la pratique de certains organes conventionnels ont été mentionnées. Plusieurs États ont eu recours à l'amnistie par le passé, et il est très difficile de voir comment la politique et la pratique d'une organisation internationale peuvent se substituer à la pratique des États, comme indiqué aux projets de conclusions 4 et 12 sur la détermination du droit international coutumier et dans les commentaires accompagnant ces projets de conclusion[93].

71. L'orateur dit qu'il n'appuie pas l'opinion exprimée par certains membres selon laquelle la convention envisagée devrait expressément exclure les immunités, comme le fait le paragraphe 2 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il existe une différence

[93] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 70 à 72 (projet de conclusion 4) et p. 82 et 83 (projet de conclusion 12).

de structure et, plus important, d'objet entre la convention proposée et le Statut de Rome. La première vise à créer un « réseau diffus » permettant d'engager des poursuites devant divers tribunaux internes, et le second à mettre en place une juridiction internationale unique. L'orateur dit qu'il est un fervent partisan de la création d'un « système diffus » empêchant le suspect d'échapper à tel ou tel système, plutôt qu'à un système axé sur une seule institution, car cela assujettit les crimes internationaux graves à des limitations institutionnelles. Ce raisonnement est étayé par le fait que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne contient pas non plus de disposition relative à l'immunité, ayant elle-même été élaborée sur le modèle envisagé pour la convention sur les crimes contre l'humanité. De plus, mentionner l'immunité dans la convention envisagée ferait double emploi avec les travaux en cours sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

72. Certains membres ont fait valoir que le Rapporteur spécial devrait se pencher sur la question des réserves, au motif que les États ne devraient pas pouvoir déroger à des dispositions traitant de crimes internationaux importants. Bien qu'il comprenne le vœu de ces membres de ne pas affaiblir l'impact de la convention envisagée, l'orateur n'est pas d'accord avec eux. Les dispositions détaillées sur l'entraide judiciaire, le suivi et le règlement des différends sont toutes indispensables pour que le mécanisme de mise en œuvre soit efficace, mais des réserves à certaines d'entre elles peuvent devoir être autorisées pour que les obligations énoncées dans la future convention soient compatibles avec le droit interne, en particulier en ce qui concerne la peine capitale. Si des États souhaitent ratifier la convention proposée moyennant des réserves susceptibles d'altérer des aspects procéduraux du texte sans toucher d'aucune manière aux obligations essentielles qu'il énonce, le prix ainsi payé sera faible si cela rend la future convention plus acceptable pour les États. Rendre la convention plus acceptable n'en réduit pas l'intérêt ; au contraire, on renforce ainsi le régime. Les pays où des poursuites pourront être engagées seront ainsi beaucoup plus nombreux, et la lutte contre les crimes contre l'humanité plus efficace et performante.

73. Plusieurs membres se sont déclarés préoccupés par l'abus dont les réserves peuvent faire l'objet, mais en droit international contemporain le droit de formuler des réserves n'est aucunement absolu. La Cour internationale de Justice a indiqué clairement dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* qu'une réserve devait être conforme à l'objet et au but du traité en cause. La Commission a elle-même longuement analysé le régime des réserves dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités[94], de 2011, dont la directive 4 traite des effets juridiques des réserves, indiquant que les réserves à un traité reflétant une norme du *jus cogens* sont nulles.

74. L'orateur dit qu'il appuie le renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction et félicite le Rapporteur spécial de s'être penché sur les aspects procéduraux de la répression des crimes contre l'humanité, car en l'absence de dispositions procédurales les dispositions de fond risquent de ne pas contribuer à la réalisation de l'objectif, à savoir combattre les crimes contre l'humanité.

75. M. HMOUD dit qu'il ne peut souscrire à l'argument de M. Rajput selon lequel l'utilisation de l'amnistie par plusieurs États ouvre la porte à l'amnistie pour les crimes contre l'humanité en écartant toute interdiction existant en droit international coutumier. Si une telle pratique est en vigueur dans certains États, on peut douter sérieusement qu'il s'agisse d'une pratique générale et systématique de la communauté internationale constitutive d'une norme de droit international coutumier, en particulier s'agissant des crimes contre l'humanité.

76. M. RAJPUT dit que pour déterminer si un principe existe en droit international, il convient d'appliquer le principe *expressio unius est exclusio alterius* énoncé dans l'affaire du *Vapeur* « Wimbledon », selon lequel une règle n'existe pas s'il n'a pas été établi qu'elle existe effectivement. Il indique qu'il n'a pas dit qu'une pratique d'amnistie existait en ce qui concerne spécifiquement les crimes contre l'humanité, mais que l'amnistie existait en général. C'est uniquement s'il est établi qu'une telle pratique n'existe pas en droit international coutumier que l'on peut dire que l'amnistie ne peut s'appliquer aux crimes contre l'humanité. Il sera nécessaire de fournir suffisamment d'éléments attestant qu'il ne s'agit pas seulement d'une pratique conventionnelle mais également que les États sont psychologiquement prêts à l'accepter comme un principe du droit international coutumier. De tels principes ne peuvent ensuite être écartés par la politique ou la pratique de l'Organisation des Nations Unies ou d'une autre organisation internationale.

77. M. HMOUD dit que la question est de savoir si l'amnistie pour les crimes contre l'humanité est effectivement interdite par le droit international. La réponse est positive, comme l'atteste la doctrine des publicistes. Lorsque la communauté internationale identifie une interdiction comme relevant du *jus cogens*, comme c'est le cas pour l'interdiction des crimes contre l'humanité, faire disparaître le châtiment pour le crime en question, comme le ferait une amnistie, constituerait une violation du *jus cogens*.

78. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'un sujet aussi complexe mérite un examen approfondi et objectif. Il pense avec M. Rajput qu'une simple résolution de l'Assemblée générale ou d'un organe régional ne peut se substituer à la pratique des États. Toutefois, les décisions des juridictions internationales qui ont été appliquées par les États ne constituent-elles pas une pratique des États ? Peut-être la Commission devrait-elle examiner ultérieurement les nombreux exemples de lois d'amnistie, en particulier celles visées dans la publication du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme relative aux outils de l'état de droit à l'intention des États sortant d'un conflit[95]. L'argument selon lequel la réflexion sur la question de l'amnistie a évolué ne doit pas être considéré comme une position extrême.

[94] Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 23 et suiv. Voir aussi la résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe.

[95] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : amnisties* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.09.XIV.1).

79. M. JALLOH dit qu'il considère lui aussi qu'une question aussi importante doit être traitée de manière réfléchie et prudente en tenant compte de la pratique des États au niveau national ainsi que de la pratique des institutions internationales, notamment des tribunaux internationaux créés par l'Organisation des Nations Unies, et des cours et commissions régionales des droits de l'homme. Le texte final de l'accord de paix conclu en Colombie exclut toute amnistie ou grâce pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre tels que ceux-ci sont définis dans le Statut de Rome. M. Jalloh appuie la proposition tendant à ce que le Secrétariat élabore une étude sur la question.

80. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit qu'il souscrit aux observations de M. Hmoud. Il a lui-même, dans la déclaration qu'il a faite, donné des exemples de la pratique des États, notamment de la législation et la jurisprudence nationales, ainsi que de la jurisprudence internationale qui étayent l'existence d'un principe de droit international coutumier interdisant l'amnistie dans le cas de crimes contre l'humanité, en particulier lorsqu'ils constituent des violations du *jus cogens*. Il a également mentionné des accords conclus au sortir de conflits, notamment l'accord de paix signé en Colombie, qui exclut expressément toute amnistie ou grâce en cas de crimes contre l'humanité.

81. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il souscrit lui aussi aux observations de M. Hmoud concernant les violations du *jus cogens*. La Commission ne doit pas écarter la possibilité d'amnistier certains crimes, mais non les crimes contre l'humanité, dans le cadre de la justice transitionnelle. Il pense lui aussi que la Commission devrait disposer de davantage de temps pour examiner cette question et prier le Secrétariat d'établir une étude.

82. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la question de l'amnistie sera examinée au Comité de rédaction, qui décidera alors s'il convient ou non de demander au Secrétariat d'élaborer une étude.

83. Parlant en tant que membre de la Commission, il dit qu'en élaborant une convention couronnée de succès sur les crimes contre l'humanité, la Commission remédiera à une carence sur un aspect essentiel du système de justice pénale internationale. Il incombe à la Commission de faire ce qu'elle peut pour que la future convention soit ratifiée par le plus grand nombre d'États. Toutefois, étant donné le climat actuel, on ne peut tenir pour acquis que tel sera le cas. Ces dernières années, la conclusion et la ratification des traités multilatéraux dans d'autres domaines ont marqué le pas et certains traités existants ont même été contestés. Nombreux sont ceux qui pensent que si le Statut de Rome de la Cour pénale internationale devait être négocié et soumis à la ratification aujourd'hui, il serait loin de connaître le même succès qu'il y a quinze ans. Il existe un certain nombre de questions spécifiques que les États considèrent comme délicates ou sur lesquelles ils ont des incertitudes, et l'on peut donc douter qu'ils soient prêts à ratifier une convention sur les crimes contre l'humanité.

84. La Commission peut bien entendu dire que, si les États sont réticents à accepter certaines obligations, ils peuvent toujours modifier le texte de la Commission lorsqu'ils négocieront la convention. Ce texte définira néanmoins les termes du débat et bénéficiera de l'appui d'un noyau d'États, même si d'autres considèrent qu'il va trop loin, mais une convention sur les crimes contre l'humanité ne doit pas être appuyée et ratifiée par un noyau d'États seulement : elle doit recueillir un nombre de ratifications comparable au nombre de celles recueillies par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ou les Conventions de Genève de 1949. Il serait de très mauvais augure que la future convention ne soit ratifiée que par une simple majorité, voire par moins que la majorité. La Commission doit donc s'efforcer de réduire autant que possible le nombre de difficultés potentielles pour les États, même s'il lui faut pour cela renoncer à réaliser certains objectifs qui méritent de l'être.

85. L'orateur croit comprendre que le Rapporteur spécial s'est efforcé de relever ce défi en proposant certains modèles bien connus et qui ont fait leurs preuves et en laissant de côté certains points susceptibles de créer des difficultés. Il s'agit là d'une approche généralement judicieuse, mais certains modèles appropriés dans d'autres contextes peuvent l'être moins s'agissant des crimes contre l'humanité. Par exemple, on peut douter que les projets d'article sur l'extradition et l'entraide judiciaire doivent suivre le modèle des dispositions détaillées de la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'orateur dit qu'il préférerait que l'on prenne pour modèle la disposition concise figurant dans des traités dont la matière est plus étroitement liée aux crimes contre l'humanité. Le Rapporteur spécial fait valoir que les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption ont été largement ratifiées et ont subi l'épreuve de la pratique, un argument convaincant. De ce point de vue, la disposition détaillée semble apporter les solutions requises aux problèmes pratiques. Par contre, plus la disposition sera détaillée, plus grand sera le risque qu'elle soulève des questions ou devienne obsolète.

86. Plusieurs membres ayant dit qu'ils préféraient des dispositions concises en ce qui concerne l'extradition et l'entraide judiciaire, l'orateur propose que le Rapporteur spécial soumette au Comité de rédaction des dispositions concises et des dispositions détaillées afin que le Comité choisisse celles qu'il souhaite utiliser pour ses travaux. Cette approche permettra également de distinguer le texte de la convention envisagée lui-même, qui contiendra une version concise des règles fondamentales en matière d'extradition et d'entraide judiciaire, de l'annexe susceptible de contenir des dispositions plus détaillées, comme l'ont proposé plusieurs membres. Une telle annexe permettrait également d'énoncer des règles différentes concernant les amendements qui pourront être nécessaires compte tenu de l'expérience acquise dans l'application de la convention. Quelle que soit la forme que la Commission décide de retenir, il importe de laisser aux États une liberté considérable pour leur permettre de conserver leur législation ou d'en adopter une en ce qui concerne les limitations possibles à la coopération.

87. L'orateur pense lui aussi que l'exception d'infraction politique n'est pas nécessaire mais qu'il faut veiller à ce qu'un État n'extrade pas un suspect si c'est en raison de ses opinions politiques que l'État requérant demande l'extradition de l'intéressé. Il souhaiterait que

l'on ajoute les mots « ou de son appartenance à un certain groupe social », formule utilisée dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, à la fin de l'énumération figurant au paragraphe 11 du projet d'article 11. On pourrait même aller plus loin, en énonçant des garanties en matière de droits de l'homme, comme le fait l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés.

88. L'orateur dit que d'une manière générale il souscrit au projet d'article 14, relatif aux victimes, témoins et autres personnes, ainsi qu'aux explications données par le Rapporteur spécial. Il s'agit là d'un domaine important mais dans lequel les traditions juridiques nationales concernant la procédure pénale et les formes de réparation possibles sont extrêmement diverses. Il appuie donc l'approche adoptée par le Rapporteur spécial qui laisse aux États le soin de définir dans leur droit interne le terme « victime » et les formes de la réparation, en particulier dans les cas d'atrocités massives. À défaut, les États risqueraient fort d'hésiter à ratifier la future convention.

89. Le Rapporteur spécial a donné une très bonne raison pour ne pas inclure de disposition sur l'immunité. Une disposition écartant l'immunité comme le fait l'article 27 du Statut de Rome devrait être expliquée soit comme une nouvelle règle juridique soit comme l'expression du droit international positif. Dans l'état actuel des relations interétatiques, si la Commission devait dire qu'une disposition comparable à l'article 27 crée une nouvelle règle, de nombreux États risquent d'hésiter à ratifier la convention. Si, à l'opposé, elle dit qu'une telle disposition reflète le droit international coutumier, elle préjuge le débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Certes, la Commission peut éviter de préjuger ce débat en indiquant clairement que l'inclusion d'une règle comparable à l'article 27 du Statut de Rome est sans préjudice du statut de cette règle en droit international coutumier. Les États seraient alors alertés et pourraient librement choisir de prendre ou non le risque de se lier davantage qu'ils ne le sont actuellement au regard de ce droit. L'orateur dit que si en la matière la seule préoccupation est la cohérence en droit international, cette solution transparente aurait sa préférence, car elle forcerait les États à montrer s'ils pensent qu'en aucune circonstance ils ne doivent être autorisés à invoquer l'immunité de leurs représentants lorsqu'il est allégué que des crimes contre l'humanité ont été commis. Il est toutefois probable qu'une telle disposition ferait hésiter les États à ratifier le projet de convention.

90. Ces préoccupations valent également en ce qui concerne l'inclusion d'une disposition sur l'amnistie. Il serait utile de savoir combien d'États appuieraient une interdiction générale ou une certaine forme d'interdiction de l'amnistie, mais il ne faudrait pas compromettre le succès du projet de convention en l'alourdissant avec cette question, si importante soit-elle.

91. La question des réserves suscite la même préoccupation. Il est profondément ironique que la Commission soit maintenant en train d'examiner s'il convient ou non d'exclure ou de limiter sérieusement la possibilité de formuler des réserves telles qu'envisagées aux articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969. Après tout, c'est pour que les États ratifient la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide aussi nombreux que possible que la Cour internationale de Justice a initialement reconnu les règles libérales énoncées en matière de réserves dans la Convention de Vienne de 1969.

92. En conclusion, l'orateur dit que, si une convention sur les crimes contre l'humanité n'est pas largement ratifiée, ou si le processus de ratification dure trop longtemps, le fonctionnement et la perception de la justice pénale internationale en général risquent d'en être affectés. La Commission n'a pas droit à l'échec.

La séance est levée à 18 h 5.

3354e SÉANCE

Mardi 9 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. MURPHY (Rapporteur spécial), résumant le débat consacré à son troisième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704), dit qu'il tient à remercier les membres de la Commission de leurs commentaires et suggestions qui ont contribué à un débat exceptionnel. Il ne pourra pas répondre à chacun d'entre eux dans son résumé, mais il a prêté une grande attention à tous les points de vue qui ont été exprimés et en a pris bonne note.

2. En ce qui concerne les questions d'ordre général soulevées pendant le débat, M. Murase a réaffirmé la position qu'il avait exprimée en 2016, à la 3296e séance, à savoir que la Commission risquait de sortir de son « mandat habituel[96] » en rédigeant une nouvelle convention. Comme il l'a indiqué en 2016, le Rapporteur spécial est d'avis que la Commission peut, si elle le souhaite, travailler sur un sujet en élaborant des projets d'article dans l'intention qu'ils aboutissent à une convention. L'article 16 du statut de la Commission du droit international prévoit la possibilité que l'Assemblée générale des Nations Unies

[96] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3296e séance, p. 51, par. 42.

renvoie à la Commission une proposition en ce sens, mais l'article 17 prévoit expressément la rédaction de conventions en l'absence d'une telle proposition. La Commission ayant procédé de la sorte par le passé, le Rapporteur spécial ne voit pas pour quelle raison cette pratique pourrait être considérée comme inappropriée ; du reste, au cours des trois années précédentes, aucun État ne l'a qualifiée de telle lors des débats à la Sixième Commission.

3. Il est encourageant que la grande majorité des membres de la Commission appuie l'objectif d'achever l'examen du sujet en première lecture pendant la session en cours. Seuls deux d'entre eux ont mis la Commission en garde contre toute précipitation. Le Rapporteur spécial se félicite que plusieurs membres de la Commission aient affirmé que celle-ci devait continuer à faire tout son possible pour élaborer des projets d'article constructifs et efficaces qui soient aussi acceptables pour les États. La Commission ne cherche pas à produire un obscur instrument incitatif, mais un instrument à part entière qui est attendu avec intérêt par les États comme par la société civile.

4. Une discussion intéressante a eu lieu sur les avantages et les inconvénients des dispositions « détaillées » que le Rapporteur spécial a proposé d'inclure dans les projets d'article sur l'extradition et l'entraide judiciaire. Plusieurs membres de la Commission doutaient que les dispositions en question soient nécessaires ou appropriées, mais d'autres les ont défendues et, s'agissant de l'entraide judiciaire, ont souligné leur importance pour la coopération actuelle entre services de répression. D'autres membres les appuyaient mais pensaient qu'elles devaient être remaniées.

5. Le Rapporteur spécial a examiné attentivement toutes les opinions qui ont été exprimées et, en premier lieu, il ne croit pas que la nature de l'infraction visée dans certaines dispositions détaillées doive être prise en compte pour évaluer l'utilité de ces dispositions. Lorsqu'un État adresse une demande d'entraide judiciaire à un autre État, par exemple, il est utile que de telles dispositions prévoient des procédures efficaces, quelle que soit la nature de l'infraction pénale considérée. En particulier, le Rapporteur spécial ne partage pas l'idée qu'en règle générale les crimes contre l'humanité relèvent des affaires intérieures d'un seul État, ce qui rendrait la coopération transnationale moins pertinente. Pour ne citer qu'un exemple, il serait tout à fait possible que des membres ou des victimes de l'État islamique d'Iraq et du Levant, ou Daech, se trouvent dans plusieurs pays différents, ce qui rendrait nécessaire une coopération transfrontière en vue d'enquêter sur les crimes contre l'humanité supposés et poursuivre leurs auteurs.

6. En deuxième lieu, le Rapporteur spécial dit qu'il tient à répondre à ce qui a peut-être été la question la plus pertinente sur ce point, celle de savoir si les dispositions détaillées de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000) et de la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003) ont été véritablement utiles dans la pratique. Certaines données portent à croire que ces dispositions fonctionnent en fait de manière satisfaisante. Pour gagner du temps, le Rapporteur spécial se concentrera sur la seconde des deux conventions précitées. Aucun des 181 États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption n'a émis de réserve aux dispositions de la Convention relatives à l'extradition et à l'entraide judiciaire, et 19 seulement ont informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'ils n'utiliseraient pas les dispositions relatives à l'extradition comme base légale de leur coopération avec d'autres États dans ce domaine. De plus, le rapport de 2015 de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), intitulé *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption : incrimination, détection et répression, et coopération internationale*[97], comprend un certain nombre de constatations positives quant à l'utilisation de ces dispositions.

7. Il ressort notamment du document précité que la plupart des États indiquent s'être acquittés de l'obligation que leur fait la Convention d'inclure de plein droit, dans tout traité d'extradition en vigueur entre eux et d'autres États, les infractions de corruption en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé, et affirment s'engager à faire de même dans tout traité d'extradition qu'ils concluront à l'avenir avec d'autres États. Les dispositions concernées sont analogues à celles du paragraphe 1 du projet d'article 11 sur les crimes contre l'humanité. En outre, la majorité des États parties à la Convention ont confirmé qu'ils ne considéreraient en aucun cas une infraction établie conformément à la Convention comme une infraction politique (question couverte par le paragraphe 2 du projet d'article 11 de la Commission). Seule une minorité d'États parties subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité ; toutefois, dans la pratique, la plupart des États parties ont recours à des procédures conventionnelles. La majorité des États parties ont confirmé qu'en l'absence de traité d'extradition avec l'autre État partie concerné, ils pouvaient utiliser l'article pertinent de la Convention comme base légale de l'extradition (comme le prévoient les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 11 de la Commission).

8. Étant donné que, selon les informations fournies par les États parties, la durée moyenne des procédures administratives ou judiciaires d'extradition varie de un à dix-huit mois, la disposition pertinente de la Convention (qui correspond au paragraphe 7 du projet d'article 11 de la Commission) semble jouer un rôle important dans l'accélération des procédures. Les motifs de refus d'extradition sont prévus par le droit interne, mais la plupart des pays peuvent rejeter une demande d'extradition en invoquant les mêmes types de motifs que ceux inscrits dans la Convention (correspondant au paragraphe 11 du projet d'article 11 de la Commission). De surcroît, selon le rapport de l'ONUDC, l'obligation énoncée dans la disposition de la Convention relative aux consultations à tenir avant de refuser l'extradition (analogue au paragraphe 12 du projet d'article 11 de la Commission) existe déjà dans le droit interne ou la pratique de certains États parties, tandis que d'autres la trouvent utile car « directement applicable et ayant automatiquement force de loi dans leur propre système juridique »[98]. En revanche, selon le rapport, la pratique rapportée par les États parties en ce qui concerne les dispositions de la Convention correspondant

[97] ONUDC, *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption : incrimination, détection et répression, et coopération internationale*, Nations Unies, New York, 2015.

[98] Ibid., p. 199.

aux paragraphes 9 et 10 du projet d'article 11 de la Commission est relativement pauvre. Si la Commission se demande quels passages du texte elle pourrait couper, ces paragraphes représentent donc une possibilité.

9. D'une manière générale, le rapport de l'ONUDC fait état d'une abondante pratique étatique montrant que les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption relatives à l'extradition fonctionnent relativement bien. Ces dispositions sont familières aux États, qui ont accepté l'approche qu'elles reflètent et ont adapté leurs lois et leur pratique en conséquence. Partant, le Rapporteur spécial juge approprié d'introduire dans le projet d'articles une disposition détaillée sur l'extradition.

10. Selon le même rapport, l'utilité des dispositions détaillées est encore plus manifeste dans le domaine de l'entraide judiciaire. De nombreux États parties ont indiqué que les dispositions de la Convention consacrées à cette question (analogues à celles du projet d'article 13 de la Commission) étaient importantes car elles prévoyaient une coopération internationale entre eux et d'autres États en l'absence d'un traité bilatéral ou régional d'entraide judiciaire. Malgré la primauté des traités bilatéraux, plusieurs États ont indiqué qu'ils avaient à maintes reprises expressément invoqué la Convention dans leurs demandes d'entraide judiciaire, notamment en utilisant le « minitraité » contenu dans l'instrument.

11. Troisièmement, de nombreux commentateurs ont relevé l'apport des dispositions détaillées de la Convention des Nations Unies contre la corruption et des conventions précédentes, soulignant leur rôle dans la promotion de la coopération, y compris pour des questions allant au-delà des infractions spécifiques visées par le traité dans lequel elles figuraient. D'après un responsable de l'ONUDC, le succès de la Convention est dû en grande partie à ses dispositions détaillées sur l'extradition et l'entraide judiciaire.

12. Quatrièmement, la Commission ne devrait pas négliger le fait que pour de nombreux États, l'extradition et l'entraide judiciaire sont essentielles pour la répression des crimes les plus graves aux yeux de la communauté internationale. De fait, l'initiative de la Slovénie, des Pays-Bas et de la Belgique visant la création d'un traité multilatéral consacré exclusivement à ces deux questions a suscité l'intérêt d'un certain nombre d'États. En sous-estimant l'importance de dispositions solides sur ces questions, la Commission commettrait donc une erreur. Si elle se contente de dispositions quelconques, elle risque de voir son projet d'articles perçu comme n'étant pas en phase avec la pratique contemporaine.

13. Enfin, le Rapporteur spécial a le sentiment que certaines des préoccupations exprimées au sujet des dispositions détaillées concernent moins la substance que l'« emballage », et le risque que ces dispositions « noient », par comparaison, les autres projets d'article. Certains membres ont proposé de résoudre le problème en plaçant les dispositions en question dans une annexe. Le Rapporteur spécial est ouvert à toute suggestion. Une solution serait de simplement déplacer les projets d'articles 11 et 13 à la fin du projet d'articles ou juste avant le projet d'article 17 relatif au règlement des différends. En dernier ressort, cette question pourrait être réglée par le Comité de rédaction.

14. Les commentaires et suggestions formulés par les membres de la Commission lors du débat en séance plénière pourraient aussi être pris en compte par le Comité de rédaction. Quant au projet d'article 11 relatif à l'extradition, plusieurs membres, faisant observer qu'il ne comportait pas de disposition sur les demandes d'extradition multiples ou concurrentes, ont proposé d'aborder cette question dans le projet d'articles ou dans les commentaires y relatifs, peut-être en s'inspirant de l'article 90 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ou de la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 1973. D'autres pensaient que cette question ne devait pas du tout être abordée dans le projet d'articles. Selon toute évidence, l'État le mieux placé pour poursuivre un criminel n'est pas le même selon le contexte : ce peut être l'État où le crime a eu lieu, celui où l'auteur présumé se trouve ou un autre État. Le Rapporteur spécial pourrait, avec l'accord de la Commission, lui soumettre pour examen un commentaire énonçant différents facteurs devant être pris en compte par les États requis quelle que soit la situation.

15. La plupart des membres de la Commission ont dit souscrire à l'idée que, le projet d'articles faisant obligation à tous les États de veiller à ce que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de leur droit pénal, il n'était pas nécessaire d'aborder la question de la double incrimination dans le projet d'article 11. L'un d'eux a toutefois fait part de ses inquiétudes quant à une éventuelle période de transition durant laquelle les États modifieraient leurs lois, et un autre a relevé que, malgré les définitions données au projet d'article 3[99], des différences pourraient exister entre les droits internes des États. Un autre membre a fait observer que le paragraphe 4 du projet d'article 3 reconnaissait la possibilité pour les États d'établir une définition des crimes contre l'humanité plus large que celle donnée dans le projet d'article. Le paragraphe 41 du commentaire du projet d'article 3, provisoirement adopté par la Commission en 2015, indique que « [l]es éléments adoptés dans le cadre d'une loi nationale, qui n'entreraient pas dans le champ d'application du présent projet d'articles, ne bénéficieraient pas des dispositions prévues par celui-ci, notamment en matière d'extradition et d'entraide judiciaire[100] ». La Commission pourrait continuer à débattre de la question de la double incrimination dans le cadre du Comité de rédaction, mais l'opinion selon laquelle aucune disposition de ce type ne devrait figurer dans le projet d'article 11 semble prévaloir.

16. Une question intéressante a été soulevée au cours des débats : celle de savoir si le projet d'article 11 devrait renvoyer aux infractions visées au projet d'article 5[101], à la définition des crimes contre l'humanité donnée au projet d'article 3 ou aux deux. Dans les projets d'article précédents, tels que les projets d'articles 6, 8 et 10[102], la Commission a choisi de renvoyer au projet d'article 5 car

[99] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 39 (projet d'article 3).

[100] Voir ibid., p. 50 (paragraphe 41 du commentaire du projet d'article 3).

[101] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 161 et 162 (projet d'article 5).

[102] Ibid., p. 173, 176 et 179 (projets d'articles 6, 8 et 10).

c'est dans celui-ci que sont définies les infractions constituant des crimes contre l'humanité. Le projet d'article 3 a son importance, mais il s'agit simplement d'une clause dont l'objet est d'énoncer des définitions. Le Rapporteur spécial préconise de poursuivre comme précédemment. En tout état de cause, ces questions pourront être examinées plus avant par le Comité de rédaction.

17. Il y a eu de nombreuses suggestions d'ajouts et de suppressions concernant le projet d'article 11, notamment son paragraphe 6 sur le rôle du droit interne dans les procédures d'extradition et son paragraphe 11 sur les motifs de refus de l'extradition. Toutes ces suggestions peuvent être examinées par le Comité de rédaction. Dans le même temps, il importe de garder à l'esprit que le projet d'articles ne crée pas d'obligation d'extrader mais plutôt une obligation *aut dedere aut judicare*. Sous réserve de ses autres obligations, un État peut refuser d'extrader pour les motifs de son choix, mais il demeure lié par son obligation de poursuivre.

18. La plupart des membres de la Commission semblent appuyer le renvoi du projet d'article 12 relatif au non-refoulement au Comité de rédaction, mais certains s'interrogent sur son articulation avec le paragraphe 11 du projet d'article 11, particulièrement en ce qui concerne le terme « extrader ». En réalité, le paragraphe 11 du projet d'article 11 est plutôt considéré comme une clause de sauvegarde pour les personnes accusées de crimes contre l'humanité, en ce qu'il dispose clairement que, dans certaines circonstances particulièrement graves, les États n'ont pas l'obligation d'extrader. En revanche, le projet d'article 12 a pour but d'éviter que des personnes soient envoyées dans un lieu où elles risquent d'être victimes de crimes contre l'humanité. Les deux projets d'article ont donc des finalités totalement différentes.

19. Certains membres de la Commission ont eu l'idée intéressante de placer le projet d'article 12 immédiatement après le projet d'article 4[103] pour en souligner la visée préventive. Un autre membre a suggéré de le placer après le projet d'article 14. Ces deux propositions méritent d'être examinées par le Comité de rédaction.

20. Plusieurs membres de la Commission se sont dits satisfaits du libellé actuel du projet d'article, mais différentes suggestions tendaient à modifier les motifs de non-refoulement. Certains membres ont exhorté la Commission à englober toutes les violations graves des droits de l'homme, tandis que d'autres étaient favorables à une référence ciblée aux éléments constitutifs des crimes contre l'humanité énoncés dans le projet d'article 3. Plusieurs membres ont mis la Commission en garde contre un éventuel chevauchement avec d'autres régimes conventionnels. D'autres suggestions concernant le projet d'article 12 tendaient notamment à modifier ou clarifier les références au « territoire ».

21. De nombreuses suggestions utiles de modifications, d'ajouts et de suppressions ont été faites à propos du projet d'article 13 sur l'entraide judiciaire, notamment des modifications de la liste de types d'entraide possibles figurant au paragraphe 3. Certains membres de la Commission se sont interrogés sur la nécessité de mentionner le secret bancaire et les documents bancaires, tandis qu'un autre a instamment demandé le maintien des dispositions en question. Trois membres ont fait part de leurs inquiétudes quant aux motifs de refus d'entraide énoncés au paragraphe 16. Deux membres ont demandé si le projet d'articles permettrait de continuer à utiliser les traités d'entraide judiciaire existants, ou si les États seraient tenus d'utiliser le projet d'article 13. Les traités d'entraide judiciaire existants étant en général bien plus détaillés que le projet d'article 13, il était sans doute préférable d'en tirer parti plutôt que de contraindre les États à utiliser les dispositions du projet d'article, prévues pour les cas où les États concernés n'étaient pas liés par un traité. Toutes ces questions pourraient être examinées par le Comité de rédaction.

22. Si le projet d'article 14 a été accueilli favorablement par l'ensemble des membres de la Commission, diverses propositions ont été faites en vue d'en améliorer la formulation. Certains membres ont suggéré de modifier l'alinéa *a* du paragraphe 1 sur le droit de porter plainte de manière à imposer aux États une obligation d'examiner les plaintes afin de déterminer, en conformité avec le projet d'article 7[104], s'il existait des raisons de penser que des crimes contre l'humanité avaient été commis ou étaient en train d'être commis. Deux membres ont proposé de mentionner le droit à la vérité ou le droit à la protection des preuves, et d'autres ont suggéré de définir le terme « victime » dans le projet d'article ou dans le commentaire y relatif; un membre jugeait que cette définition n'était pas nécessaire.

23. Concernant l'alinéa *b* du paragraphe 1, plusieurs membres de la Commission ont souligné qu'il importait d'élargir la protection des victimes de manière à prendre en compte leur bien-être physique et psychologique, leur dignité et le respect de leur vie privée, faisant ainsi écho au paragraphe 1 de l'article 68 du Statut de Rome. L'un des membres a recommandé l'ajout d'une phrase encourageant les États à tenir des audiences à huis clos, en particulier quand des témoins vulnérables étaient entendus. Deux membres souhaitaient que les enfants et les victimes de violence sexuelle et sexiste soient expressément mentionnés, et un autre a évoqué la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte.

24. Certains membres de la Commission ont dit que le paragraphe 2 sur la participation des victimes n'était pas suffisamment prescriptif et ont proposé de s'inspirer du paragraphe 3 de l'article 68 du Statut de Rome, tandis que d'autres ont souligné que la participation des victimes ne devait pas entraver le fonctionnement des systèmes judiciaires nationaux. Un membre aurait préféré que les paragraphes 2 et 3 soient formulés comme des recommandations et non comme des prescriptions.

25. Certains membres de la Commission ont préconisé l'insertion, dans le paragraphe 3, d'adjectifs tels que « rapide », « complète » et « effective », à la suite du mot « réparation », dans l'esprit du paragraphe 4 de l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. D'autres ont dit qu'il faudrait indiquer clairement que la

[103] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 50 (projet d'article 4).

[104] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 175 (projet d'article 7).

liste des réparations n'était pas exhaustive. En revanche, un certain nombre d'autres membres ont dit apprécier la souplesse offerte aux États, qui tenait compte des disparités en matière de capacité à accorder réparation. Quelques membres ont jugé malavisé d'inclure des garanties de non-répétition mais d'autres ont approuvé toutes les formes de réparation citées au paragraphe 3.

26. Il y a eu des désaccords considérables entre les membres de la Commission à propos du maintien du projet d'article 15 (Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes). Plusieurs membres ont dit ne pas être certains que l'article soit véritablement nécessaire ou que sa formulation soit appropriée. Il a été avancé que le projet d'articles n'entrait pas en conflit avec les obligations envers les juridictions pénales internationales, que la Commission devait se garder de donner la priorité à des tribunaux futurs inconnus, et qu'il n'était pas souhaitable de passer outre des règles de droit qui, dans d'autres circonstances, s'appliqueraient à des questions complexes concernant les juridictions internationales, telles que celles touchant aux États n'adhérant pas aux statuts des juridictions internationales ou aux décisions du Conseil de sécurité. Il a aussi été affirmé que, même dans le contexte du Statut de Rome, le fait de superposer au principe de complémentarité, qui donnait la priorité aux systèmes nationaux, une règle qui semblait le contredire était source de confusion.

27. Selon certains membres de la Commission, une solution pourrait être d'indiquer clairement que la juridiction pénale internationale compétente doit se plier aux principes fondamentaux du droit pénal international. Cette proposition a amené d'autres membres à exprimer leurs inquiétudes quant à la signification d'une telle norme et la manière de s'assurer qu'elle serait respectée. Deux membres ont suggéré l'introduction d'une clause « sans préjudice ». Un autre membre a affirmé que ce type de disposition ne figurait pas habituellement dans le type d'instrument que la Commission était en train d'élaborer mais plutôt dans les instruments portant création d'organisations internationales quasi constitutionnelles.

28. À la lumière du débat, le Rapporteur spécial est personnellement d'avis qu'il convient de renvoyer le projet d'article 15 au Comité de rédaction, étant entendu que le Comité se demandera si un tel article est véritablement nécessaire vu qu'aucun conflit avec des juridictions pénales internationales n'a été recensé. La recherche d'un libellé adapté à la question des conflits non précisés et non connus comporte des risques qui ne seraient peut-être pas compensés par de grands avantages. Les traités existants relatifs aux crimes contre l'humanité ne contiennent aucune disposition de ce type et leur application ne semble pas soulever de difficulté en lien avec les juridictions pénales internationales.

29. Sur le projet d'article 16 (Obligations des États fédéraux), les avis sont partagés. Un groupe important de membres pense qu'il faut le conserver, éventuellement sous une forme révisée, mais un autre groupe important a exprimé des doutes quant à sa valeur et son utilité, faisant valoir que l'objectif qui sous-tend le projet d'article est déjà atteint par l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969. En définitive, ce projet d'article a recueilli un soutien suffisant pour être renvoyé au Comité de rédaction, qui déterminera s'il convient ou non de le conserver et, si oui, sous quelle forme.

30. La quasi-totalité des membres de la Commission se sont prononcés en faveur de l'introduction d'une disposition du type du projet d'article 17 concernant le règlement des différends interétatiques, considéré comme reflétant un système à trois niveaux (négociation, arbitrage et règlement judiciaire) éprouvé, même s'il était possible de laisser les États s'occuper de cette question dans les clauses finales. Plusieurs améliorations intéressantes ont été proposées. Par exemple, plusieurs membres préféreraient mettre davantage l'accent sur le règlement judiciaire des différends, certains d'entre eux étant sceptiques quant au rôle que pourrait jouer l'arbitrage dans le règlement des différends concernant un instrument relatif aux crimes contre l'humanité. Certains membres ont suggéré d'employer dans le paragraphe 2 des termes concernant la responsabilité de l'État similaires à ceux figurant à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Plusieurs membres ont recommandé de remplacer l'expression « dans un délai raisonnable », qui ne fixe aucune limite, par la mention d'un délai fixe, par exemple de six mois, qui serait imparti aux États pour la négociation d'un accord. Quelques membres étaient d'avis que le fait de donner aux États la possibilité de s'affranchir d'une disposition concernant le règlement judiciaire entraverait la mise en œuvre effective de l'instrument, tandis que d'autres étaient favorables à une clause d'exception car ils estimaient que la participation au règlement d'un différend devait être volontaire.

31. La proposition du Rapporteur spécial de laisser l'examen de la question d'un éventuel mécanisme de suivi à une conférence diplomatique a été bien accueillie par certains membres, mais d'autres, craignant qu'une nouvelle convention soit inefficace sans un tel mécanisme, ont dit que la Commission devait émettre une proposition. Le Rapporteur spécial comprend leur préoccupation, mais juge prématuré que la Commission se penche sur la question avant de connaître les préférences des États. À cette fin, il serait avisé d'attendre les commentaires des États à la Sixième Commission, et peut-être de leur demander, dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session, d'exprimer leurs vues sur la question.

32. Aucun membre de la Commission n'était opposé au renvoi du projet de préambule au Comité de rédaction. Des suggestions utiles ont été faites lors des débats, telles que celle d'adapter cette partie de l'instrument afin qu'elle reflète la nécessité d'une coopération interétatique et de l'élaboration de règles de droit interne. Il a également été proposé de mentionner l'objectif consistant à « rendre justice aux victimes », la nature impérative des règles concernant les crimes contre l'humanité, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, ainsi que le Statut de Rome. Certains membres ont proposé de supprimer l'un des deux derniers alinéas, voire les deux. L'un des membres était favorable à l'ajout d'une formule indiquant que toute coopération internationale devait être fondée sur l'indépendance et l'égalité des États, leur respect mutuel et le consentement des pays concernés. Le Comité de rédaction pourrait examiner toutes ces propositions afin d'élaborer un préambule bien conçu et utile.

33. À propos des trois points soulevés dans le chapitre VIII de son troisième rapport, à savoir la dissimulation de crimes contre l'humanité, l'immunité et l'amnistie, le Rapporteur spécial rappelle qu'il a décidé de ne proposer ni projet d'article ni projet de disposition sur ces questions. Plusieurs membres de la Commission l'ont appuyé pour ce qui concerne la dissimulation de crimes contre l'humanité, faisant notamment observer que, selon la pratique conventionnelle existante, cette question relevait du champ d'application des lois nationales. Malgré les questions qui ont été soulevées quant au point de savoir si la dissimulation est englobée dans la notion de complicité et si elle peut être abordée au projet d'article 14 sur les droits des victimes, témoins et autres personnes, le Rapporteur spécial est d'avis que la dissimulation n'est pas considérée comme un crime international au regard des traités existants. Par exemple, le fait de mentir au sujet du lieu où se trouve l'auteur présumé d'un crime international n'est pas assimilé à la participation ou la complicité ; étant donné qu'il s'agit d'une entrave au bon fonctionnement de la justice, cela relève du droit interne.

34. En revanche, les avis sont beaucoup plus partagés en ce qui concerne l'immunité. Le Rapporteur spécial s'en tient au fait que les autres instruments traitant de l'incrimination des crimes internationaux en droit interne ne contiennent pas de dispositions sur la question, mais certains membres ont dit qu'il devait y avoir un projet d'article disposant que les représentants de l'État, notamment les diplomates et les chefs d'État, ne bénéficiaient pas de l'immunité de poursuites pour les crimes contre l'humanité. D'autres membres, reprenant les termes de l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, auquel fait écho le paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome, préféraient mettre l'accent sur le défaut de pertinence de la qualité officielle. Certains d'entre eux ont dit qu'une telle disposition éviterait qu'une personne puisse échapper à ses responsabilités grâce à sa position officielle, mais ne réglerait pas la question de savoir si un représentant de l'État pouvait bénéficier de l'immunité procédurale. Selon un autre avis, la Commission devait s'abstenir de traiter de l'immunité dans le projet d'articles afin d'éviter tout conflit avec le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Compte tenu de la diversité des opinions exprimées au cours du débat, le Rapporteur spécial propose que le Comité de rédaction examine plusieurs options telles que la rédaction d'un nouveau projet d'article, l'introduction d'une nouvelle disposition dans un projet d'article existant, l'ajout d'un alinéa dans le préambule, l'insertion d'indications dans le commentaire ou quelque autre solution.

35. Plusieurs membres de la Commission ont dit souscrire à l'idée que la question de l'amnistie ne devait pas être abordée dans le projet d'articles. L'un des arguments avancés était l'impossibilité de prévoir des situations dans lesquelles il pourrait être nécessaire pour les États d'avoir recours à l'amnistie, dans des circonstances limitées, dans le cadre d'un processus de justice transitionnelle, même en ce qui concernait les crimes contre l'humanité. D'autres membres étaient toutefois d'avis que les projets d'article ou le commentaire devaient comprendre des dispositions excluant totalement ou partiellement l'amnistie. Par exemple, il a été suggéré d'inclure dans le projet d'articles au moins une clause limitative selon laquelle les États ne devaient pas conclure d'accords relatifs à l'octroi d'amnisties générales pour les auteurs de crimes contre l'humanité. Un membre a proposé d'introduire une clause sur l'amnistie dans le préambule du projet d'articles. L'avis majoritaire semble être que la Commission devrait prendre position sur la question, mais dans le commentaire et non dans le corps du projet d'articles. Le Rapporteur spécial dit qu'il croit comprendre que le Comité de rédaction va étudier la possibilité de demander au Secrétariat de préparer une étude sur le sujet. Le commentaire du projet d'article 5 devrait comporter quelques paragraphes sur le caractère a priori inacceptable de l'amnistie pour les crimes contre l'humanité, eu égard aux obligations découlant de ce projet d'article, tout en laissant aux États une certaine latitude pour le cas où des circonstances exceptionnelles se présenteraient.

36. Pour ce qui est des réserves, dans son troisième rapport le Rapporteur spécial proposait plusieurs options que les États pourraient prendre en compte lors de l'élaboration des clauses finales de la future convention relative aux crimes contre l'humanité. La plupart des membres se sont déclarés favorables à cette approche, même si quelques-uns auraient préféré une clause prohibant les réserves. D'autres suggestions ont été faites, notamment celle d'utiliser un mécanisme mixte ou celle d'autoriser les réserves à certaines dispositions précises. D'une manière générale, la Commission semble encline à s'abstenir de proposer un projet d'article sur les réserves, et à suivre sa pratique antérieure consistant à laisser les États se prononcer lors des négociations sur la future convention. Si les États lui demandent des orientations, la Commission pourrait revenir sur la question en seconde lecture.

37. Le Rapporteur spécial propose que la Commission renvoie les projets d'articles 11 à 17 et le projet de préambule au Comité de rédaction, qui se pencherait également sur les questions de l'immunité et de l'amnistie, en tenant compte des divers points de vue exprimés lors du débat à la Commission. Si la Commission accepte cette proposition, il espère que le Comité de rédaction pourra remanier ces articles et mettre la dernière main aux projets d'articles 1 à 10 avant la fin de la première partie de la session en cours. Il préparera alors un ensemble complet de commentaires à examiner pendant la seconde partie de la session.

38. M. TLADI dit qu'au vu des nombreux points à réexaminer, les discussions du Comité de rédaction risquent de ressembler à un second débat en séance plénière. Il se demande pourquoi le Rapporteur spécial a dit que le Comité de rédaction examinerait la question de l'amnistie, car les comités de rédaction ne s'occupent habituellement pas des commentaires, et il a cru comprendre que le Rapporteur spécial ne pensait mentionner l'amnistie que dans le commentaire.

39. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'en effet les commentaires ne sont normalement pas renvoyés au Comité de rédaction, et qu'il a seulement souhaité indiquer que les discussions de cet organe l'aideraient à déterminer l'approche à adopter dans l'élaboration des paragraphes relatifs à l'amnistie afin de recueillir le plus large soutien possible.

40. M. JALLOH dit qu'au vu de l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 297 de son

rapport, selon laquelle les projets d'article ne devraient pas aborder la question de l'amnistie dans le droit interne, il n'est pas sûr de comprendre pourquoi le Comité de rédaction envisage de demander au Secrétariat de préparer une étude sur le sujet.

41. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'une partie des débats au Comité de rédaction porteront sur les questions de savoir quels renseignements complémentaires sont nécessaires au sujet de l'amnistie, si une étude plus approfondie serait utile et si le Secrétariat est en mesure d'entreprendre une telle étude.

42. M. SABOIA dit qu'il croit comprendre que les discussions du Comité de rédaction sur l'amnistie auront pour but de déterminer la manière dont les opinions et préoccupations de la Commission au sujet de certains types d'amnistie devraient être reflétées dans le commentaire pour que les gouvernements soient au fait de la position de la Commission.

43. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il rejoint l'interprétation de M. Saboia. Plusieurs membres de la Commission ont dit que le commentaire devait aller au-delà des considérations exprimées dans le rapport et offrir une analyse plus approfondie des problèmes liés à l'amnistie, compte tenu en particulier de l'exigence d'incrimination énoncée au projet d'article 5, qui exclut les amnisties générales.

44. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il serait utile de rechercher un consensus sur la question, qui est très délicate. En tout état de cause, la Commission devrait se ménager la possibilité de demander des informations sur la pratique des États en matière d'amnistie à un stade ultérieur de ses travaux.

45. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 11 à 17 et le projet de préambule au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

46. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur les crimes contre l'humanité est composé des membres suivants : M. Murphy (Rapporteur spécial), Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, M. Kolodkin, Mme Lehto, M. Nolte, Mme Oral, M. Park, M. Reinisch, M. Saboia, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*suite*[**]) [A/CN.4/703, partie II, sect. G]

[Point 9 de l'ordre du jour]

47. Le PRÉSIDENT propose, au vu du consensus qui s'est dégagé des consultations, que le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » soit inscrit au programme de travail de la Commission, et que M. Šturma soit nommé Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 30.

3355e SÉANCE

Mercredi 10 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Protection de l'atmosphère[105] (A/CN.4/703, partie II, sect. B[106], A/CN.4/705[107], A/CN.4/L.894[108])

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705).

2. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il tient d'abord à remercier les membres de la Commission d'avoir participé activement au dialogue informel organisé le 4 mai 2017 avec des spécialistes de l'atmosphère, dialogue dont un résumé sera bientôt mis en ligne sur le site Web de la Commission. Il indique que, pour respecter la limite de 30 000 mots imposée pour les rapports, il a malheureusement dû supprimer, entre autres choses, les deux annexes, plusieurs notes et références et deux alinéas du projet de directive 9. De ce fait, les renvois entre les paragraphes comportent des inexactitudes. De plus, le paragraphe 65 a été inclus dans le rapport par erreur et il ne faut pas en tenir compte.

3. Le rapport à l'examen porte sur l'application concurrente du droit international relatif à la protection de

[*] Reprise des débats de la 3349e séance.

[**] Reprise des débats de la 3350e séance.

[105] À ses soixante-septième et soixante-huitième sessions (2015 et 2016), la Commission a adopté à titre provisoire cinq alinéas du préambule et les projets de directives 1 à 8, ainsi que les commentaires s'y rapportant [*Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 19 à 27, et *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 184 à 190].

[106] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[107] Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie).

[108] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

l'atmosphère et d'autres branches du droit international, notamment le droit commercial international, le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Ces branches du droit ont été retenues en raison des liens intrinsèques qu'elles entretiennent avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère.

4. Le chapitre I du rapport traite des principes directeurs généraux de l'application concurrente. La véritable force du droit international, en tant que système juridique complet, réside dans cette application concurrente. Le droit relatif à la protection de l'atmosphère n'est pas un droit « scellé » ou autonome : il coexiste et interagit avec d'autres branches du droit international, comme l'a souligné le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international dans son rapport de 2006[109]. Guidé par les conclusions du Groupe d'étude[110], le Rapporteur spécial envisage dans son quatrième rapport l'application concurrente du point de vue de la coordination en cas de chevauchements ou de conflits entre deux régimes conventionnels multilatéraux. En cas de conflit entre deux traités multilatéraux, l'interprétation de ces traités doit être régie par les règles énoncées en la matière à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Le Rapporteur spécial examine également la question de l'« interprétation systémique » des traités multilatéraux en application du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention. Le concept de « soutien mutuel » a été retenu parce qu'il est le principe directeur le plus fondamental aux fins de la coordination, comme le confirment les instruments internationaux et la jurisprudence en la matière. Ces considérations sont reflétées dans le projet de directive 9, relatif aux principes directeurs de l'application concurrente. Il convient de noter que, dans tous les projets de directive proposés, c'est le mot « devraient », qui a valeur de recommandation et non de prescription, qui est utilisé.

5. Le chapitre II du rapport traite de l'application concurrente du droit relatif à la protection de l'atmosphère, du droit commercial international et du droit international de l'investissement. Dans le domaine du droit commercial international, la question du commerce et de l'environnement donne lieu à de vifs débats et à une abondante jurisprudence depuis le début des années 1990, dans le contexte de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui dispose que les mesures environnementales adoptées par les États ne doivent pas être appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée ou une restriction déguisée au commerce international.

6. La décision la plus importante concernant l'atmosphère dans ce contexte est celle rendue en 1996 dans l'affaire *États-Unis – Essence* par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui a conclu que « l'air pur était une "ressource naturelle" qui pouvait être "épuisée" » et qu'en application du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 « il ne [fallait] pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public » (pages 16 et 19 de la décision). Ainsi, l'Organe d'appel a souligné qu'il importait d'adopter une interprétation systémique dans un esprit de soutien mutuel et de développement durable. Le concept de soutien mutuel a été confirmé dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* en tant que principe directeur dans le contexte général du commerce et de l'environnement. À l'opposé, la décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Air Transport Association of America* a dû être suspendue en l'absence d'un soutien mutuel suffisant entre les accords aériens pertinents et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre de l'Union européenne.

7. Le concept de soutien mutuel est apparu pour la première fois dans le programme Action 21[111] et il a été consacré dans divers accords relatifs à l'environnement, notamment la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Il a également été mis en exergue par le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC et dans plusieurs déclarations adoptées lors de conférences ministérielles de l'OMC. Il a également été consacré comme principe directeur dans des accords de libre-échange.

8. Bien que la relation entre le droit international de l'investissement et l'environnement n'ait pas été examinée de manière aussi approfondie que la relation entre le droit commercial et l'environnement, la pratique conventionnelle en la matière et les sentences arbitrales confirment que le principe directeur est le même en droit commercial international et en droit international de l'investissement. Le projet de directive 10 s'applique donc à ces deux branches du droit.

9. Le chapitre III du rapport concerne l'application concurrente du droit de la mer. La relation étroite existant entre les océans et l'atmosphère a été la principale question examinée par les experts scientifiques lors du dialogue qui a eu lieu la semaine précédente. Des substances polluantes d'origine tellurique sont transportées dans les océans par l'atmosphère. L'augmentation de la température des océans résultant du réchauffement climatique est la cause de l'acidification des océans et des phénomènes climatiques extrêmes. Les émissions par les navires sont également un problème. Certains de ces problèmes sont envisagés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, d'autres dans les règlements et conventions pertinents de l'Organisation maritime internationale réglementant la pollution des océans d'origine tellurique transportée par l'atmosphère. Les règles énoncées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des instruments connexes complètent généralement celles relatives à la protection de l'atmosphère, mais les affaires des *Essais nucléaires* dont a connu la Cour internationale de Justice et l'affaire de l'*Usine MOX* dont a connu le Tribunal international du droit de la mer soulèvent la question du soutien mutuel de ces deux branches du droit.

10. Un problème qu'on ne peut ignorer dans le contexte du droit de la mer est celui de l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement climatique et de la modification

[109] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

[110] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

[111] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe II.

des lignes de base qui en découle. Des représentants de petits États insulaires ont ces dernières années insisté sur ce problème à la Sixième Commission. Le Comité de l'Association de droit international chargé des lignes de base établies en vertu du droit international de la mer a examiné les options disponibles pour ajuster les lignes de base des pays touchés. Le Rapporteur spécial estimant que cette question doit être mentionnée dans le projet, celle-ci l'est donc au paragraphe 2 du projet de directive 11, relatif à l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit de la mer.

11. Le chapitre IV du rapport porte sur l'application concurrente du droit international des droits de l'homme. Les normes internationales en matière de droits de l'homme intéressent la protection de l'atmosphère dans la mesure où elles énoncent des droits et obligations susceptibles de protéger l'être humain contre la pollution et la dégradation atmosphériques. Dans les décisions et la jurisprudence des organes et juridictions des droits de l'homme, le droit à la vie est souvent évoqué en tant que droit général, et le droit à la santé et le droit à un environnement sain en tant que droits particuliers s'agissant de réparer les dommages résultant de la pollution et de la dégradation atmosphériques. Certes, il n'est pas facile de demander réparation pour de tels dommages car il est nécessaire, notamment, de prouver l'existence d'un lien de causalité directe. Les limitations à l'application extrajuridictionnelle des traités relatifs aux droits de l'homme peuvent aussi constituer un obstacle.

12. Certains groupes méritent une attention particulière en droit international en raison de leur vulnérabilité aux effets de la pollution et de la dégradation atmosphériques. Ces groupes comprennent les peuples autochtones et les peuples vivant dans les petits États insulaires et les États de faible altitude, qui risquent d'être contraints d'émigrer en raison de l'élévation du niveau de la mer. Les femmes, les enfants, les personnes âgées ainsi que les personnes handicapées doivent également être protégés. Les générations futures, déjà mentionnées dans le projet de directive 6[112], relatif à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère, devraient être expressément mentionnées dans le contexte de la protection des droits de l'homme. Le projet de directive 12, relatif à l'application concurrente du droit des droits de l'homme, tient compte de ces considérations.

13. Le Rapporteur spécial souligne que les projets de directive qu'il a mentionnés ont chacun un contenu et un statut distincts, et qu'ils ne devraient donc pas être réunis.

14. L'orateur indique qu'il a l'intention, dans son rapport suivant, de traiter de l'application en droit interne, de la conformité au plan international et de certaines caractéristiques du règlement des différends. Ainsi qu'il l'a déjà dit, il n'a pas l'intention de proposer de dispositions sur le règlement des différends mais il souhaite signaler certaines caractéristiques pouvant être considérées comme propres aux différends relatifs à la protection de l'atmosphère, qui tendent à avoir un caractère factuel et scientifique marqué. L'évaluation des éléments de preuve scientifiques est donc un aspect important du processus de règlement des différends. Le Rapporteur spécial dit qu'il espère que la première lecture des projets de directive pourra être achevée en 2018.

15. Enfin, le Rapporteur spécial pense qu'il convient de mentionner certaines des activités de sensibilisation qu'il a menées ces dernières années en ce qui concerne la protection de l'atmosphère. Il a donné des conférences sur le sujet dans diverses universités et institutions en Europe et en Chine ; il est intervenu dans diverses instances au Japon, notamment lors de la réunion annuelle de l'Association japonaise de droit international, et il a fait des exposés sur le sujet lors des conférences annuelles de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique. Il est gratifiant de constater l'enthousiasme et l'appui considérables que suscitent les travaux sur le sujet en dehors de la Commission.

16. M. TLADI dit que, s'il pense que la Commission a réalisé des progrès appréciables dans ses travaux sur le sujet l'année précédente[113], il lui est difficile de commenter le quatrième rapport parce qu'il ne voit pas bien comment son contenu s'inscrit dans le cadre général du sujet. En fait, il n'est pas réellement certain que les questions qui y sont examinées devaient l'être, au moins pas en tant que sujets distincts. Les questions de l'application concurrente et du soutien mutuel peuvent fournir des orientations au Rapporteur spécial et à la Commission quant à la manière d'envisager le sujet de la protection de l'atmosphère, mais elles ne sauraient constituer des sujets autonomes.

17. L'orateur indique qu'à la première lecture du rapport, il s'est réjoui de constater que, pour une fois, les tristement célèbres conditions de 2013[114] sur la base desquelles le sujet a été inscrit à l'ordre du jour de la Commission ne feraient pas partie du débat. Il soupçonne toutefois que les questions examinées dans le rapport l'ont été précisément parce que les vraies questions que le Rapporteur spécial entendait examiner ont été exclues du champ du sujet, ce qui ne lui laissait d'autre choix que de gratter les fonds de tiroirs et traiter de questions génériques qui s'appliqueraient tout aussi bien à d'autres sujets tels que les crimes contre l'humanité, la protection de l'environnement en relation avec les conflits armés ou l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. De fait, les notions de soutien mutuel et d'application concurrente sont également pertinentes dès lors qu'un sujet concerne des règles normatives. Elles pourraient très bien servir de base à l'examen par la Commission de tous les sujets dont elle est saisie, mais il est extrêmement douteux qu'il soit légitime de les considérer comme des sujets autonomes.

18. De plus, le Rapporteur spécial décrit le soutien mutuel et l'application concurrente comme des « principes », mais il ne s'agit pas de principes juridiques au sens où, par exemple, le principe de précaution est un principe juridique. Il s'agit en réalité d'objectifs dictés par le sens commun. Certains principes juridiques, par exemple le principe d'interprétation énoncé au paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, ont été élaborés pour faciliter la réalisation de ces objectifs.

[112] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 189 (projet de directive 6).

[113] Ibid., chap. VIII.

[114] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

19. Au paragraphe 8 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial évoque les régimes « se suffisant à [eux-mêmes] » ou « scellé[s] » et indique que le droit international relatif à la protection de l'atmosphère n'en fait pas partie. Bien que le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international ait visé des régimes se suffisant à eux-mêmes dans ses conclusions, M. Tladi préfère éviter l'expression « se suffisant à lui-même », estimant que les expressions « *lex specialis* », « règles spéciales » ou même « domaines » ou « branches du droit international » sont préférables.

20. La justification apparente de l'examen détaillé du soutien mutuel et de l'application concurrente qui figure au paragraphe 12, à savoir qu'« [a]ujourd'hui, le droit international tend fortement vers le "cloisonnement" […] ce qui conduit bien souvent à sa fragmentation », n'est absolument pas étayée dans la suite du rapport. La seule source citée à l'appui de cette affirmation est un ouvrage du Rapporteur spécial lui-même. Il aurait été souhaitable que celui-ci donne des exemples de cette prétendue « tendance » au cloisonnement. En réalité, la tendance est inverse, elle est au décloisonnement.

21. À supposer que le Rapporteur spécial ait raison quant à la nécessité d'isoler certaines branches du droit international pour étayer ses principes de soutien mutuel et d'application concurrente, il serait intéressant de savoir pourquoi il a choisi les droits de l'homme, le droit de la mer, le droit commercial international et le droit international de l'investissement. Pourquoi n'avoir pas choisi, par exemple, la diversité biologique ou même les déchets dangereux ? Les règles du droit international relatives à la biodiversité sont plus susceptibles d'intéresser la protection de l'atmosphère, et de manière plus directe, que le droit des droits de l'homme ou le droit de l'investissement. L'arbitraire de ce choix mis à part, la définition que le Rapporteur spécial donne des concepts de soutien mutuel et d'application concurrente et son explication de la manière dont ils sont reflétés dans la doctrine sont préoccupantes. Au paragraphe 10, il cite les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Or la conclusion 2, qui est apparemment celle sur laquelle le Rapporteur spécial fait principalement reposer son rapport, ne préconise pas le soutien mutuel ou l'application concurrente en ce qui concerne les branches du droit international, mais entre les règles, normes ou principes – y compris les règles, normes et principes relevant de la même branche ou du même domaine.

22. L'idée d'un soutien mutuel entre branches du droit ou d'une application concurrente de celles-ci est ainsi problématique. La faiblesse de l'approche suivie par le Rapporteur spécial est illustrée par l'examen des conflits entre la liberté du commerce et la protection de l'environnement. Il ne s'agit pas, comme le Rapporteur spécial semble le suggérer, de conflits entre branches du droit international, mais entre différentes règles du droit international. Certaines règles relevant du droit de l'environnement peuvent être plus favorables au commerce qu'à l'environnement. Le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto), par exemple, promeut bel et bien le libre-échange et les investissements par le biais de ses divers mécanismes, par exemple l'application conjointe, l'échange international des droits d'émission, voire le mécanisme de développement propre. De même, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique et le Protocole additionnel de Nagoya – Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation, s'ils constituent des accords internationaux relatifs à l'environnement, visent dans l'ensemble à promouvoir et protéger le libre-échange. Ce ne sont pas des branches du droit international mais des règles relevant de ces branches qui sont en jeu dans les conflits entre l'environnement et le commerce. Par exemple, dans l'affaire *CE – Hormones* dont a connu l'Organe d'appel de l'OMC, les États-Unis d'Amérique et le Canada ont invoqué les dispositions d'un accord environnemental, le Protocole de Cartagena, pour écarter les préoccupations environnementales.

23. Dans certains cas, la manière dont le Rapporteur spécial caractérise les règles relevant des différentes branches du droit international est au mieux inexacte. Au paragraphe 52, par exemple, on peut lire que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer envisage la pollution atmosphérique. Or il n'en est rien. Le fait que le paragraphe 3 *a* de l'article 194 de la Convention vise « la pollution » et « l'atmosphère » ne signifie pas qu'il concerne la pollution atmosphérique. En fait, cet article porte sur la pollution du milieu marin, y compris la pollution depuis ou à travers l'atmosphère, et non la pollution atmosphérique. De même, on peut lire au paragraphe 55 du rapport qu'en ce qui concerne les règles de renvoi, les parties à la Convention sont tenues de se conformer aux règles énoncées dans d'autres conventions. Cette affirmation est, au mieux, extrêmement contestable, et n'est étayée que par ce qui semble être un mémoire non publié, cité dans la note de bas de page appelée à la fin de la première phrase du paragraphe 55. Les dispositions mentionnées dans ledit paragraphe n'ont pas l'effet que le Rapporteur spécial leur attribue. L'article 211 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par exemple, dispose aussi que les mesures en question doivent satisfaire à certaines normes. Cette disposition n'oblige pas, comme par magie, les États parties à la Convention à se conformer à d'autres traités auxquels ils ne sont pas parties, elle les oblige seulement à faire en sorte que les autres mesures qu'ils peuvent adopter satisfont à certaines normes.

24. Ainsi, même si la Commission devait conserver les projets de directive proposés par le Rapporteur spécial, le Comité de rédaction devrait les remanier pour qu'ils visent des règles, normes ou principes spécifiques du droit international, et non des domaines entiers de celui-ci comme le droit de la mer ou le droit de l'investissement.

25. Comme l'indique le Rapporteur spécial, il est exact que, dans le cadre de ses travaux, la Commission se doit d'appliquer les principes et règles du droit international général à divers aspects de la question de la protection de l'atmosphère. Telle devrait effectivement être l'approche fondamentale suivie en permanence, mais, au stade avancé où en sont les travaux sur le sujet, cette approche n'a pas besoin de faire l'objet d'un rapport dédié et assurément pas d'un projet de directive. Il faut espérer que le projet de directive 3[115], relatif à l'obligation de protéger l'atmosphère, a été adopté selon cette approche.

[115] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 184 (projet de directive 3).

26. Il ressort du rapport que les concepts du soutien mutuel et d'application concurrente peuvent être appliqués, et reflètent plusieurs principes juridiques effectivement applicables, à la protection de l'atmosphère, y compris le principe du développement durable. Au paragraphe 12, par exemple, le Rapporteur spécial note que la notion d'application concurrente illustre l'interdépendance entre la protection de l'environnement et le développement économique et social. Il s'agit d'une question de soutien mutuel non entre branches du droit international mais entre règles ou objectifs substantiels, comme le Rapporteur spécial le reconnaît lui-même dans son rapport. Au paragraphe 14, il indique que le concept de soutien mutuel est apparu pour la première fois dans le programme Action 21, dont le paragraphe 2.3 stipule que « [l]'économie internationale doit créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement […] [e]n faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement[116] ». Cette citation traduit une question de fond et concerne le développement durable. Elle indique également que le soutien mutuel et l'application concurrente concernent des objectifs de politique générale ou même des règles ou des principes, mais non des branches du droit international.

27. Au paragraphe 15 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial admet que, d'un point de vue normatif, le soutien mutuel est reflété dans le développement durable, qui est une pierre angulaire du droit international et établit des liens entre la croissance économique à long terme et la prévention des atteintes irréparables à l'environnement. L'orateur dit qu'il aurait lui-même conceptualisé différemment le développement durable mais qu'il partage l'idée que celui-ci promeut le soutien mutuel. Le fait est toutefois que les notions de soutien mutuel et d'application concurrente, bien qu'utiles pour l'analyse des concepts et principes substantiels relatifs à la protection de l'atmosphère qui ont été examinés dans le troisième rapport du Rapporteur spécial[117], n'ont pas et ne doivent pas avoir un statut ou une importance les isolant des autres principes du droit international.

28. Étant donné que ces deux notions sont d'une pertinence générale, il est à craindre qu'en tentant de les analyser le Rapporteur spécial ne s'aventure dans d'autres domaines et, par exemple, ne réexamine activement le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international ou n'analyse la signification du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, là encore sans y avoir suffisamment réfléchi au préalable. La Commission pourra très bien souhaiter examiner ces sujets à l'avenir, mais elle doit le faire en connaissance de cause et non accidentellement.

29. L'examen hâtif d'importants sujets aboutit très souvent à des déclarations générales insuffisamment nuancées. L'examen de la jurisprudence de l'OMC en est un exemple. Aux paragraphes 18 et 23 et suivants du rapport à l'examen, cette jurisprudence est présentée comme illustrant le soutien mutuel, alors même qu'il est constamment reproché aux organes de l'OMC de faire prévaloir les objectifs commerciaux sur les préoccupations environnementales. Il convient de rappeler que, dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel de l'OMC, lorsqu'il a examiné le rôle du principe de précaution dans le cadre de mesures sanitaires et phytosanitaires, a souligné que ce principe ne dispensait pas le Groupe spécial d'appliquer les termes de l'accord pertinent « sans une directive explicite et claire dans ce sens » (paragraphe 124 de la décision). Cette affirmation est conforme aux instruments de l'OMC, en particulier l'article 7 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Analyser hâtivement des questions aussi complexes amène à méconnaître les véritables difficultés et à proposer des solutions qui semblent trop belles pour être vraies, précisément parce qu'elles le sont.

30. En résumé, l'orateur dit qu'il pense que la décision de considérer le soutien mutuel et l'application concurrente comme des questions autonomes est malencontreuse, et qu'il est erroné de parler de soutien mutuel entre branches du droit international plutôt qu'entre règles juridiques. Il ajoute que, comme le rapport dans son ensemble lui pose problème, il lui est difficile de commenter les projets de directive, mais qu'il va néanmoins le faire pour le cas où la Commission déciderait de les renvoyer au Comité de rédaction.

31. S'agissant du projet de directive 9, premièrement, l'application concurrente n'est pas un principe du droit international : la clause liminaire de la disposition devrait donc être supprimée. Deuxièmement, il est inapproprié d'indiquer qu'il est souhaitable d'élaborer, d'interpréter et d'appliquer les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère en tenant compte des autres règles applicables du droit international dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation, car cela revient à subordonner les règles relatives à la protection de l'atmosphère aux autres règles du droit international. Troisièmement, si l'on conserve cette directive, il faut la rédiger de manière plus générale, car ce qu'elle indique qu'il est souhaitable de faire vaut pour tous les domaines du droit international.

32. M. Tladi dit qu'il ne voit pas la nécessité d'une directive sur le droit international du commerce et de l'investissement. Après tout, les notions de soutien mutuel et d'application concurrente doivent s'appliquer aux règles du droit international, non aux domaines ou branches de ce droit. En outre, la Commission devrait éviter d'utiliser la terminologie du droit commercial, comme dans les expressions « ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger », d'une manière qui légitime la primauté des intérêts commerciaux sur les préoccupations environnementales et incorpore en bloc la jurisprudence de l'OMC. En résumé, le projet de directive 10 est inacceptable.

33. Le projet de directive 11 est tout aussi préoccupant. Le paragraphe 1 indique en substance que les États doivent prendre les mesures qui s'imposent pour protéger l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques, alors que le projet de directive 3 énonce déjà l'obligation

[116] Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement…* (note 111 *supra*), p. 12.

[117] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/692 (troisième rapport).

de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées. Le seul véritable apport du projet de directive 11 consiste à préciser que ces mesures doivent être prises « dans le domaine du droit de la mer, en tenant compte des dispositions applicables de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ». Or aucune disposition du projet de directive 3 n'exclut les mesures relatives aux océans, aux investissements ou au commerce. De fait, elle précise que les mesures en question doivent être prises « conformément aux règles de droit international applicables[118] ».

34. Le projet de directive 11 envisage également la question de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Mis à part le fait que la disposition en question, en ce qu'elle demande aux États de « régler les questions touchant à la pollution » et non de « prévenir » cette pollution, dilue l'obligation non ambiguë imposée par l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, il n'est pas certain que la pollution marine relève vraiment du sujet. Il est très inquiétant qu'une question aussi importante, qui fait actuellement l'objet de travaux à l'Assemblée générale, soit envisagée incidemment.

35. Le paragraphe 2 du projet de directive 11, qui porte sur une question importante que la Commission pourra vouloir étudier un jour, n'a absolument rien à voir avec le sujet, pas plus que le projet de directive 12, que l'orateur appuie quant au fond, mais qui ne devrait pas être conservé.

36. M. Tladi dit que, s'il existe un consensus au sein de la Commission pour renvoyer les projets de directive proposés au Comité de rédaction, il ne s'y opposera pas, mais que si un nombre suffisant des membres s'oppose à ce renvoi, il se joindra à eux.

37. S'agissant de la poursuite des travaux sur le sujet, les conditions fixées en 2013, qui expliquent pourquoi dans son quatrième rapport le Rapporteur spécial a étudié des questions étrangères au sujet, ont été adoptées durant le précédent quinquennat, en partie de crainte que les travaux de la Commission n'influencent les négociations sur les changements climatiques qui étaient en cours à l'époque. Le Rapporteur spécial pourra vouloir consulter informellement les autres membres de la Commission sur la possibilité de revenir sur ces conditions de manière à pouvoir étudier le sujet comme il convient. Quoi qu'il en soit, le rapport à l'examen et les projets de directive qui y sont proposés donnent aux travaux de la Commission une orientation totalement erronée. M. Tladi dit qu'il souhaite néanmoins remercier le Rapporteur spécial pour les gros efforts qu'il a accomplis dans les circonstances difficiles occasionnées par les restrictions imposées par les conditions fixées en 2013.

38. Sir Michael WOOD remercie le Rapporteur spécial de son quatrième rapport et de la présentation qu'il en a faite. Il lui sait en outre gré des nombreuses activités de sensibilisation qu'il a menées et juge regrettable que le rapport ait dû être abrégé pour respecter la limite recommandée quant au nombre de pages. La Commission ne peut tout simplement travailler sur cette base, et l'orateur espère qu'elle pourra trouver une solution garantissant que la situation dans laquelle s'est trouvé le Rapporteur spécial ne se reproduise pas.

39. Le rapport à l'examen n'est pas d'une lecture facile. Il faut le lire avec beaucoup d'attention pour déterminer la nature, et le fondement juridique ou autre, des projets de directive proposés, que le Rapporteur spécial a décrit comme ayant valeur de recommandations. Sir Michael Wood dit qu'il approuve pratiquement tout ce qu'a dit M. Tladi, à l'exception notable des observations qu'il a faites sur les conditions fixées en 2013. Il souhaite néanmoins faire cinq observations générales au sujet du rapport, avant de commenter les projets de directive proposés.

40. Premièrement, il est important de rappeler l'histoire du sujet à la Commission et à la Sixième Commission. Le plan d'étude, qui figurait à l'annexe II du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session[119], était très ambigu et appelle une relecture. Il est également intéressant de comparer le rapport à l'examen au projet d'articles sur les principes juridiques relatifs au changement climatique adopté par l'Association de droit international en 2014[120] lors de la Conférence tenue à Washington, qui a été élaboré par un comité présidé par le Rapporteur spécial.

41. Le sujet « Protection de l'atmosphère » a été inscrit au programme de travail de la Commission après que les longs débats ayant eu lieu en 2012 et 2013 eurent abouti à la décision de subordonner les travaux sur le sujet à une série de conditions formelles soigneusement rédigées. Ces conditions ont constitué un élément fondamental du compromis et ont permis à la Commission de décider d'étudier le sujet, comme l'attestent l'un des alinéas du projet de préambule[121] et les paragraphes 2, 3 et 4 du projet de directive 2[122] adoptés provisoirement par la Commission.

42. Nonobstant la prudence avec laquelle la Commission dans son ensemble a abordé le sujet, des représentants d'États à la Sixième Commission n'ont pas cessé, au fil des ans, de mettre sérieusement en doute l'opportunité de l'étudier. Les rapports du Rapporteur spécial[123] décrivent les débats de la Sixième Commission de manière quelque peu optimiste, et le quatrième rapport ne fait pas exception. Au paragraphe 16 du résumé thématique des débats tenus par le Sixième Commission en 2016 (A/CN.4/703), le Secrétariat donne de ces débats une description relativement différente de celle du Rapporteur spécial et souligne les divergences d'opinions.

---

[118] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 184 (projet de directive 3).

[119] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), annexe II.

[120] Association de droit international, *Report of the seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, résolution 2/2014, annexe, p. 28 à 33.

[121] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 184 (projet de préambule).

[122] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 24 (projet de directive 2).

[123] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/667 (premier rapport) ; *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/692 (troisième rapport).

43. Des membres de la Commission eux-mêmes ont exprimé des doutes sérieux quant à l'utilité des travaux sur le sujet. Nul ne conteste qu'il importe de protéger l'atmosphère, mais la question est de savoir si la Commission peut contribuer utilement à cette protection en élaborant des directives anodines dans le cadre d'une approche générique. De telles directives aideront-elles ou gêneront-elles les négociateurs, ou seront-elles tout simplement ignorées ?

44. Les négociations récentes qui ont abouti à l'Amendement de Kigali au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone montrent que les accords existants permettent de faire face aux difficultés qui se font jour en ce qui concerne l'atmosphère, sans que de nouveaux principes ou directives de caractère général soient nécessaires.

45. Peut-être qu'en réalité les projets de directive ne sont pas élaborés du tout à l'intention des États mais en songeant aux tribunaux internes et aux juridictions internationales, dans l'espoir qu'elles donnent naissance à un droit prétorien dans les États qui n'ont pas encore conclu de traités. Il serait intéressant de savoir ce qu'en pense le Rapporteur spécial. Quoi qu'il en soit, la Commission n'a pas pour rôle de fournir des arguments à ceux qui voudraient intenter des procès aux États.

46. Sir Michael Wood dit, ainsi qu'il l'a dit les années précédentes, qu'il doute sérieusement que la Commission doive poursuivre les travaux sur le sujet. Il existe déjà de très nombreux accords multilatéraux concernant les principales menaces pesant sur l'environnement. De plus, les progrès en matière environnementale en sont à un stade particulièrement crucial et délicat, et les travaux de la Commission risquent d'avoir des conséquences néfastes sur les négociations délicates que mènent actuellement les États.

47. De toute manière, les conditions fixées en 2013 doivent continuer d'être fidèlement appliquées. En 2016, des représentants à la Sixième Commission ont réaffirmé l'importance qu'ils leur attachaient et pourtant, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial n'en mentionne même pas l'existence et, en examinant la question des responsabilités communes mais différenciées, tente de nouveau de s'y soustraire.

48. Une deuxième observation générale est que les juristes doivent toujours distinguer le droit de la politique. Cela est certainement vrai pour la Commission, et peut-être d'autant plus vrai en ce qui concerne le sujet à l'examen, ce qui ne signifie pas, bien entendu, que la Commission ne doit pas être consciente des aspects politiques de ses travaux, car elle doit effectivement en tenir compte. Dans le plan d'étude du sujet, le Rapporteur spécial a noté à juste titre que « la Commission, parce qu'elle est composée d'experts dans le domaine du droit, traitera uniquement des principes et des règles *juridiques* se rapportant à la protection de l'atmosphère et non de l'élaboration de propositions pratiques »[124].

49. La troisième observation générale concerne la question de savoir si le Rapporteur spécial est en train d'essayer de créer une branche du droit international entièrement nouvelle, ce qui semble effectivement être l'intention sous-tendant les propositions qu'il a initialement présentées au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. Ces propositions n'ont pas été approuvées par la Commission, et pourtant l'expression « droit de la protection de l'atmosphère » figure dans le titre de trois des quatre projets de directive proposés dans le quatrième rapport, et l'expression « règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère » dans les quatre projets de directive. De plus, au paragraphe 8, le Rapporteur spécial mentionne « le droit international relatif à la protection de l'atmosphère (également dénommé "droit de l'atmosphère" dans le présent rapport) ».

50. Cette approche pose plusieurs problèmes. Toutes ces expressions ont-elles la même signification ? Renvoient-elles à l'ensemble du droit international dans la mesure où il s'applique à la protection de l'atmosphère, ou uniquement à ce que couvrent les projets de directives 3 à 8[125] ? Renvoient-elles à des questions exclues par les conditions fixées en 2013, le projet de préambule et le projet de directive 2 ? Quelle est la relation entre le prétendu « droit relatif à la protection de l'atmosphère » et le « droit international de l'environnement », dans lequel certains voient déjà une branche distincte du droit international ? Enfin, et cela est très important, l'utilisation de ces expressions vise-t-elle à suggérer que « le droit de l'atmosphère » est un « régime spécial du droit international » ? Dans l'affirmative, que signifient les expressions « droit de l'atmosphère », « régime spécial du droit international » et l'expression « régime autonome » utilisée au paragraphe 8 du rapport ?

51. Quelles que soient les réponses à ces questions, le concept de « droit de l'atmosphère » semble être revenu au premier plan dans le quatrième rapport, ce qui n'était pas l'intention de la Commission lorsqu'elle a inscrit le sujet à son programme de travail et ce qui constitue le problème fondamental que soulève le rapport à l'examen et, peut-être, l'ensemble du projet.

52. La quatrième observation générale concerne l'incertitude qui existe quant à la nature des projets de directive. Le projet de directive 2, tel qu'actuellement libellé, ne précise pas si les projets de directive sont censés être, ou « contenir », des « principes directeurs ». L'objet de certains des projets de directive déjà adoptés semble être d'énoncer de nouveau des règles juridiques, et ils sont formulés en tant qu'obligations. D'autres contiennent le verbe « devraient » et s'apparentent donc à des directives de politique générale. Le titre d'un chapitre du quatrième rapport, comme celui du projet de directive 9, contient les mots « principes directeurs », ce qui semble éluder la question laissée ouverte au projet de directive 2 quant à l'intention juridique qui sous-tend les diverses formulations. Les commentaires adoptés à ce jour n'apportent pas d'éclaircissements sur ce point.

53. La cinquième observation générale, qui concerne tant les futurs sujets possibles que le sujet à l'examen, est que la Commission devrait peut-être reconsidérer la

[124] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 200, par. 26.

[125] Pour les projets de directives 3 à 8, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 183 et suiv., par. 95 et 96.

manière dont elle réunit des informations sur les aspects scientifiques ou techniques de ses travaux.

54. S'agissant des projets de directive proposés, la structure du projet de directive 9 est difficile à saisir, et les règles qui y sont visées ne sont pas précisées. Des explications de cette disposition figurent aux paragraphes 8 à 20 du rapport, sous le titre mystérieux de « Principes directeurs de l'application concurrente ».

55. Le rapport de 2006 du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international, décrit en partie à la section A du chapitre I du rapport à l'examen, est sans aucun doute pertinent en ce qui concerne la protection de l'atmosphère, puisqu'il l'est pour toutes les matières auxquelles s'applique le droit international, mais il n'est guère utile d'en choisir certains passages et d'en déduire un « principe de l'application concurrente ». L'orateur dit que s'il partage le désir du Rapporteur spécial de démontrer que, pour reprendre les termes utilisés par le Groupe d'étude, « [l]e droit international est un système juridique », il est ironique que, ayant créé de toutes pièces un « régime autonome » qu'il appelle « droit de l'atmosphère », le Rapporteur spécial ait ensuite dû créer à grand-peine et de toutes pièces de nouveaux « principes directeurs de l'application concurrente » afin de prévenir la fragmentation. Pour être franc, l'ensemble de cet édifice n'a aucun fondement dans la réalité. Par exemple, on voit mal l'utilité de superposer à des dispositions existantes, en particulier les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 et les dispositions correspondantes du droit international coutumier, de nouvelles notions totalement vagues telles que le « principe de l'application concurrente », qui peuvent présenter un intérêt pour certains théoriciens mais n'aident pas les États ni les praticiens et sont susceptibles de semer la confusion dans l'important domaine du droit des traités.

56. L'orateur dit qu'il a lu plusieurs fois la section B du chapitre I du rapport à l'examen, sur ce que le Rapporteur spécial appelle le « concept du soutien mutuel », et qu'il n'a pu trouver aucun élément attestant l'existence d'un principe juridique ainsi nommé. Au mieux, ce chapitre peut renvoyer à une position de politique générale, sans toutefois qu'on sache avec certitude laquelle.

57. En bref, l'orateur dit qu'il juge que les explications données à l'appui du projet de directive 9 ne sont pas convaincantes, et que la disposition elle-même est en grande partie inintelligible et dénuée de sens. Le Rapporteur spécial mentionne la nécessité de régler les conflits entre les engagements internationaux au moyen des règles relatives à l'interprétation des traités figurant dans la Convention de Vienne de 1969. Ces règles établies de longue date s'appliquent déjà aux États parties à la Convention, et aux autres États en tant que règles du droit international coutumier, et l'on voit mal ce que le projet de directive peut y ajouter.

58. Le projet de directive 9 va au-delà de l'interprétation et entend imposer aux États une sorte d'obligation d'« élaborer » le droit, bien qu'il ne précise pas comment. Peut-être ce projet de directive ne fait-il qu'exprimer un souhait mais, de toute manière, il serait étrange de vouloir imposer une telle obligation, morale ou autre, aux États.

59. Enfin, le projet de directive 9 reflète un parti pris. Il indique que les règles du droit international doivent être interprétées et appliquées dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation, mais également en vue de protéger l'atmosphère, ce qui donne à penser que les règles qui semblent plus favorables à la protection de l'atmosphère doivent avoir la primauté. Une telle présomption en matière d'interprétation n'est toutefois aucunement fondée, si ce n'est par des préférences personnelles ou de politique générale.

60. En ce qui concerne le projet de directive 10, relatif à l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit international du commerce et de l'investissement, l'aperçu des dispositions environnementales et relatives au règlement des différends des accords de libre-échange qui figure au chapitre II du rapport montre que, souvent, ces accords prescrivent déjà de tenir compte des mesures de protection de l'environnement dans certaines circonstances. La nature et la portée des mesures varient, mais c'est aux parties à ces accords qu'il incombe de décider comment rendre compte au mieux de leurs obligations internes et internationales existantes, et comment réaliser un équilibre entre leurs aspirations en matière de protection de l'environnement et les engagements qu'ils prennent dans le domaine du commerce. On peut se demander si le projet de directive 10 apporterait quoi que ce soit d'utile en ce qui concerne le droit commercial.

61. Les mêmes considérations valent pour le droit de l'investissement. Tel qu'actuellement libellé, le projet de directive soulève plusieurs questions. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 37, la plupart des accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement actuellement en vigueur contiennent des dispositions visant d'une manière ou d'une autre à protéger l'environnement. Les exemples qu'il cite montrent que, lorsqu'ils négocient un traité, les États décident au cas par cas des dispositions qu'ils souhaitent y faire figurer en la matière. De plus, la discrimination arbitraire ou injustifiable et les restrictions déguisées au commerce sont-elles les seules violations possibles du droit de l'investissement et du droit commercial, respectivement, lorsque les États adoptent des mesures environnementales ? Le projet de directive semble quelque peu réducteur quant au corpus de règles relevant de ces branches du droit international.

62. Le chapitre III du rapport et le projet de directive 11, qui tentent de décrire la relation entre le droit de l'atmosphère et le droit de la mer, soulèvent plusieurs problèmes. Le paragraphe 1 du projet de directive 11, indique que les États devraient prendre « les mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer » pour protéger l'atmosphère de la pollution. Le rapport mentionne plusieurs instruments réglementant la pollution par les navires, mais il aurait pu également mentionner la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, de 1972, et son Protocole de 1996, qui contiennent des dispositions réglementant l'incinération en mer.

63. L'Organisation maritime internationale (OMI) traite de la pollution atmosphérique causée par les transports maritimes en vertu de sa principale convention dans ce

domaine, la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires. C'est essentiellement au sein de cette organisation que des efforts doivent être faits, et l'OMI a ces dernières années mis l'accent sur les mesures visant à lutter contre la pollution atmosphérique causée par les navires. Outre les amendements à la Convention concernant les émissions d'oxydes de soufre et d'oxydes d'azote[126], l'OMI a, entre autres, décidé de limiter à 0,5 % la concentration en soufre du carburant des navires, limite applicable au plan international à compter de 2020. Elle a aussi récemment approuvé une feuille de route pour l'élaboration d'une stratégie globale de réduction des émissions de gaz à effet de serre par les navires. L'orateur dit qu'il ne voit pas pourquoi la Commission devrait s'efforcer de superposer à ces activités des directives générales concernant la formation, l'interprétation et l'application du droit.

64. Le paragraphe 1 du projet de directive 11 appelle les États à prendre les mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer pour régler les questions touchant à la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, ce qu'ils sont déjà en train de faire. En effet, comme indiqué au paragraphe 58 du rapport, plusieurs conventions régionales relatives aux océans réglementent déjà ces questions, qui font aussi l'objet des initiatives réglementaires mentionnées au paragraphe 52, notamment le Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres[127], qui relève de la compétence générale du Programme des Nations Unies pour l'environnement. L'OMI est également en train d'élaborer des règles contraignantes concernant la pollution atmosphérique dans le secteur maritime. L'orateur se demande donc ce que la Commission ajouterait en proposant le paragraphe 1 du projet de directive 11.

65. Le paragraphe 2 du projet de directive 11 concerne les lignes de base servant à mesurer la mer territoriale et d'autres espaces maritimes conformément au droit de la mer, ce qui ne relève manifestement pas du sujet, et ce paragraphe n'a donc pas sa place dans le projet. De toute manière, telle qu'elle est libellée, cette disposition soulève quantité de questions, comme celle de savoir pourquoi elle ne vise que les petits États insulaires et les États de faible altitude. Au paragraphe 59, le Rapporteur spécial mentionne les responsabilités communes mais différenciées, alors que cette question a été exclue par les conditions fixées en 2013. Son affirmation selon laquelle les approches de ces responsabilités adoptées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par l'Organisation maritime internationale et dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, sont en conflit représente précisément le type de prise de position stérile que lesdites conditions visaient à éviter. De fait, le Rapporteur spécial ne cite aucun fait récent à l'appui de cette affirmation. En réalité, la pratique contemporaine des États a évolué dans une direction plus équilibrée, comme le démontre l'Accord de Paris, qui vise les responsabilités communes mais différenciées mais également les « différentes situations nationales ». Quoi qu'il en soit, on voit mal quelle peut être la place des responsabilités communes mais différenciées dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des accords connexes, et Sir Michael Wood ne souhaiterait pas que les positions du Rapporteur spécial à cet égard soient reflétées dans les projets de directive ou les commentaires.

66. Le projet de directive 12 concerne le droit des droits de l'homme et la protection de l'environnement, une question sur laquelle on a beaucoup dit et écrit, et l'orateur ne pense pas que la Commission puisse ajouter quoi que ce soit d'utile au débat. De plus, il estime que le texte proposé est problématique à plusieurs égards, et que les objections qu'il a formulées au projet de directive 10 valent également pour le projet de directive 12. Premièrement, une fois encore les États sont engagés à élaborer, interpréter et appliquer le droit des droits de l'homme d'une certaine manière. Deuxièmement, le chapitre IV du rapport à l'examen examine l'application concurrente du droit relatif à la protection de l'atmosphère et du droit international des droits de l'homme sur la base de la Déclaration adoptée en 1972 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement[128] et de la Déclaration sur l'environnement et le développement adoptée à Rio en 1992[129]. Il s'agit d'un territoire connu, mais la raison pour laquelle cette problématique devrait être envisagée dans le contexte particulier de l'atmosphère n'est pas claire. L'analyse semble également inciter la Commission à prendre position sur le droit à un environnement sain, ce qui n'est pas approprié dans le cadre du sujet de la protection de l'atmosphère. Un droit de l'homme individuel n'est pas nécessaire pour assurer un environnement propre et sain puisque c'est précisément l'objet de la réglementation environnementale. On peut donc se demander pourquoi le Rapporteur spécial s'éloigne tant de ce qui a été fait jusqu'ici – des projets de directive énonçant des principes de fond sur la protection de l'atmosphère – pour s'intéresser à des questions concernant l'établissement de droits de l'homme spécifiques.

67. S'agissant du paragraphe 2 du projet de directive 12, on voit mal pourquoi il est nécessaire de rappeler aux États qu'ils doivent se conformer aux obligations que leur imposent les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et pourquoi ils doivent seulement « faire tout leur possible » pour ce faire. Sont mentionnés en particulier « les droits de l'homme des groupes vulnérables », bien qu'en principe ce sont les individus qui sont investis de ces droits. On voit mal quel pourra être l'impact du paragraphe 3 du projet de directive 12, qui

[126] Pour les amendements, voir la résolution MEPC.177(58), du 10 octobre 2008, et la résolution MEPC.273(69), du 22 avril 2016, disponibles à l'adresse suivante : www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Index-of-MEPC-Resolutions-and-Guidelines-related-to-MARPOL-Annex-VI.aspx.

[127] Pour plus d'informations sur le Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres, voir à l'adresse suivante : www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/addressing-land-based-pollution/governing-global-programme.

[128] Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. I, p. 3.

[129] Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

engage les États à prendre en compte les conséquences de l'élévation du niveau des mers pour certains États, sur la manière dont cette question est déjà prise en considération. La mention au paragraphe 4 du projet de directive 12 des « intérêts des générations futures » est assurément une déclaration de politique générale et non un énoncé juridique, et en tant que tel il n'a pas sa place dans le projet de directives. Contrairement à ce que suggère le rapport, rien n'étaye l'existence d'un droit d'agir au nom des générations futures.

68. S'agissant des questions devant être traitées dans le rapport suivant, ce qu'entend le Rapporteur spécial par application au niveau du droit interne et pourquoi la Commission doit étudier cette question n'est pas clair. Quant à la conformité et au règlement des différends, l'orateur rappelle qu'il a toujours contesté que ces questions doivent être étudiées dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet, en particulier s'il existe une intention sous-jacente de promouvoir les actions en justice. Ces questions ne devraient pas être traitées dans des directives générales, d'autant plus que les accords environnementaux multilatéraux existants, comme le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et le Protocole de Kyoto, ont déjà leur propre régime de vérification de la conformité et d'application.

69. L'orateur dit que pour ces raisons il doute qu'il soit opportun de renvoyer les projets de directive au Comité de rédaction, en particulier le projet de directive 9, mais également les projets de directives 10 à 12. Toutefois, si la majorité des membres de la Commission est favorable à ce renvoi, le Comité de rédaction devra remanier les projets de directive afin d'en assurer la compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international, notamment la liberté de négocier ou de ne pas négocier des traités, et le droit des traités en général. Peut-être les projets de directive proposés à la session en cours peuvent-ils devenir une directive unique soulignant la nécessité de tenir compte de la protection de l'atmosphère dans le contexte des autres règles du droit international. Le Rapporteur spécial a, les années précédentes, proposé de nouveaux textes au Comité de rédaction compte tenu du débat qui avait eu lieu en plénière, et Sir Michael Wood l'encourage à faire de même à la session en cours en fonction de la direction que prendra le débat.

70. M. PARK dit que, comme d'autres membres, il considère que les droits et obligations concernant la protection de l'atmosphère doivent être recensés dans le cadre du droit international général, bien qu'il ne soit pas sûr que l'on puisse parler d'un « droit de l'atmosphère » en tant que tel. Il souscrit à l'observation du Rapporteur spécial, au paragraphe 9 du rapport à l'examen, selon laquelle, le droit international relatif à la protection de l'atmosphère faisant partie du droit international général, les principes et règles de droit applicables à l'atmosphère devraient donc être envisagés à l'aune de la doctrine et de la jurisprudence du droit international général. Il se demande toutefois si les trois branches du droit international sur lesquelles le Rapporteur spécial met l'accent, le droit international du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme, sont les seules qui intéressent la protection de l'atmosphère. Le Rapporteur spécial souligne plusieurs fois dans son rapport que ces branches sont intrinsèquement liées à la protection de l'atmosphère, mais il n'explique pas pourquoi. Le fait qu'elles seules soient prises en compte semblerait impliquer que les autres branches du droit international ne doivent pas l'être.

71. Or, pour l'orateur, d'autres branches du droit international, par exemple le droit aérien et de l'espace, ont également des liens intrinsèques avec le droit de la protection de l'atmosphère, ce que le Rapporteur spécial lui-même reconnaissait dans son premier rapport. M. Park rappelle qu'à la session précédente, lors du débat sur le projet de directive 7[130], relatif à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère, il a fait valoir que cette disposition ne devait s'appliquer qu'en temps de paix, et non aux situations de conflit armé. En l'absence d'une telle limitation, le droit des conflits armés aura inévitablement lui aussi des liens intrinsèques avec la protection de l'atmosphère.

72. Les transports aériens sont brièvement mentionnés dans la partie du rapport traitant du droit commercial international. Le droit aérien et de l'espace est un domaine autonome et distinct du droit commercial, et l'orateur n'est pas convaincu que le fait que la fréquence de l'utilisation d'aéronefs et d'objets spatiaux risque d'altérer la composition de l'atmosphère ne relève que du droit commercial. La protection de l'atmosphère peut aussi mettre en cause la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Des questions se posent donc en ce qui concerne la relation entre la protection de l'atmosphère et les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[131], en particulier l'article 3, relatif à la prévention, et l'article 10, relatif aux facteurs d'un juste équilibre des intérêts.

73. Comme le note le Rapporteur spécial au paragraphe 7 du rapport à l'examen, l'analyse de l'application concurrente des règles relatives à la protection de l'atmosphère et de celles relevant d'autres branches du droit international ne vise pas à élargir le champ du sujet au-delà de la définition qui en est donnée dans le projet de directive 2 et au cinquième alinéa du préambule provisoirement adoptés par la Commission, conformément aux conditions fixées en 2013. Un tel élargissement semble toutefois inévitable lorsque l'on examine d'autres branches du droit international.

74. Le soutien mutuel semble être l'un des principaux concepts analysés dans le rapport, puisqu'il doit présider à l'application concurrente du droit de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. Au paragraphe 14, le Rapporteur spécial indique que le soutien mutuel peut être vu comme un principe essentiel du droit international lorsqu'il s'agit de traiter de questions d'interprétation, de

---

[130] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 189 (projet de directive 7).

[131] Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 157 et suiv., par. 97 et 98. Voir aussi la résolution 62/68 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe.

fragmentation et de concurrence entre différents régimes. Les projets de directives 10 et 11 emploient l'expression « principe du soutien mutuel », et le projet de directive 12 la formule « de sorte qu['elles] […] se complètent ». L'orateur se demande toutefois si le Rapporteur spécial démontre effectivement que le concept de soutien mutuel est devenu un principe bien établi du droit international, en particulier dans le contexte de l'interprétation des traités. Une simple référence au principe de soutien mutuel est-elle suffisante ?

75. Pour répondre à cette question, il convient d'examiner le statut juridique actuel de soutien mutuel. Pour l'orateur, le soutien mutuel renforce l'interaction positive ou instaure des relations constructives et interactives entre les mesures commerciales et les mesures environnementales. Il semble en conséquence que son champ soit limité à des domaines spécifiques et qu'il ne s'applique pas dans toutes les branches du droit international. Le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international mentionne brièvement le soutien mutuel dans le contexte des conflits de normes dans deux cas seulement, mais au paragraphe 412, c'est la « technique de la "complémentarité" » (en anglais, *technique of "mutual supportiveness"*)[132], et non le « principe du soutien mutuel », qui est mentionnée. Il est indéniable que le soutien mutuel est apparu et s'est développé dans un contexte précis – celui de la relation entre les accords commerciaux et les accords multilatéraux relatifs à l'environnement. Pour qu'un traité soit interprété dans un esprit de soutien mutuel, tous les États concernés doivent y être parties. À l'heure actuelle, le soutien mutuel n'est pas encore expressément reconnu par les juridictions internationales, excepté par l'Organe de règlement des différends et l'Organe d'appel de l'OMC. Pour ces raisons, il est abusif de qualifier le soutien mutuel de principe du droit international dans le contexte de l'interprétation des traités ou des normes juridiques. De plus, comme indiqué aux paragraphes 16 et 17 du rapport à l'examen, le soutien mutuel exige des États qu'ils envisagent et préviennent les éventuels conflits à l'avance, dès la négociation. Or l'aspect *ex ante* du soutien mutuel semble être en conflit avec les conditions fixées en 2013, ainsi qu'avec les principes énoncés au cinquième alinéa du préambule et au projet de directive 2, aux termes duquel le projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant notamment les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance.

76. D'une manière générale, en ce qui concerne les chapitres II, III et IV du rapport à l'examen, l'accent mis sur les trois branches du droit international qui ont été choisies semble quelque peu incohérent. La plupart des explications concernant la pratique des États et la jurisprudence, qui constituent le fondement juridique des projets de directive, ne concernent pas l'atmosphère mais l'environnement en général. Or la Commission n'est pas en train d'étudier la protection de l'environnement en général et elle doit donc axer ses travaux sur la protection de l'atmosphère en particulier. Au chapitre II, relatif au droit international du commerce et de l'investissement en relation avec la protection de l'atmosphère, le Rapporteur spécial souligne la nécessité d'éviter les conflits de normes dans l'interprétation et l'application, tandis qu'au chapitre III, relatif au droit de la mer, il semble vouloir créer certaines obligations de protection de l'atmosphère dans le cadre de ce droit. S'agissant du droit des droits de l'homme, envisagé au chapitre IV, l'analyse semble viser à donner des indications aux fins de l'élaboration de normes en matière de droits de l'homme. Pour l'orateur, il est nécessaire au stade actuel de clarifier l'objet des analyses figurant dans ces trois chapitres, c'est-à-dire d'indiquer si elles visent à fournir des directives en cas de conflit entre les normes en question ou à faire prévaloir les normes relatives à la protection de l'atmosphère sur toutes les autres normes. Dans ce dernier cas, il faut se demander sérieusement si cette méthodologie est ou non adaptée.

77. Le Rapporteur spécial envisage la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude au paragraphe 2 du projet de directive 11 et au paragraphe 3 du projet de directive 12. L'orateur dit qu'il est très préoccupé par la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude du Pacifique Sud, comme Kiribati et Tuvalu, que les changements climatiques et l'élévation du niveau de la mer mettent en péril. En principe, il convient sans réserve que le problème de l'élévation du niveau de la mer est grave ; toutefois, ce problème est intimement lié à des questions telles que la disparition d'États, la délimitation maritime, en particulier les droits exercés par les petits États insulaires sur leur zone économique exclusive après modification des lignes de base servant à délimiter la mer territoriale, et la reconnaissance des réfugiés environnementaux. Cette situation soulève donc des questions politiques et juridiques complexes. Comme les orateurs précédents, M. Park estime qu'il serait trop risqué d'en traiter dans le cadre du projet de directives, ce pour plusieurs raisons.

78. Premièrement, la Commission a, à sa session précédente, achevé la seconde lecture du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe[133], qui envisage également la situation des pays insulaires de faible altitude gravement touchés, notamment les petits États insulaires en développement. Aux termes du paragraphe 4 du commentaire de l'alinéa *a* du projet d'article 3, le projet d'articles s'applique tant aux événements soudains (comme un tremblement de terre ou un tsunami) qu'aux événements progressifs (comme une sécheresse ou une élévation du niveau de la mer) et aux événements de moindre ampleur mais fréquents (comme les inondations ou les glissements de terrain)[134]. Deuxièmement, toutes ces questions doivent être examinées plus sérieusement dans des instances politiques, comme la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques, l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. Leur examen par la Commission pourrait certes avoir des effets positifs mais il risque aussi de créer des obstacles à une future table ronde politique de haut niveau.

79. S'agissant des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial, l'orateur dit que, s'il approuve l'approche fondamentale de la question de l'application

[132] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 91, par. 412.

[133] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 25 et suiv., par. 48 et 49.

[134] Ibid., p. 30 (paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 3).

concurrente, il n'est pas certain que le projet de directive 9, quelque peu répétitif, soit nécessaire eu égard aux projets de directive qui suivent. Si une explication générale est nécessaire, le titre et le contenu de ce projet de directive pourraient être remaniés pour indiquer, par exemple, si les principes directeurs de l'application concurrente concernent l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international en général. L'orateur propose de supprimer le mot « élaborent », car l'expression « interprètent et appliquent les règles » est suffisante.

80. Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial cite plusieurs instruments juridiques relatifs au commerce et à l'investissement qui consacrent le concept du « soutien mutuel » entre le commerce et l'investissement et l'environnement et sur le fondement desquels le Rapporteur spécial propose le projet de directive 10. À première vue, ce projet de directive est dans son contenu comparable au projet de directive 9, si ce n'est qu'il vise expressément le droit international du commerce et de l'investissement. Dans ce contexte, M. Park se demande ce que l'on entend par « [l]es États devraient prendre […] les mesures qui conviennent » pour protéger l'atmosphère, car cela ne ressort pas de la partie pertinente du rapport.

81. M. Park dit qu'il n'est pas certain de l'objet du projet de directive 11 : vise-t-il à illustrer la relation entre le droit de la mer et les règles pertinentes en vigueur visant à protéger l'atmosphère, ou à créer de nouvelles normes dans le domaine du droit de la mer pour renforcer la protection de l'atmosphère ? À cet égard, il demande si le membre de phrase « [l]es États devraient prendre les mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer » est censé mettre de nouvelles obligations à la charge des États ou signifie qu'en cas de conflit l'interprétation et l'application doivent faire prévaloir la protection de l'atmosphère. De plus, le problème de l'élévation du niveau de la mer résultant du réchauffement de la planète ne devrait pas être envisagé dans ce projet de directive.

82. En ce qui concerne le projet de directive 12, si l'orateur convient qu'il est nécessaire, comme indiqué au paragraphe 1, que les États interprètent et appliquent les normes internationales relatives aux droits de l'homme, il estime qu'exiger d'eux qu'ils élaborent de telles normes en leur imposant de protéger certaines valeurs va trop loin. Il se demande donc si la protection de l'atmosphère est une valeur suprême orientant la mise en œuvre d'autres cadres normatifs comme le droit des droits de l'homme et s'il existe un consensus sur ce point. Il estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter séparément, comme le fait le paragraphe 2, du respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme. Puisque l'application concurrente des règles relatives à la protection de l'atmosphère et du droit des droits de l'homme a été expliquée, il suffirait d'indiquer qu'il faut tenir compte en particulier de la situation des groupes vulnérables et des intérêts des générations futures, comme le fait le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe. M. Park considère qu'il serait préférable de supprimer les paragraphes 3 et 4. La substance du paragraphe 3 est déjà couverte par le paragraphe 2. Quant au paragraphe 4, la nécessité de tenir compte des intérêts des générations futures est déjà envisagée dans les projets de directives 5 et 6[135]. Si toutefois la Commission estime nécessaire de conserver le contenu du paragraphe 4, elle peut l'incorporer dans le préambule.

83. Comme certains des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial se chevauchent et sont en partie ambigus, M. Park propose de réunir les quatre projets de directive en un projet de directive unique, intitulé « Principes directeurs de l'application concurrente d'autres branches pertinentes du droit international », dont le texte se lirait comme suit :

> « Sans préjudice des règles pertinentes du droit international coutumier concernant l'interprétation des traités, en particulier l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les États devraient interpréter et appliquer les règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation avec les autres règles pertinentes du droit international, notamment le droit commercial international, le droit international de la mer et le droit international des droits de l'homme. »

84. Le Rapporteur spécial propose d'examiner diverses questions dans son rapport suivant, notamment l'application au niveau du droit interne. Les obligations découlant du droit interne étant déjà envisagées dans les projets de directives 3 et 4[136], M. Park demande si ce sont les aspects procéduraux de l'application au niveau du droit interne que le Rapporteur spécial a l'intention d'analyser. Il est également proposé d'étudier les questions de la conformité et du règlement des différends. M. Park se demande, eu égard à la complexité de la question, s'il est raisonnable de traiter des caractéristiques spécifiques du règlement des différends relatifs au droit de la protection de l'atmosphère. En conclusion, il remercie le Rapporteur spécial de ses efforts et exprime l'espoir que les projets de directive adoptés en première lecture refléteront le débat tenu à la session en cours.

85. M. NGUYEN remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport et pour l'initiative qu'il a prise d'organiser une réunion informelle avec des scientifiques. Il souscrit à l'approche fondamentale adoptée par le Rapporteur spécial, à savoir traiter des trois principales menaces qui pèsent sur l'atmosphère dans un seul instrument juridique pour éviter de fragmenter les règles du droit international de l'environnement. Le Rapporteur spécial expose de manière exhaustive la pratique des États, le droit international, le droit interne et la jurisprudence internationale en la matière, et le sujet satisfait aux critères établis par la Commission pour l'examen de nouveaux sujets. Quelques observations concernant les rapports précédents sont toutefois nécessaires par souci de clarté.

86. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a exprimé, dans le projet de directive 3, l'idée que la protection de l'atmosphère était la « préoccupation commune de l'humanité[137] ». Or ce projet de directive a été modifié

---

[135] Ibid., p. 187 et 189 (projets de directives 5 et 6).

[136] Ibid., p. 184 et 186 (projets de directives 3 et 4).

[137] Voir *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/667, p. 287, par. 90.

et l'idée en question a ultérieurement été incorporée dans le préambule sous la forme d'une « préoccupation pressante[138] » de l'ensemble de la communauté internationale. L'expression « préoccupation pressante » est toutefois ambiguë : elle peut être comprise de diverses manières selon l'attitude des États et la fiabilité des données scientifiques. Les États voisins d'États polluants sont souvent plus préoccupés que les autres États par la pollution atmosphérique transfrontière. À l'opposé, d'autres États contestent l'existence des changements climatiques au motif que les données scientifiques ne seraient pas confirmées, et d'autres encore invoquent les besoins du développement économique pour poser le principe des responsabilités communes mais différenciées ; en outre, les pays développés, soucieux de la protection de l'atmosphère et de l'environnement dans les territoires relevant de leur juridiction, continuent d'exporter des polluants dans les pays en développement. Autrement dit, le terme « préoccupation » n'est pas un terme strictement juridique créant des droits et des obligations pour les États. Ceux-ci peuvent décider de prendre ou non des mesures pour protéger l'environnement en fonction de leurs préoccupations propres et de la gravité du dommage que la pollution leur a causé.

87. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial déclare que la notion de préoccupation commune de l'humanité a été établie dans la pratique des États et dans la doctrine[139]. Or certains ont contesté les causes des changements climatiques et menacé de dénoncer l'Accord de Paris. La protection de l'atmosphère n'est pas simplement une préoccupation commune. Elle devrait être un objectif commun en vue d'assurer un environnement sain et sûr aux générations présentes et futures, et des mesures conjointes doivent être proposées pour réaliser cet objectif. Pour ces raisons, l'orateur recommande de remplacer l'expression « préoccupation pressante » par l'expression « objectif commun ». La protection de l'atmosphère doit être l'objectif ultime de l'humanité et elle appelle des mesures propres à amener tous les États à coopérer.

88. À cet égard, l'orateur appelle l'attention sur l'Accord de l'ASEAN sur les nuages de pollution transfrontière, adopté en 2002, qui prévoit une approche progressiste susceptible d'être suivie en matière de protection de l'atmosphère. L'Accord définit un cadre juridique permettant aux pays de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) de prendre des mesures individuelles mais concertées pour maîtriser les nuages de pollution dans la région de l'ASEAN. Il oblige les États membres de l'ASEAN à prendre des mesures législatives, administratives ou autres pour prévenir et atténuer les nuages de pollution.

89. Le Rapporteur spécial a consacré l'intégralité de son quatrième rapport à l'application concurrente du droit international de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. De ce fait, ce rapport présente quatre projets de directive sur la même question. Le texte des projets de directives 10, 11 et 12 est répétitif car tous mentionnent le principe du soutien mutuel. Pour éviter les redites et réaliser un équilibre entre des questions connexes, les dispositions communes des projets de directives 10, 11 et 12 devraient être incorporées au paragraphe 1 du projet de directive 9, qui se lirait comme suit :

> « Conformément au principe de l'application concurrente, les États élaborent, interprètent et appliquent les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation en tenant compte des autres règles applicables du droit international, notamment le droit commercial international et le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme, en vue de régler tout conflit entre ces règles et de protéger efficacement l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques. »

90. S'agissant de la terminologie, l'orateur relève que diverses expressions sont utilisées dans le rapport, par exemple « application concurrente », « soutien mutuel » et « harmonisation », sans expliquer ce qui les distingue. De plus, les principes en question sont désignés de diverses manières : « principes régissant l'application concurrente », « principes directeurs de l'application concurrente » et, dans le texte anglais, *guiding principles on interrelationship* et *guiding principles of interrelationship*. Cela risque de créer des problèmes d'interprétation et de donner à penser que le « principe de l'application concurrente » n'est qu'un seul des nombreux principes régissant l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. En outre, bien que le principe de l'application concurrente soit censé être le principal objet du chapitre I du rapport, ce chapitre ne l'analyse pas du point de vue, par exemple, de son établissement, de sa reconnaissance par la communauté internationale et de sa consécration dans des traités ou instruments de droit souple.

91. Au chapitre II du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial s'efforce de prouver que le concept de soutien mutuel, tel qu'appliqué aux questions concernant le commerce, l'investissement et l'environnement, est largement reconnu dans des traités, accords de libre-échange et accords multilatéraux relatifs à l'environnement, dans la jurisprudence et dans la pratique des États. La première partie du projet de directive 10 est calquée sur le chapeau de l'article XX du GATT. La seconde partie recommande aux États de veiller, afin d'éviter tout conflit, à ce que les règles pertinentes du droit international soient interprétées et appliquées conformément au principe du soutien mutuel. La partie correspondante du rapport appelle cependant plusieurs observations.

92. Premièrement, le Rapporteur spécial ne cite que quelques-uns des accords multilatéraux relatifs à l'environnement, dont le nombre est supérieur à 20, pour démontrer que le soutien mutuel est reconnu comme un principe général du droit international de l'environnement. Le nombre des différends environnementaux en instance n'est pas suffisant pour pouvoir considérer que ce principe est applicable lorsque l'on envisage la relation entre l'environnement et le commerce du point de vue du droit international de l'environnement. Le Rapporteur spécial fait essentiellement reposer son analyse

[138] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 19 (troisième alinéa du projet de préambule).

[139] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681, p. 206, par. 30.

sur la pratique des organes de règlement des différends de l'OMC en ce qui concerne les mesures de protection de l'environnement pouvant contrevenir aux principes fondamentaux de l'OMC. De même, le Rapporteur spécial cite uniquement des décisions judiciaires concernant des différends relatifs à des investissements pour analyser la relation entre le droit international de l'environnement et le droit international de l'investissement. De plus, le fait que la plupart des allégations relatives à la protection de l'environnement dont est saisi le mécanisme de règlement de l'OMC ne remplissent pas les conditions strictes énoncées dans le chapeau de l'article XX du GATT n'est pas mentionné, alors même que l'Organe de règlement des différends de l'OMC a, dans le cadre de son interprétation de l'alinéa *g* du paragraphe I de l'article XX du GATT, par exemple dans l'affaire *États-Unis – Essence*, envisagé les questions environnementales de manière plus ouverte et dans un souci de soutien mutuel. Il convient de relever que le projet de directive 10 omet une clause très importante du chapeau de l'article XX, à savoir « entre les pays où les mêmes conditions existent ». Il convient également de noter que quelques accords d'investissement utilisent la formulation proposée dans le projet de directive 10. L'orateur estime donc que ce projet de directive risque de ne pas être applicable à la fois au commerce et à l'investissement.

93. Deuxièmement, bien que le Rapporteur spécial propose le principe du soutien mutuel comme moyen d'éviter les conflits entre le droit international de l'environnement et le droit commercial international, il n'explique pas comment les États doivent agir lorsqu'un conflit existe déjà. Dans un tel cas, le principe du soutien mutuel risque de ne pas être applicable, mais la coopération de bonne foi entre les États peut jouer un rôle important. Le Rapporteur spécial ne mentionne pas l'affaire la plus représentative d'un conflit entre obligations internationales relatives à l'environnement et au commerce et concernant la juridiction internationale, à savoir l'affaire *Chili – Espadons*. Dans cette affaire, dont ont connu simultanément deux juridictions et qui a finalement été réglée par un accord politique, la coopération et la bonne foi ont à l'évidence été extrêmement importantes dans le règlement du conflit. L'orateur propose donc d'indiquer que la coopération et la bonne foi sont importantes pour régler les conflits, soit dans le projet de directive 10, soit dans le projet de directive 8[140], relatif à l'obligation de coopérer.

94. Troisièmement, bien que le Rapporteur spécial mentionne l'Accord de libre-échange nord-américain et des accords bilatéraux, la contribution des pays en développement comme le Viet Nam au principe du soutien mutuel et au développement durable mérite également d'être notée. Par exemple, l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viet Nam[141] mentionne dans son préambule le renforcement des relations économiques, commerciales et en matière d'investissement conformément à l'objectif de développement durable et, dans son chapitre 15, réaffirme le principe du soutien mutuel dans l'interprétation et l'application de l'Accord.

95. Au chapitre III du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial tente de démontrer que la nécessité d'appliquer et d'interpréter la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les instruments internationaux relatifs à la pollution et la dégradation atmosphériques dans un souci de soutien mutuel est largement reconnue. En conséquence, le projet de directive 11 dispose que l'interprétation et l'application des règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère doivent être conformes au principe du soutien mutuel. Cette partie du rapport appelle plusieurs observations.

96. Premièrement, elle traite essentiellement des règles internationales régissant la protection du milieu marin et non celle de l'atmosphère. La principale question est en l'occurrence de savoir si l'« atmosphère » peut être considérée comme faisant partie du milieu marin. Au paragraphe 57 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial cite un commentaire de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer pour faire valoir que l'atmosphère peut être considérée comme une composante du milieu marin, au moins dans la mesure où il existe un lien direct entre l'atmosphère de l'espace aérien surjacent et les caractéristiques naturelles de l'espace océanique sous-jacent, mais il ne fournit pas assez d'informations sur les vues et approches actuelles pour étayer cet argument. L'absence d'analyse approfondie de la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit de la mer crée une confusion entre la protection du milieu marin et celle de l'atmosphère. Le Rapporteur spécial met l'accent sur la pollution d'origine tellurique et la pollution par les navires en invoquant l'article 212 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il aurait pu mentionner l'article 195 de celle-ci, relatif à l'obligation de ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et de ne pas remplacer un type de pollution par un autre. Au paragraphe 52 de son rapport, le Rapporteur spécial affirme que la partie XII de la Convention traite de la pollution atmosphérique d'origine tellurique ; en fait, cette partie traite de tous les types de pollution du milieu marin, de la pollution d'origine tellurique à la pollution atmosphérique des zones côtières. De plus, le Rapporteur spécial aurait dû donner des informations sur l'application concurrente de la Convention et des instruments réglementaires de l'Organisation maritime internationale, et non sur cette organisation elle-même.

97. Deuxièmement, certaines des affaires citées dans le rapport n'illustrent pas comme il convient l'application concurrente de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et d'autres instruments juridiques internationaux. Dans certaines de ces affaires, le Tribunal international du droit de la mer n'a même pas mentionné la Convention ni l'atmosphère, et pourtant le Rapporteur spécial affirme que le Tribunal a examiné la question du soutien mutuel entre la Convention et d'autres instruments juridiques internationaux. Le Rapporteur spécial doit étayer ses arguments pour les rendre plus convaincants.

98. Troisièmement, si l'analyse que fait le Rapporteur spécial de l'élévation du niveau de la mer et de ses conséquences sur la détermination de la ligne de base normale, les migrations forcées et les droits de l'homme est

[140] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 25 (projet de directive 5). En 2016, le projet de directive 5 a été renuméroté en tant que projet de directive 8 [voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 183, note 1210].

[141] Pour plus d'informations sur cet accord de libre-échange, voir le site Web de l'Union européenne, à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_184.

adéquate, davantage d'exemples tirés de la réglementation, de la jurisprudence et de la doctrine auraient dû être donnés comme fondement juridique du paragraphe 3 du projet de directive 12. L'élévation du niveau de la mer est la conséquence directe du réchauffement planétaire et des changements climatiques – la pollution atmosphérique n'étant que l'un des nombreux facteurs qui y contribuent. La conséquence de l'élévation du niveau de la mer que constitue la modification des lignes de base servant à mesurer les eaux territoriales et d'autres zones maritimes est l'un des problèmes les plus urgents auxquels sont confrontés les États côtiers, en particulier les petits États insulaires et les États de faible altitude. La ligne de base est liée à la frontière maritime de la mer territoriale, qui sert à délimiter l'espace aérien national. Pour l'orateur, la question de l'élévation du niveau de la mer doit être traitée dans le cadre du droit international général et du droit de la mer, non dans celui du droit de la protection de l'atmosphère. Il doit être disjoint des conditions fixées en 2013, aux termes desquelles les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, sont exclues du sujet, et les travaux de la Commission sur le sujet doivent viser à élaborer des projets de directive sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques. En outre, aux termes du paragraphe 4 du projet de directive 2, rien dans le projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation. Pour ces raisons, l'orateur propose, pour éviter tout malentendu, de modifier le paragraphe 2 du projet de directive 11 et le paragraphe 3 du projet de directive 12. Il propose en outre d'inscrire le sujet de l'élévation du niveau de la mer au programme de travail à long terme de la Commission.

99. Au chapitre IV du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial analyse l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit international des droits de l'homme de manière claire et détaillée et cite de nombreuses dispositions normatives et décisions judiciaires à l'appui de ses propositions. Pourtant, le projet de directive 12 n'illustre pas cette application concurrente de manière détaillée. En particulier, son paragraphe 1 ne fait que réitérer l'importance du soutien mutuel entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international des droits de l'homme, peut-être par souci de cohérence avec l'approche adoptée en ce qui concerne l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. Il pourrait être utile que ce projet de directive précise plus concrètement les conditions de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme à la protection de l'atmosphère, notamment le lien de causalité entre la pollution ou la dégradation environnementales et l'atteinte à des droits de l'homme protégés, le niveau minimum de préjudice déclenchant l'application du droit international des droits de l'homme et l'existence d'un lien suffisant entre l'émission polluante et l'État.

100. En conclusion, M. Nguyen remercie le Rapporteur spécial des efforts qu'il déploie et dit qu'il espère que les modifications qu'il a proposé d'apporter aux projets de directive seront prises en compte.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

101. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le programme de travail proposé pour les trois dernières semaines de la première partie de la session. Il convient de noter que, le 16 mai, le Comité de rédaction travaillera sur le sujet des « Crimes contre l'humanité » et non sur celui de la « Protection de l'atmosphère ». Il pourra être nécessaire de déplacer la réunion du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour qu'elle se tienne à une date plus proche que celle proposée. Le Président dit qu'en l'absence d'objections il considérera que la Commission souhaite adopter le programme de travail ainsi modifié, sous cette réserve.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

3356e SÉANCE

Jeudi 11 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Protection de l'atmosphère (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. B, A/CN.4/705, A/CN.4/L.894]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705).

2. Mme ORAL dit qu'elle sait gré au Rapporteur spécial de l'effort considérable qu'il a déployé pour travailler dans les limites auxquelles est assujetti l'examen du sujet par la Commission tout en s'efforçant, en formulant des directives, de contribuer au développement progressif du droit international de l'environnement. Ces limites ont toutefois pu entraver cet effort, dans la mesure où le rapport est quelque peu déséquilibré par la place singulière qu'il accorde au concept de soutien mutuel.

3. Le chapitre I du rapport est consacré à la fragmentation du droit international, un phénomène

particulièrement préoccupant en droit international de l'environnement, lequel fait l'objet de plus de 900 instruments et relève de plusieurs institutions et organisations internationales. Alors que dans son rapport[142] ce sont les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique que le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a identifiés comme moyens de régler les conflits entre les différentes branches du droit international, dans le rapport à l'examen le Rapporteur spécial accorde un poids considérable au soutien mutuel comme moyen de régler ces conflits, bien que le statut normatif du concept ne soit pas clair : il est certes mentionné dans le programme Action 21[143] mais n'est pas parmi les principes clefs énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[144], adoptée en 1992 à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Bien que le concept de soutien mutuel ait indubitablement un rôle à jouer, il n'est pas sûr qu'il soit suffisamment accepté et utilisé pour être considéré comme un principe général du droit international. De plus, on voit mal si le Rapporteur spécial considère le soutien mutuel comme une règle permettant de résoudre les conflits de normes ou comme un principe créant une obligation de protéger l'atmosphère.

4. Le concept a son origine dans le domaine spécialisé du droit commercial international, où il est par exemple reflété dans le préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et dans la Déclaration de Doha[145], et s'inscrit dans une tentative visant à lier environnement et commerce. Dans les accords ne concernant pas le commerce, comme le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, le soutien mutuel est un moyen de prévenir les conflits potentiels avec les accords commerciaux. La liste d'instruments et de décisions judiciaires figurant dans le rapport montre que le soutien mutuel est essentiellement un objectif politique dans le contexte du commerce et des investissements internationaux et non un principe du droit international général ou d'application générale. Un auteur, le professeur Jorge Viñuales, voit dans les déclarations générales de soutien mutuel des objectifs de politique générale, et un autre, le professeur Riccardo Pavoni, considère le soutien mutuel comme un concept vague. Dans le rapport susmentionné, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international évoquait brièvement le soutien mutuel comme une technique d'interprétation mais considérait son caractère indéfini comme une faiblesse. Le Rapporteur spécial ne donne pas de définition claire de l'expression. De fait, on ne voit toujours pas comment le soutien mutuel permettrait de régler les conflits ni pourquoi il serait supérieur aux clauses de règlement des conflits du type de celle énoncée à l'article 22 de la Convention sur la diversité biologique.

5. Le rapport susmentionné du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international accorde davantage d'attention au principe de l'intégration systémique découlant du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) comme moyen de régler les problèmes de fragmentation. Ce principe a été invoqué par plusieurs juridictions internationales. Or, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial ne mentionne ni le paragraphe 3 *c* de l'article 31 ni le principe de l'intégration systémique comme méthode qui soit propre à garantir une interprétation holistique ou intégrative des traités et tienne compte des autres traités pertinents. Il ne mentionne pas non plus le principe de l'harmonisation, si ce n'est en termes vagues dans le projet de directive 9, alors même que le Groupe d'étude voyait dans ce principe l'une des règles, méthodes et techniques de résolution des conflits de normes ou de régimes. Le problème semble donc être que le Rapporteur spécial, au lieu de rechercher comment harmoniser les traités existants sur la protection de l'atmosphère avec d'autres régimes spécialisés, tente d'utiliser le soutien mutuel comme un outil pour intégrer la protection de l'atmosphère dans ces régimes.

6. Le libellé du projet de directive 9 est source de confusion en ce qu'il vise le « principe d'application concurrente », bien que ce terme ne soit pas expliqué dans le rapport. L'oratrice pense comme d'autres membres qu'en réalité un tel principe n'existe pas. L'objet de ce projet de directive est aussi dans une certaine mesure source de confusion, car il semble être, contre toute attente, d'assujettir la protection de l'atmosphère à d'autres règles du droit international, comme celles relatives au commerce. De plus, la référence aux « autres règles applicables du droit international » rappelle le libellé du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 et le principe de l'intégration systémique, bien que ce dernier ne soit jamais expressément mentionné dans le rapport. La fin du projet de directive 9 semble créer une présomption en faveur de la protection de l'atmosphère sur le modèle des clauses relatives aux conflits de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique. Des organes judiciaires ont également invoqué un principe du droit de l'environnement appliqué en Amérique latine, le principe *in dubio pro natura*, qui signifie que lorsqu'il y a conflit d'obligations ou d'interprétations, c'est la solution qui sert le mieux la protection de l'environnement qui doit prévaloir. Le Rapporteur spécial aurait peut-être dû envisager ce principe comme solution possible pour la résolution des conflits.

7. S'agissant du chapitre II, sur la relation avec le droit commercial international et le droit international de l'investissement, le droit commercial est le type même de domaine dans lequel d'importants conflits de normes avec les traités et les normes environnementaux peuvent surgir. Les accords commerciaux et relatifs aux investissements, qu'ils soient multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, peuvent avoir un effet dissuasif sur la protection de l'environnement, nonobstant la présence de références à celle-ci ou de clauses de soutien mutuel dans certains instruments de l'OMC ou d'autres instruments, comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

---

[142] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

[143] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe II.

[144] Ibid., résolution 1, annexe I.

[145] Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1.

Plusieurs des affaires citées par le Rapporteur spécial montrent que des conflits sont possibles et qu'il existe un risque que des normes commerciales comme la non-discrimination, les clauses de la nation la plus favorisée ou l'interdiction des subventions aillent à l'encontre des mesures nationales de protection de l'environnement. Les affaires *États-Unis – Crevettes* et *États-Unis – Thon II (Mexique)* montrent que les intérêts de l'environnement peuvent être subordonnés aux règles du commerce. L'oratrice dit qu'elle pense avec M. Tladi que la jurisprudence des organes de l'OMC a nui à la prise en considération des préoccupations environnementales. La Commission devrait donc faire preuve de prudence s'agissant d'incorporer des concepts du droit commercial dans un projet de directives visant à protéger l'atmosphère.

8. Le projet de directive 10 semble imposer aux États une obligation spécifique de protéger l'atmosphère dans le contexte du droit du commerce et de l'investissement. Si elle comprend le souci qui motive cette disposition, l'oratrice craint que son libellé ne suscite des inquiétudes parmi les États. Il pourrait être simplifié comme suit :

> « Le cas échéant, afin de promouvoir le développement durable, dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement, les États devraient exercer leurs droits et exécuter leurs obligations dans un esprit de soutien mutuel avec d'autres règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère. »

9. S'agissant du chapitre III du rapport, sur la relation entre droit de la protection de l'atmosphère et droit de la mer, l'oratrice remercie le Rapporteur spécial d'avoir organisé une réunion avec un groupe d'experts, qui ont souligné les liens entre l'atmosphère et les océans. Bien que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer soit considérée comme la constitution des océans et fournisse le cadre mondial le plus complet pour la protection et la préservation du milieu marin, elle ne porte pas sur les changements climatiques, qui ne sont apparus à l'ordre du jour international qu'une décennie après l'adoption de la Convention en 1982. La question des changements climatiques et de leur impact sur le milieu marin par l'acidification des océans et celle des obligations des États en matière de changements climatiques susceptibles d'être déduites de la partie XII de la Convention appellent une analyse beaucoup plus approfondie et un traitement beaucoup plus détaillé que ceux dont elles font l'objet dans le rapport.

10. L'affirmation, au paragraphe 51 du rapport, selon laquelle les émissions de gaz à effet de serre par les navires sont un des principaux facteurs des changements climatiques est inexacte, puisque ces émissions représentent 10 % seulement de la pollution marine en général et, selon une étude de l'Organisation maritime internationale (OMI), pas plus de 2,2 % du total des émissions mondiales pour 2014.

11. Le paragraphe 53 du rapport est également source de confusion du fait que, pour englober les émissions de gaz à effet de serre d'origine tellurique, ce paragraphe tente apparemment d'établir un lien entre la navigation, l'OMI et la pollution marine d'origine tellurique. L'oratrice souligne qu'à sa connaissance l'OMI n'est pas considérée comme une organisation compétente s'agissant de la pollution d'origine tellurique, puisqu'elle est mandatée pour s'occuper des transports maritimes et de la pollution par les navires − objet de l'article 211 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Par exemple, la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets réglemente l'incinération de déchets en mer par les navires. L'oratrice dit qu'elle n'a donc pas de certitude quant aux traités qui ont été incorporés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer « sous forme de renvois ». Le lien établi dans le paragraphe 53 entre le principe des responsabilités communes mais différenciées et les obligations imposées aux États par le paragraphe 1 de l'article 194 de ladite convention est extrêmement controversé, car, dans le cadre du régime des changements climatiques, l'application de ce principe est étroitement associée à la question de la responsabilité historique des pays développés quant aux émissions de gaz à effet de serre entraînant des changements climatiques anthropogènes. Quoi qu'il en soit, on voit mal pourquoi la logique des responsabilités communes mais différenciées compte tenu des situations nationales s'appliquerait aux transports maritimes, et de toute manière cette question ne relève pas du sujet.

12. Aux paragraphes 50, 54 et 62 du rapport, le Rapporteur spécial lie le soutien mutuel aux obligations imposées aux États par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les instruments de l'OMI concernant les changements climatiques et y voit une solution à la relation extrêmement complexe entre la Convention, l'OMI, le régime des changements climatiques et les responsabilités communes mais différenciées compte tenu des situations nationales. Cela semble une solution trop facile à des questions de droit aussi complexes. L'oratrice doute donc que le concept de soutien mutuel s'applique en ce qui concerne la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la protection de l'atmosphère.

13. De plus, considérer la décision rendue par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire de l'*Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)* comme un exemple d'application du concept de soutien mutuel dans le contexte du droit de la mer revient à interpréter abusivement cette décision, car l'affaire concernait la pollution marine et aucunement la protection de l'atmosphère. Le Tribunal a refusé d'ordonner les mesures conservatoires demandées par l'Irlande, estimant qu'il n'y avait pas urgence ; sa décision ne concerne ni le développement durable ni le soutien mutuel, contrairement à ce qu'indique le Rapporteur spécial dans son rapport.

14. Le Rapporteur spécial se penche également sur le très grave problème des conséquences de l'élévation du niveau des mers résultant des changements climatiques. S'il s'agit là d'un problème extrêmement important qui soulève nombre de questions juridiques sérieuses dans plusieurs domaines du droit, il n'est pas certain qu'il soit approprié de traiter d'une question aussi complexe dans une directive générale.

15. L'oratrice dit qu'elle souscrit pleinement à l'observation de M. Tladi selon laquelle le projet de directive 11 dilue l'obligation claire que l'article 194 de la Convention

des Nations Unies sur le droit de la mer impose aux États, à savoir prendre toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source. De même, ce projet de directive, qui revêt la forme d'une recommandation, énonce une norme moins rigoureuse que le libellé prescriptif de l'article 212 de la Convention, qui exige des États qu'ils adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. L'oratrice réaffirme qu'elle est préoccupée par l'application du concept de soutien mutuel dans le contexte de la Convention, qui énonce des obligations très claires.

16. Le paragraphe 2 du projet de directive 11, qui demande aux États et aux organisations internationales compétentes de tenir compte de la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude en ce qui concerne les lignes de base utilisées pour délimiter leurs zones maritimes conformément au droit de la mer, traite d'une question de délimitation, et non de la protection de l'atmosphère. Il n'a donc pas sa place dans le projet de directive. La question dont il traite est effectivement grave, et l'oratrice pense avec M. Nguyen qu'elle pourrait être inscrite en tant que sujet distinct au programme de travail à long terme de la Commission. Celle-ci devrait donc veiller à ne pas préjuger les travaux futurs qu'elle pourra éventuellement mener sur la question en approuvant une directive vague et d'application contestable prenant la forme d'une recommandation.

17. S'agissant du chapitre IV du rapport, il est légitime de dire qu'il existe aujourd'hui en droit international une relation bien établie entre protection des droits de l'homme fondamentaux et protection de l'environnement. De fait, l'Organisation des Nations Unies a nommé des rapporteurs spéciaux sur les droits de l'homme et l'environnement, qui ont établi des rapports dont le Rapporteur spécial et la Commission pourraient utilement prendre connaissance.

18. Sur la question de l'extraterritorialité, une demande d'avis consultatif est actuellement pendante devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, notamment sur la question de savoir s'il existe, au principe de la territorialité de la «juridiction» au sens de la Convention américaine relative aux droits de l'homme: «Pacte de San José de Costa Rica», une exception dans le cadre des accords multilatéraux sur l'environnement ou des traités régionaux pour la protection des mers et des océans. Il pourrait également être utile de suivre le déroulement de cette procédure.

19. M^me^ Oral dit qu'elle souscrit dans son principe à l'objectif du Rapporteur spécial de créer un lien exprès entre la protection de l'atmosphère et les droits de l'homme. Elle craint toutefois qu'invoquer le principe de soutien mutuel, qui n'a valeur que d'exhortation, alors qu'il existe un droit et une pratique, n'entraîne une régression au lieu de développer progressivement le droit international de l'environnement, le droit international et le droit des droits de l'homme.

20. L'oratrice indique qu'après avoir écouté les membres de la Commission à la séance précédente elle est encline à partager l'avis de ceux qui contestent qu'un si grand nombre de directives soit nécessaire et ont proposé de les réunir en une seule. C'est pourquoi, si la Commission le décide, elle appuiera le renvoi des projets de directives 9 à 12 au Comité de rédaction pour que celui-ci les réunisse en une seule directive.

21. M. HMOUD dit qu'il tient en premier lieu à remercier le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, exhaustif et reposant sur des recherches approfondies, qui traduit son attachement au sujet et les efforts qu'il fait pour que les travaux soient couronnés de succès.

22. M. Hmoud indique que, comme d'autres membres ayant déjà pris la parole, il continue de s'évertuer à comprendre l'objectif qui est censé être celui du rapport à l'examen et des projets de directive qu'il contient sur la relation entre le droit international de la protection de l'atmosphère et les autres branches du droit international. La fonction du projet de directives que la Commission est en train d'élaborer est de donner aux États et aux autres acteurs des indications sur les obligations que leur impose le droit international en matière de lutte contre la pollution et la dégradation atmosphériques. À ce stade, la Commission a pu se mettre d'accord sur une série de projets de directive visant à recenser les principales caractéristiques du régime juridique de la protection de l'atmosphère. Ce régime n'est toutefois pas isolé en droit international ; c'est pourquoi, comme d'autres membres, M. Hmoud est gêné par le fait qu'au paragraphe 8 du rapport, il soit décrit comme un régime autonome. Bien que le Rapporteur spécial poursuive en disant que le droit de l'atmosphère n'est en aucun cas un régime se suffisant à lui-même ou scellé, la distinction n'est pas claire. En droit international, les régimes autonomes, comme le droit diplomatique, sont l'exception, et ils comprennent à la fois des règles primaires, sur les droits et responsabilités, et des règles secondaires, sur l'administration et la conformité. Leur traitement et leur relation avec les régimes et règles du droit international sont complexes, comme l'a démontré le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international. Or, selon le plan de travail proposé, le rapport suivant du Rapporteur spécial portera sur la conformité et le règlement des différends, ce qui donne à penser que le sujet est envisagé comme un régime juridique autonome. Comme M. Tladi, l'orateur considère qu'à cet égard il faut être prudent.

23. On peut supposer que c'est en partant de cette hypothèse que le Rapporteur spécial a soulevé la question de la relation du droit de la protection de l'atmosphère avec les autres branches du droit international. Même s'ils sont autonomes, les régimes juridiques doivent dans certaines circonstances interagir avec d'autres branches du droit, et leurs principes ne peuvent exister isolément. La question qui se pose est celle de savoir si cette application concurrente peut être régie par un ensemble de directives, comme il est proposé dans le quatrième rapport. On voit mal comment des directives relatives à l'application concurrente serviront à la fois les règles conventionnelles relatives à la protection et les principes énoncés dans les projets de directive. Quelles seront les règles d'interprétation applicables ? L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 concerne l'interprétation des traités, et il s'appliquera donc dans la mesure où des règles conventionnelles

sont concernées. Les règles coutumières peuvent apporter une aide à cet égard, mais il faudra alors clarifier si ce sont les principes en vigueur dans les différentes branches du droit ou l'application concurrente de différents régimes juridiques qui sont en cause.

24. Par ailleurs, les projets de directive proposés dans le quatrième rapport envisagent le droit de la protection de l'atmosphère comme *lex generalis* relativement à certains domaines et *lex specialis* relativement à d'autres. Le Rapporteur spécial invoque la doctrine, la jurisprudence et le droit conventionnel à l'appui de certaines propositions concernant des relations spécifiques, mais les sources citées ne sont en aucune manière concluantes.

25. Au paragraphe 7 de son rapport, le Rapporteur spécial indique qu'il existe des liens intrinsèques entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international des droits de l'homme, le droit de la mer, le droit commercial international et le droit international de l'investissement. Or, comme l'ont dit certains membres à la séance précédente, ces liens intrinsèques ne sont pas clairs et ne justifient peut-être pas l'élaboration de projets de directive traitant particulièrement des questions que peuvent soulever les relations entre ces différents droits. De plus, le Rapporteur spécial n'examine pas la relation avec le droit international de l'environnement, domaine du droit international crucial en ce qui concerne le droit de la protection de l'atmosphère. Les règles relatives à celle-ci font-elles partie du droit international de l'environnement ? S'agit-il de règles spéciales par rapport aux règles générales de la protection de l'environnement, ou ont-elles une existence distincte ? Il est remarquable que les sources invoquées dans le rapport en ce qui concerne les questions que soulèvent ces relations portent principalement sur des affaires et des traités relatifs au droit de l'environnement ; il aurait donc été préférable d'examiner la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international de l'environnement avant d'aborder les questions touchant d'autres branches du droit international.

26. Abordant des points particuliers du rapport, M. Hmoud dit qu'il souscrit à l'affirmation du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 9, selon laquelle, le droit de la protection de l'atmosphère faisant partie du droit international général, les principes et règles de droit applicables à l'atmosphère devraient, autant que possible, être envisagés à l'aune de la doctrine et de la jurisprudence du droit international général. Le Rapporteur spécial fait ensuite sienne une approche généraliste ou globalisante, qui transcende les frontières des régimes spéciaux. Or, tout au long du rapport, il ne semble pas y avoir de synergie entre le traitement des régimes spéciaux et les règles relatives à la protection de l'atmosphère, pas plus que d'explications concernant le conflit potentiel entre ces règles et les régimes spéciaux ou la raison pour laquelle l'interprétation de certaines règles relatives à l'atmosphère à la lumière des régimes spéciaux appellerait des directives spécifiques.

27. Quoi qu'il en soit, la Commission devrait éviter de réécrire les règles relatives à l'interprétation des traités de la Convention de Vienne de 1969 et les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[146] ; elle ne doit pas non plus choisir les règles et conclusions intéressant l'application concurrente pour ajouter ensuite de nouveaux éléments afin de déterminer celle-ci. Les règles relatives à la hiérarchie, au conflit et à l'interprétation doivent toutes être prises en compte, en même temps que le principe de l'harmonisation.

28. Le Rapporteur spécial a présenté un élément additionnel, à savoir le concept de soutien mutuel, comme intéressant l'application concurrente. Ce concept est invoqué dans l'ensemble du rapport comme intervenant dans la définition de l'application concurrente, dans la résolution des éventuels conflits et dans l'interprétation des règles. Le rapport vise le programme Action 21, qui souligne la nécessité de faire en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement, et indique que le concept de soutien mutuel a pour objectif d'instaurer un équilibre entre les différentes branches du droit international dans la perspective du développement durable. Il est donc manifeste que le soutien mutuel est, comme l'a indiqué Sir Michael Wood à la séance précédente, une considération de politique générale ou, comme l'a dit M. Tladi, un objectif, et ne saurait constituer un principe juridique revêtant des « dimensions normatives » comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 15 du rapport à l'examen. M. Hmoud ne pense pas qu'ainsi que l'indique le paragraphe 14 du rapport, le soutien mutuel puisse être vu comme « un principe essentiel du droit international actuel lorsqu'il s'agit de traiter de questions d'interprétation, de fragmentation et de concurrence entre différents régimes ». Aucun élément n'est présenté pour étayer la proposition selon laquelle le soutien mutuel est un principe du droit international, et l'article de la revue *European Journal of International Law* cité dans le rapport n'est pas suffisant à cet égard. Le Rapporteur spécial déclare en outre, également au paragraphe 15, que le soutien mutuel oblige les États à négocier de bonne foi en vue de prévenir, *ex ante*, les conflits éventuels et interpréter et appliquer les règles pertinentes, et en assurer le suivi, de façon harmonieuse afin de résoudre dans la mesure du possible, *ex post*, les conflits qui se sont effectivement produits. Le contenu prétendument normatif du concept de soutien mutuel n'est étayé par aucune preuve et n'est pas attesté dans la pratique. Bien que les États doivent négocier de bonne foi et s'efforcer d'appliquer les règles pertinentes de façon harmonieuse, la proposition dans son ensemble n'est pas fondée en droit. On pourrait dire de même de l'idée que les concepts de développement durable et de soutien mutuel sont « proches ». Peut-être sont-ils liés sous l'angle des politiques, mais ils n'entretiennent aucune relation normative sur laquelle faire fond. Dans son rapport, le Rapporteur spécial admet que l'article pertinent de la Convention de Vienne de 1969 doit être applicable pour régler les questions d'interprétation et les conflits mais indique que les méthodes traditionnelles de l'interprétation des traités risquent elles-mêmes de ne pas ménager le soutien mutuel désiré. Là encore, l'objectif du soutien mutuel ne doit pas prendre le pas sur les règles du droit international, y compris celles de la Convention de Vienne de 1969, ni viser à les modifier. Or c'est précisément ce que semble faire le projet de directive 9 : bien que rédigé sous une

[146] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

forme non contraignante, il a un contenu normatif. Si ce projet de directive peut certes viser le soutien mutuel en tant qu'objectif ou simple orientation, il doit souligner que les questions d'interprétation et les conflits doivent être réglés par l'application des règles pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international coutumier. M. Hmoud dit qu'il préférerait, à l'expression « dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation », l'expression « de manière harmonieuse » qui correspond à un concept établi. Le projet de directive 9 stipule également que les États « élaborent » les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère en tenant compte des autres règles de droit international dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation. Une telle disposition n'est tout simplement pas applicable et n'est solidement fondée ni en théorie ni en pratique. De plus, le projet de directive 9 stipule qu'en vue de régler tout conflit la priorité doit être donnée à la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques. Or cela non seulement va à l'encontre de la logique du soutien mutuel telle qu'elle est expliquée dans le rapport, mais il s'agit aussi d'une déclaration catégorique de politique générale qui va à l'encontre du droit international. Qu'en est-il si, par exemple, le conflit met en cause des règles du *jus cogens* relevant d'un autre domaine du droit international ou si l'application de règles du *jus cogens* doit affaiblir la protection de l'atmosphère dans une situation particulière ?

29. S'agissant de la relation avec le droit commercial international, le Rapporteur spécial invoque l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et cite une jurisprudence à l'appui du concept de soutien mutuel, par exemple l'affaire *États-Unis – Crevettes* dont a connu l'Organe d'appel de l'OMC. Or, pour M. Hmoud, la relation entre l'article XX et le concept de soutien mutuel n'a absolument pas été établie. L'article en question autorise les parties contractantes à adopter des mesures visant, notamment, à protéger la santé des personnes, sous réserve que ces mesures ne soient pas arbitraires ou discriminatoires ni ne constituent une restriction déguisée du commerce international. L'article XX donne ainsi la priorité à certains objectifs de politique commerciale majeurs tout en conférant aux États le droit de prendre des mesures de protection au niveau national. Il ne concerne en rien le soutien mutuel. D'autre part, l'OMC a connu de la question de la relation entre droit international commercial et droit international de l'environnement dans l'affaire *CE – Hormones*, dans laquelle l'Organe d'appel a estimé que le principe de précaution, dans la mesure où l'on pouvait considérer qu'il existait en droit international de l'environnement, n'était pas obligatoire dans le contexte de l'OMC. Comment cette proposition peut-elle être conciliée avec le soutien mutuel ? Si cette décision prouve quelque chose, c'est bien que le droit commercial international et le droit international de l'environnement ne s'appliquent peut-être pas toujours de manière intégrée. L'affaire *États-Unis – Essence*, mentionnée au paragraphe 28 du rapport, concerne l'interprétation des traités et le point de savoir si les règles de la Convention de Vienne de 1969 et les règles de droit international coutumier sur l'interprétation sont applicables s'agissant d'interpréter le droit de l'OMC. Il ne s'agit pas d'un exemple de soutien mutuel entre droit commercial et droit de l'environnement.

30. En matière de droit de l'investissement, on peut dire de l'article 1114 de l'ALENA, qui autorise l'adoption de mesures environnementales au niveau national et reconnaît qu'il n'est pas approprié d'assouplir de telles mesures pour protéger l'investissement, ce que l'on dit de l'article XX du GATT. On peut dire de même du droit de prendre des mesures environnementales au niveau national dans le cadre de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, dès lors que ces mesures ont un objectif de politique générale légitime. Là encore, les deux exemples donnés ne concernent pas le soutien mutuel en droit international mais la résolution des conflits entre mesures juridiques nationales et obligations conventionnelles. De fait, la jurisprudence relative à l'ALENA va dans le même sens, y compris l'affaire *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, qui concerne des mesures environnementales nationales. La mention du soutien mutuel dans cette affaire est une déclaration de politique générale, non une norme juridique. Les traités bilatéraux d'investissement ne sont pas cohérents dans la manière dont ils envisagent les normes environnementales et, lorsqu'ils prévoient des mesures dans ce domaine, c'est davantage au regard du droit de faire respecter les normes environnementales nationales. M. Hmoud considère donc que le projet de directive 10 doit être substantiellement reformulé ou supprimé.

31. En ce qui concerne la relation avec le droit de la mer, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, bien qu'elle traite de la pollution marine d'origine tellurique ou atmosphérique, ne vise pas la pollution atmosphérique en tant que telle. De fait, aux paragraphes 57 et 62 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial reconnaît le caractère limité de la relation entre droit de la mer et protection de l'atmosphère. De plus, si les normes et instruments pertinents de l'OMI concernent la pollution d'origine tellurique ou la pollution par les navires, ils ne sont pas des exemples de soutien mutuel mais visent l'adoption de mesures environnementales au niveau national et à bord des navires nationaux.

32. Le problème de l'élévation du niveau des mers et des conséquences de celle-ci pour les petits États insulaires est très préoccupant et, comme l'indique le Rapporteur spécial, appelle une approche *de lege ferenda*. Toutefois, comme l'ont dit d'autres membres, la question de lignes de base n'est pas la seule qui se pose : d'autres questions, comme la souveraineté et le territoire, sont en cause, qui appellent une approche holistique et un engagement déterminé de la communauté internationale. Il n'est pas certain que ce que stipule le paragraphe 2 du projet de directive 11 quant à la nécessité d'examiner la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude en ce qui concerne les lignes de base utilisées pour délimiter leurs zones maritimes soit d'une quelconque utilité.

33. M. Hmoud dit qu'il n'appuie pas le paragraphe 1 du projet de directive 11. Si des mesures sont déjà prises dans le contexte de la pollution marine pour lutter contre la pollution et la dégradation atmosphériques, on voit mal quelle est son utilité. De plus, ce qu'il faut entendre par « mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer » n'est pas clair. S'agit-il de mesures nationales ou

internationales ? Mettent-elles une obligation à la charge d'organismes internationaux comme l'OMI ?

34. Enfin, s'agissant de la relation avec le droit international des droits de l'homme, il existe en matière de droits de l'homme des protections distinctes qui peuvent, dans certaines circonstances, être touchées par la pollution et la dégradation atmosphériques. Toutefois, comme l'indique le Rapporteur spécial, il faut qu'il y ait un lien − un lien direct − entre le dommage causé à l'atmosphère, le préjudice en résultant et l'atteinte au droit protégé. Les divers traités n'accordent pas le même poids aux différents éléments de cette relation trilatérale, et l'on peut douter qu'il soit possible d'énoncer une norme à cet égard ; en fait, on risque ce faisant de restreindre la capacité des organes judiciaires et conventionnels, ainsi que des États, d'interpréter et d'appliquer les traités concernés. Comme l'attestent les exemples donnés dans le rapport, il n'y a pas de norme universelle. L'objet des travaux n'est pas de créer un droit fondamental à la protection de l'atmosphère. Le paragraphe 1 du projet de directive 12 donne la priorité à la protection efficace de l'atmosphère dans la relation entre le droit des droits de l'homme et le droit de l'atmosphère. Or le Rapporteur spécial ne cite aucune jurisprudence ni aucune pratique des États à l'appui de cette proposition. S'agissant du paragraphe 2 du projet de directive 12, M. Hmoud dit que, s'il faut effectivement tenir compte de la situation des groupes particulièrement vulnérables, la question est de savoir comment réaliser cet objectif et si c'est bien dans le projet de directives qu'il faut le faire. On peut dire de même de la situation de la population des petits États insulaires et des États de faible altitude.

35. En conclusion, M. Hmoud dit que, comme M. Park et M. Nguyen, il estime que la relation entre les projets de directive et les règles et principes d'autres domaines du droit international devrait faire l'objet d'un projet de directive unique. Ce projet de directive stipulerait qu'aux fins de l'interprétation des règles relatives à la protection de l'atmosphère et des autres règles du droit international et de la résolution des conflits entre les unes et les autres, il convient d'appliquer les règles de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international coutumier.

36. M. CISSÉ félicite le Rapporteur spécial pour les recherches approfondies sur un sujet complexe dont atteste le quatrième rapport. Il note que le titre de celui-ci, « Protection de l'atmosphère », n'en reflète pas le contenu, dans la mesure où le sujet est traité en grande partie du point de vue de sa relation avec d'autres branches du droit international. Il aurait été plus rationnel de ne l'envisager que du point de vue de sa relation avec le droit de la mer. Le droit commercial, le droit des droits de l'homme et le droit de l'investissement n'auraient pas dû être pris en compte, car leurs liens avec la protection de l'atmosphère sont très ténus.

37. Le Rapporteur spécial conclut, au paragraphe 62 de son rapport, que « [l]'interaction entre la mer et l'atmosphère telle qu'elle est définie dans la Convention est limitée et unilatérale (sens unique, de l'atmosphère vers la mer) ». Or une telle formule ne reflète ni les faits ni le droit, car une influence s'exerce également dans l'autre sens, des océans vers l'atmosphère, la pollution d'origine tellurique pouvant entrer dans l'atmosphère via les océans.

38. S'il se félicite des efforts qu'a faits le Rapporteur spécial pour décrire et analyser la pollution d'origine tellurique, M. Cissé note que le rapport omet une source importante de pollution marine et atmosphérique, à savoir les plateformes de forage pétrolières et gazières situées sur le plateau continental et dans la zone économique exclusive des États côtiers. Cette pollution mérite d'être prise en considération dans le cadre du sujet : premièrement, parce que le paragraphe 3 de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose qu'il est nécessaire d'envisager toutes les sources de pollution du milieu marin, et, deuxièmement, parce qu'elle est expressément visée dans la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR), dont l'annexe III concerne la prévention et la suppression de la pollution provenant de sources offshore, et dans la Convention relative à la coopération en matière de protection, de gestion et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la côte atlantique de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre et de l'Afrique australe (Convention d'Abidjan), récemment complétée par un Protocole additionnel sur les règles et normes environnementales applicables aux activités pétrolières et gazières offshore. La Commission pourrait enrichir ses travaux en se demandant comment et dans quelle mesure ces activités offshore sont réglementées dans un souci de protection de l'atmosphère, que ce soit dans la pratique régionale ou en droit.

39. Pour ce qui est de la pollution d'origine tellurique, M. Cissé fait observer que, dans la liste des instruments internationaux sur le sujet figurant au paragraphe 58 du rapport, deux instruments juridiques africains pertinents ont été omis, à savoir la Convention d'Abidjan et la Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale (Convention de Nairobi).

40. L'élévation du niveau des mers résultant du réchauffement climatique est une préoccupation urgente. Entre autres effets, elle est cause d'érosion côtière et de changements des lignes de base utilisées pour déterminer les frontières maritimes entre États côtiers. Toutefois, à cet égard, comme l'indique le Rapporteur spécial, les traités établissant des frontières ne peuvent être remis en cause, même en cas de changement fondamental de circonstances, comme l'élévation du niveau des mers.

41. Bien que seuls les petits États insulaires et les États de faible altitude soient mentionnés dans le projet de directive 11, la situation de tous les États côtiers doit être prise en considération s'agissant de l'utilisation des lignes de base pour la délimitation des zones maritimes. S'agissant des petits États insulaires et des États de faible altitude, c'est leur existence même qu'il est urgent d'assurer.

42. M. ŠTURMA dit que, s'il a appuyé l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, le rapport à l'examen et le plan de travail futur le préoccupent, et, à l'instar d'autres membres, il n'est pas totalement convaincu que les projets de directive proposés contribuent beaucoup au développement des règles sur la protection de l'atmosphère.

43. M. Šturma dit qu'il admet pleinement que, parce que le droit international est un système juridique unitaire, les

règles et principes de l'une de ses branches ne peuvent être appliqués totalement indépendamment de ceux des autres branches et du droit international général. À cet égard, les travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international revêtent une importance considérable et sont assurément pertinents en ce qui concerne la protection de l'atmosphère en tant que subdivision du droit international de l'environnement. L'orateur dit qu'il a été surpris de voir utilisée l'expression « droit international relatif à la protection de l'atmosphère », car, pour lui, il s'agit davantage d'un ensemble de principes et de règles en train de se faire jour que d'une branche du droit international comme, par exemple, le droit de la mer ou le droit commercial international. Il faut veiller à ne pas contribuer à la fragmentation du droit international en créant de nouvelles pseudo-branches de celui-ci.

44. Si le concept de soutien mutuel peut être utile pour l'interprétation et la résolution des conflits de normes, on ne peut guère dire qu'il s'agit d'un principe juridique au sens usuel du terme. Il est apparu pour la première fois dans le programme Action 21 et est reflété dans certains documents et dans la jurisprudence de l'OMC, mais il n'est pas nécessairement utilisé dans d'autres domaines du droit international. L'application du principe d'intégration systémique exprimé au paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 et des autres règles de résolution des conflits examinées par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international peut remplir la même fonction ou une fonction équivalente. Dans le même ordre d'idées, les organes internationaux et régionaux des droits de l'homme s'appuient sur le principe de proportionnalité, qui n'est pas inconnu même dans le domaine du droit de l'investissement et de l'arbitrage en la matière.

45. L'utilité du concept de soutien mutuel dépend largement de la nature des règles en cause. Pour M. Šturma, ni l'application concurrente ni le soutien mutuel ne sont encore devenus des principes du droit international.

46. S'agissant des projets de directive eux-mêmes, l'orateur dit qu'il ne voit pas ce qu'ajoute le projet de directive 9 aux dispositions des articles 30 et 31 de la Convention de Vienne de 1969 ou aux conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Pour autant qu'un tel projet de directive soit effectivement nécessaire, il devrait renvoyer aux règles établies d'interprétation et d'application des traités susceptibles d'être utilisées pour résoudre les conflits de normes.

47. M. Šturma appuie le projet de directive 10, au moins en ce qui concerne sa première phrase. Dans cette phrase, les mots « Les États devraient » pourraient être remplacés par les mots « Les États peuvent » pour refléter la terminologie utilisée dans les accords et la jurisprudence de l'OMC et en droit international de l'investissement. La seconde phrase semble toutefois reprendre la teneur du projet de directive 9 et est donc redondante. S'il faut ajouter quelque chose s'agissant du droit international du commerce et de l'investissement, les principes de la bonne foi et de proportionnalité pourraient être mentionnés.

48. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de directive 11, il convient de se demander quelles dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont pertinentes et la mesure dans laquelle elles concernent la protection de l'atmosphère. Comme dans le projet de directive précédent, la seconde phrase est redondante. L'orateur indique en outre que, comme de nombreux autres membres, il considère que le paragraphe 2 du projet de directive 11 ne relève manifestement pas du sujet : les petits États insulaires et les États de faible altitude sont certes confrontés à des difficultés majeures, mais les projets de directive élaborés doivent relever et du mandat de la Commission et du droit international.

49. Le paragraphe 1 du projet de directive 12 est pour partie trompeur et pour partie redondant. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres organes internationaux de protection des droits de l'homme concerne en général la protection directe et indirecte des droits individuels des personnes vivant dans les zones directement touchées par la pollution environnementale, une question qui n'a qu'un rapport lointain, voire aucun rapport, avec la protection de l'atmosphère.

50. Les droits collectifs des groupes vulnérables, des habitants des États insulaires et des migrants écologiques semblent être une question différente. Bien que le droit international ne soit pas encore suffisamment développé dans ces domaines, les paragraphes 2 et 3 du projet de directive 12 semblent être utiles en tant qu'objectifs de politique générale et du point de vue du développement progressif du droit international.

51. Le paragraphe 4 du projet de directive 12 est redondant, car les intérêts des générations futures sont déjà visés dans le projet de directive 6[147], et il peut donc être supprimé.

52. M. Šturma dit qu'il ne s'oppose pas au renvoi des projets de directive au Comité de rédaction si la majorité des membres de la Commission l'appuie.

La séance est levée à 11 h 20.

3357e SÉANCE

Vendredi 12 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Al-Marri, M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

---

[147] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 189 (projet de directive 6).

Protection de l'atmosphère (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. B, A/CN.4/705, A/CN.4/L.894]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705).

2. M. AURESCU remercie le Rapporteur spécial d'avoir organisé une réunion avec d'éminents scientifiques spécialistes de la protection de l'environnement et du droit international de l'environnement et d'avoir instauré un dialogue avec les milieux universitaires. La méthodologie utilisée dans le rapport implique une coordination et une harmonisation entre les normes du droit international de l'environnement et d'autres dispositions du droit international, en d'autres termes, leur application concurrente. Il aurait peut-être été préférable de souligner davantage la distinction entre relations d'interprétation et relations de conflit, une distinction a fortiori pertinente en ce qui concerne le concept de soutien mutuel envisagé aux paragraphes 14 et suivants du rapport. Le Rapporteur spécial voit dans ce concept un outil utile pour régler les conflits entre les normes relatives à la protection de l'atmosphère et celles relevant d'autres domaines du droit international, les premières se voyant accorder la priorité. Toutefois, ni l'application concurrente ni le soutien mutuel ne sont encore devenus des principes ; il s'agit de méthodes d'interprétation ou de règlement des conflits de normes.

3. Le Rapporteur spécial aurait dû analyser plus en détail le lien entre l'application concurrente et le soutien mutuel d'une part, et les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) ou relevant du droit international coutumier de l'autre. En cas de conflits de normes, il est nécessaire d'indiquer quelle est la norme qui prévaut ; à défaut, la technique du soutien mutuel fonctionnera comme une rue à double sens. Les exemples les plus pertinents pour l'étude du sujet sont les cas dans lesquels la norme qui prévaut est celle relative à la protection de l'environnement ; or certains des exemples figurant dans le rapport n'entrent pas dans cette catégorie. La question de savoir si le droit de la protection de l'atmosphère existe en tant que branche distincte du droit international est seconde ; le plus important est de définir comment élaborer des directives permettant à la communauté internationale de protéger l'atmosphère de manière optimale.

4. S'agissant du projet de directive 9, on peut y voir un chapeau pour les projets de directives 10 à 12, et cela devrait être souligné dans le texte. Le titre doit être modifié, car le sujet de la directive n'est pas l'application concurrente en général, mais la notion d'application concurrente telle qu'elle s'applique à la protection de l'atmosphère en droit international. La référence à des « principes » devrait être supprimée. Les derniers mots, « contre la pollution et la dégradation atmosphériques », devraient être supprimés, et l'objet du projet de directive indiqué plus clairement.

5. La première partie du projet de directive 10 semble subordonner les mesures prises par les États pour protéger l'atmosphère à certaines conditions relevant du droit de l'investissement et du droit commercial. La dernière phrase devrait être supprimée, car elle traite d'une question déjà couverte dans le projet de directive 9. Au paragraphe 1 du projet de directive 11, les mots « pour protéger l'atmosphère » devraient être remplacés par « dans le but de protéger l'atmosphère » et la dernière phrase de ce paragraphe pourrait être supprimée pour la même raison que la dernière phrase du projet de directive 10. L'orateur dit qu'il appuie sans réserves l'idée exprimée au paragraphe 2 du projet de directive 11, à savoir qu'il faut tenir compte de la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude. À l'évidence, l'élévation du niveau des mers résultant des changements climatiques ont pour ces États d'énormes conséquences préjudiciables qui s'accompagnent de toute une série d'effets en droit international en ce qui concerne, par exemple, le territoire et la population, les lignes de base et les droits sur les espaces maritimes, en particulier en matière d'exploration et d'exploitation des ressources, la validité des délimitations maritimes déjà effectuées et les délimitations futures. Ce paragraphe aurait toutefois dû contenir une référence au régime juridique de la protection de l'atmosphère. La relation entre celle-ci et les problèmes que connaissent les petits États insulaires et les États de faible altitude devrait constituer un sujet distinct, afin que la Commission puisse en examiner tous les aspects et conséquences juridiques.

6. Au paragraphe 1 du projet de directive 12, les mots « afin de protéger efficacement l'atmosphère » devraient être remplacés par les mots « dans le but de protéger efficacement l'atmosphère » et l'expression « faire tout leur possible pour » devrait être supprimée car elle contredit le concept de soutien mutuel mentionné dans le paragraphe. S'agissant du paragraphe 2, l'orateur pense comme Sir Michael Wood que la référence aux droits de l'homme des groupes vulnérables évoque des droits collectifs, une notion qui n'existe pas en droit international des droits de l'homme, qui ne connaît que les droits individuels. Une possibilité serait de viser les droits de l'homme des personnes appartenant à des groupes vulnérables. M. Aurescu indique que les observations concernant les petits États insulaires et les États de faible altitude qu'il vient de faire valent également s'agissant du paragraphe 3 du projet de directive 12. Le paragraphe 4 est plus une déclaration de politique générale qu'une directive et serait plus à sa place dans le préambule.

7. Étant donné que la structure et le libellé de tous les projets de directive proposés dans le rapport sont similaires, peut-être est-il possible, comme d'autres membres l'ont suggéré, de les réunir en un seul projet de directive. Une autre possibilité serait d'élaborer deux projets de directive : le premier, une version révisée du projet de directive 9, ferait office de chapeau en ce qui concerne les concepts d'application concurrente et de soutien mutuel tels qu'ils s'appliquent aux normes relatives à la protection de l'atmosphère en relation avec les normes d'autres branches du droit international. Le second projet de directive réunirait les projets de directives 10 à 12.

8. L'orateur indique que moyennant ces observations il est favorable au renvoi des projets de directive au Comité de rédaction.

9. M. HASSOUNA remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, document exhaustif et solidement étayé, et le félicite des efforts qu'il fait pour promouvoir le projet auprès des gouvernements, organisations et établissements universitaires et le leur expliquer. Le dialogue informel entre scientifiques et membres de la Commission a assurément amélioré les connaissances de ces derniers s'agissant des aspects scientifiques et techniques du sujet. Bien que certains États aient contesté l'opportunité d'étudier celui-ci, la Commission doit poursuivre ses travaux sur la base des progrès qu'elle a réalisés jusqu'ici. Conformément aux conditions fixées en 2013[148], elle doit maintenir son approche équilibrée, en recensant les principes juridiques applicables à la protection de l'atmosphère tout en évitant les débats sur les questions environnementales faisant l'objet de négociations politiques.

10. Lors de l'examen du sujet à la Sixième Commission, des délégations ont exprimé l'espoir que les travaux de la Commission contrebalanceraient la fragmentation croissante du droit de l'environnement et souligné la nécessité de mettre en place un cadre réglementaire complet. Le Rapporteur spécial a tenté de répondre à ces préoccupations en invoquant dans son rapport les « principes » de l'application concurrente et du soutien mutuel. Or le « principe » de l'application concurrente n'existe dans aucun des principaux traités de droit international de l'environnement, pas plus qu'en droit des traités, dans la pratique des États, ou dans la doctrine. On peut de même douter que le soutien mutuel soit un principe juridique.

11. L'orateur indique que nonobstant ces réserves, il convient que les projets de directive doivent prendre acte de la relation entre les diverses branches du droit international en ce qui concerne la protection de l'atmosphère et encourager les États à prévenir, par une harmonisation, les conflits potentiels entre les normes relevant de ces différentes branches, pour protéger efficacement l'atmosphère. La mention d'un « principe » d'application concurrente figurant dans le projet de directive 9 devrait être supprimée et remplacée par une référence au principe bien établi de l'intégration normative ou systémique, fondé sur deux dispositions clefs, à savoir le paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 et le principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[149], de 1992. Le projet de directive 9 devrait également indiquer que les règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère doivent être interprétées sur la base des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international coutumier.

12. En ce qui concerne le projet de directive 10, sur la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international du commerce et de l'investissement, il reflète la pratique en vigueur en ce qui concerne les obligations de traitement juste et équitable mais omet de mentionner le développement durable : il convient de remédier à cette omission. L'expression « les mesures qui conviennent » est relativement vague et doit être expliquée dans le commentaire. Dans le projet de directive 11, sur la relation avec le droit de la mer, l'expression « les mesures qui s'imposent » utilisée au paragraphe 1 doit elle aussi être expliquée dans le commentaire. S'agit-il d'une norme de diligence requise, comme dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, d'une obligation des États de coopérer entre eux de bonne foi ou d'une obligation de légiférer face aux nouveaux problèmes découlant de la pollution atmosphérique ? De plus, on voit mal en quoi le paragraphe 2 du projet de directive 11 concerne la protection de l'atmosphère, et la mention expresse des petits États insulaires et des États de faible altitude méconnaît le fait que tous les États côtiers sont touchés par l'élévation du niveau des mers. Si le Rapporteur spécial vise à souligner la situation particulière qui est celle des petits États insulaires et des États de faible altitude, il aurait pu insérer les mots « en particulier » avant les mots « examiner la situation ». M. Hassouna dit qu'il serait favorable à l'insertion d'une phrase prenant acte des différences existant entre pays développés et pays en développement, en particulier en ce qui concerne les capacités techniques et les ressources. Dans leurs observations sur les rapports précédents, les États ont indiqué que les projets de directive ne tenaient pas suffisamment compte de ces différences. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, les États en développement sont moins bien équipés pour faire face comme il convient à la pollution transfrontière.

13. S'agissant du projet de directive 12, sur la relation avec le droit international des droits de l'homme, le Rapporteur spécial n'explique pas pourquoi des dispositions sur la protection de l'atmosphère sont nécessaires lorsque l'équivalent semble exister dans les traités relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence en la matière. Le projet de directive ne mentionne pas les trois conditions dont les juridictions internationales estiment qu'elles doivent être réunies pour qu'il y ait violation des droits fondamentaux les plus communément cités : un lien direct entre la pollution et la dégradation atmosphériques et l'atteinte à un droit protégé, un niveau minimum des effets préjudiciables de la pollution et de la dégradation atmosphériques, et un lien de causalité entre l'acte ou l'omission de l'État et la pollution et la dégradation atmosphériques.

14. Le projet de directive 12 est de même muet sur la manière dont les droits sont interprétés aux niveaux régional ou local par rapport au niveau international. Par exemple, comme le fait observer le Rapporteur spécial au paragraphe 73 de son rapport, la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse principalement aux droits individuels, alors que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et celle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sont davantage axées sur les droits collectifs des peuples autochtones ou tribaux. Il serait opportun de faire figurer dans le commentaire une liste non exhaustive des droits de l'homme généralement cités par les juridictions internationales, à savoir le droit à la vie, le droit de propriété et les droits à la vie privée et familiale, afin que les États comprennent mieux comment s'acquitter de leurs obligations de protection de l'atmosphère. Doit également être expliquée dans le commentaire la signification de l'expression « faire tout leur possible » utilisée aux paragraphes 1 et 2 et celle des mots « normes internationales relatives aux droits de l'homme » utilisés au paragraphe 2.

[148] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

[149] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

Le commentaire du paragraphe 4 pourrait énumérer les facteurs à prendre en considération dans l'intérêt des générations futures, avec des exemples tirés d'affaires spécifiques comme celles concernant le Gange et la Yamuna. Enfin, le commentaire devrait définir l'expression « peuples autochtones ».

15. Dans l'ensemble, les projets de directive envisagent comme il convient l'absence d'harmonisation qui caractérise les conventions existantes relatives à la protection de l'atmosphère, mais nombre d'entre eux gagneraient à être clarifiés, et certains pourraient être supprimés ou réunis. L'orateur ne pense pas qu'une disposition sur le règlement des différends soit appropriée et il aimerait savoir quels aspects du règlement des différends seront traités dans le rapport suivant. Il appuie l'intention du Rapporteur spécial de mener à bien l'examen du sujet en première lecture en 2018 et d'achever les travaux en 2020, même si le projet pourra devoir alors être actualisé pour tenir compte des progrès scientifiques et techniques.

16. En conclusion, M. Hassouna recommande le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction, étant entendu que le Rapporteur spécial tiendra compte de toutes les observations faites par les membres de la Commission en présentant au Comité un texte révisé qui servira de base aux travaux de celui-ci.

17. Mme GALVÃO TELES dit qu'elle se joint aux autres membres pour remercier le Rapporteur spécial d'avoir organisé des réunions informelles avec des scientifiques spécialistes de la protection de l'atmosphère. Ces réunions ont utilement placé dans son contexte l'examen par la Commission de ce qui est un sujet important mais difficile et complexe.

18. Les propositions présentées par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport doivent être envisagées avec une certaine prudence. Premièrement, les domaines du droit international dans lesquels il indique qu'un lien intrinsèque a été établi avec la protection de l'atmosphère ne sont peut-être que certains des domaines dans lesquels un tel lien existe. Deuxièmement, l'application concurrente est envisagée non en termes de règles spécifiques mais en tant que relations entre des branches ou domaines entiers du droit international. Troisièmement, le sujet est envisagé sous l'angle de ce qui est décrit comme les « principes » de l'application concurrente et du soutien mutuel. Or on peut se demander s'il s'agit de principes juridiques autonomes ou seulement d'un cadre analytique conceptuel.

19. Peut-être est-il préférable d'envisager le sujet sur la base des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[150], en particulier les conclusions 2, 3 et 4. La conclusion 2 distingue entre les relations d'interprétation − une norme aide à en interpréter une autre − et les relations de conflit − deux normes qui sont à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre elles. Aux termes de la conclusion 3, les normes doivent être interprétées conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne de 1969. La conclusion 4 mentionne le principe généralement accepté voulant que, lorsque plusieurs normes ont trait à une même question, il convient de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles. À la lumière de ces conclusions, l'oratrice souscrit à la proposition tendant à ce que les quatre projets de directive proposés par le Rapporteur spécial soient réunis en un seul portant sur la protection de l'atmosphère dans le contexte des autres règles du droit international.

20. Dans le même temps, le préambule pourrait viser l'objectif de politique générale consistant à s'efforcer, lorsque l'on élabore de nouvelles règles de droit international, de le faire autant que possible d'une manière contribuant à la protection de l'atmosphère. Une explication plus complète des différents domaines du droit international qui sont intrinsèquement liés à la protection de l'atmosphère pourrait figurer dans le commentaire.

21. Bien que les quatre projets de directive proposés par le Rapporteur spécial mettent des questions extrêmement importantes en lumière, l'oratrice doute comme d'autres membres de la Commission que ce soit dans le cadre des travaux sur le sujet qu'elles doivent être envisagées. Certaines d'entre elles pourraient peut-être constituer un sujet distinct. Par exemple, l'élévation du niveau des mers, envisagée au paragraphe 2 du projet de directive 11 et au paragraphe 3 du projet de directive 12, est citée comme l'une des conséquences préjudiciables des changements climatiques dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030[151]. C'est l'un des défis auxquels la communauté internationale est actuellement confrontée, un phénomène qui touche les États côtiers et les États de faible altitude en général et les petits États insulaires en développement en particulier. Le Comité des lignes de base en droit international de la mer et le Comité du droit international et de l'élévation du niveau de la mer de l'Association de droit international ont souligné que l'élévation du niveau des mers était une question transversale ayant des implications et ramifications juridiques dans différents domaines du droit international tels que le droit de la mer, le droit des droits de l'homme et le droit des migrations, mais aussi en ce qui concerne la population, le territoire, la qualité d'État et la responsabilité de l'État. S'agissant d'un problème aussi pressant et fondamental, peut-être une approche plus holistique que celle adoptée dans le rapport serait-elle préférable.

22. L'oratrice dit qu'elle espère comme le Rapporteur spécial que la Commission pourra achever la première lecture du projet d'articles en 2018. Elle indique qu'elle se joindra à un éventuel consensus pour renvoyer les quatre projets de directive au Comité de rédaction, même si elle préférerait vraiment que celui-ci étudie la possibilité de les réunir en une disposition concise.

23. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que le Rapporteur spécial doit être félicité de l'initiative qu'il a prise d'organiser des réunions avec des scientifiques ainsi qu'avec des juristes qui ont ouvert à la Commission de nouvelles perspectives qui devraient lui permettre de progresser dans ses travaux.

[150] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

[151] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 25 septembre 2015.

24. Le quatrième rapport est axé sur l'application concurrente du « droit relatif à la protection de l'atmosphère » et d'autres branches du droit international et cela est quelque peu surprenant. Ce type d'application concurrente est un sujet général intéressant tous les domaines du droit, et pas seulement le droit de la protection de l'atmosphère. L'oratrice dit qu'elle souscrit néanmoins pleinement au point de départ du rapport, à savoir le caractère systémique du droit international. Toutefois, comme l'ont souligné de précédents orateurs, l'approche de cette question est trop limitée dans le rapport, dans la mesure où elle est axée sur le « soutien mutuel » au détriment d'autres aspects importants.

25. Un autre problème que soulève la place accordée au soutien mutuel est qu'il ne s'agit pas d'un concept clairement défini. Il peut à n'en pas douter jouer un rôle important dans l'interprétation du droit international et le règlement des différends, mais il ne saurait être qualifié de principe du droit international au sens usuel du terme. De plus, le soutien mutuel, tel qu'il est défini dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, est essentiellement un outil permettant de réaliser certains objectifs. Si ces objectifs touchent indubitablement la relation entre la protection de l'atmosphère et d'importants domaines du droit international contemporain, le soutien mutuel relève davantage de la sphère politique que de la sphère juridique, à moins qu'il ne soit défini plus étroitement, de manière à être identifié au concept d'interprétation systémique ou d'interprétation cohérente, ce que ne fait pas le rapport.

26. L'analyse des conséquences des changements climatiques et du réchauffement de la planète pour les États côtiers que présente le Rapporteur spécial est particulièrement intéressante. Il n'est toutefois pas certain qu'elle soit pertinente s'agissant de la question précise analysée dans le rapport, à savoir l'application concurrente de règles du droit international. Cela ne signifie pas qu'elle n'est pas importante, étant donné en particulier les difficultés que connaissent les petits États insulaires, évoquées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 65 et 66. Quoi qu'il en soit, il s'agit indubitablement d'un sujet qui mérite d'être étudié en détail par la Commission dans le cadre de ses travaux futurs.

27. Certaines décisions ou événements précis qui sont mentionnés ne concernent pas véritablement la protection de l'atmosphère. Par exemple, les paragraphes 35 et 44 mentionnent des arbitrages dans lesquels l'Espagne était en cause concernant des modifications des tarifs de l'électricité et leur impact sur les investissements dans le secteur de l'énergie renouvelable. S'ils touchent des questions environnementales et dans une certaine mesure la protection de l'atmosphère, ils n'ont guère de lien avec le sujet précis de l'application concurrente de règles du droit international.

28. Quant aux projets de directive eux-mêmes, ils se recoupent parfois et leur libellé est fortement prescriptif, ce qui semble incompatible avec leur nature même de directives et rend parfois leur sens obscur. De plus, ils portent sur certaines questions qui ne correspondent pas pleinement à leur objectif déclaré, dont l'oratrice croit comprendre qu'il consiste essentiellement à assurer l'application des règles de l'application concurrente et l'intégration systémique à la protection de l'atmosphère. Dans ce contexte, il serait peut-être préférable de rédiger des projets de directive plus simples et moins élaborés. L'objectif poursuivi par le Rapporteur spécial serait ainsi plus clair, et les références à des questions connexes qui l'obscurcissent éliminées.

29. Ces questions collatérales peuvent très bien être traitées dans le commentaire. Toutefois, le Rapporteur spécial préférant élaborer plusieurs directives sur la base de leur contenu, la Commission pourrait envisager d'élaborer deux projets de directive pour aborder la question de deux points de vue complémentaires, en traitant séparément des critères de l'application concurrente et des domaines couverts par celle-ci. Quoi qu'il en soit, le Comité de rédaction est le mieux placé pour en décider, et les projets de directive devraient donc lui être renvoyés.

30. M. MURPHY dit que, lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission durant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, plusieurs États ont dit douter sérieusement de l'opportunité des travaux de la Commission sur le sujet de la protection de l'atmosphère. Certains ont par exemple dit craindre que l'élaboration de directives outrepasse le mandat de la Commission, fasse double emploi avec les règles en vigueur dans le domaine de la protection de l'environnement et porte préjudice à des négociations politiques en cours ou à l'application d'accords existants comme l'Accord de Paris ou le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. La Commission devrait avoir ces préoccupations à l'esprit et être très prudente dans son approche du sujet. En outre, étant donné qu'à la Sixième Commission plusieurs orateurs se sont de nouveau félicités des limites imposées par les conditions fixées en 2013, la Commission ferait bien de continuer à respecter celles-ci, car c'est sur cette base que les travaux ont été entrepris. Dans ce contexte, il est regrettable que le quatrième rapport débatte de questions telles que les « responsabilités communes mais différenciées ». Au regard des conditions fixées en 2013, de telles questions ne doivent être ni envisagées dans le rapport ni mentionnées dans le commentaire.

31. Le projet de directive 9 est intitulé « Principes directeurs de l'application concurrente », ce qui donne à penser qu'il existe au moins deux principes. Or le texte de la directive n'en mentionne qu'un, le prétendu « principe d'application concurrente ». Le Rapporteur spécial n'indique pas le fondement juridique d'un tel principe. Il ne cite aucun traité qui en constaterait l'existence ni aucune pratique des État qui le définirait. Une source citée − un essai du professeur Alan Boyle intitulé « Relationship between international environmental law and other branches of international law[152] » − n'établit en fait aucun « principe d'application concurrente ».

32. Certains auteurs, il est vrai, évoquent effectivement l'application concurrente du droit de l'environnement et d'autres domaines du droit, mais dans de tels cas l'expression « application concurrente » est simplement

[152] A. Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law », dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 125 à 146.

utilisée de manière interchangeable avec le mot « interaction » ; les auteurs en question n'identifient aucun principe, encore moins un principe juridique. Il en est de même des articles de doctrine sur des sujets tels que le commerce et l'environnement. Utiliser l'expression « application concurrente », même de manière répétée, n'en fait pas un principe juridique. Peut-être est-ce la raison pour laquelle le Rapporteur spécial lui-même vise le « concept » d'application concurrente.

33. D'autres directives développent le prétendu « principe du soutien mutuel », mais là encore il faut se demander sur quoi repose cette désignation. Il n'est cité aucun traité qui énonce un tel principe, ni aucune pratique des États qui le définisse. L'orateur souligne qu'à sa connaissance aucun des principaux ouvrages de droit de l'environnement, de droit des traités ou de droit international général ne mentionne le « principe » du soutien mutuel. Peut-être, là encore, est-ce la raison pour laquelle le Rapporteur spécial le qualifie de « concept » lorsqu'il le présente au paragraphe 14 de son rapport, et la raison pour laquelle son fondement ne semble être qu'une série de déclarations politiques sur la nécessité d'un soutien mutuel figurant dans certains traités et certaines décisions de justice. Par exemple, l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part − qui n'est pas encore en vigueur − vise le soutien mutuel mais ne dit rien d'un « principe » du soutien mutuel.

34. Certes, quelques auteurs ont essayé d'arguer que, par quelque étrange alchimie, ces références disparates au soutien mutuel ont donné naissance à un « principe » juridique, mais cette poignée d'auteurs est contrebalancée par d'autres qui soulignent l'absence de formulation faisant autorité. L'essai susvisé d'Alan Boyle, par exemple, ne proclame pas l'existence d'un principe du soutien mutuel mais indique ce qui suit : « Les règles d'interprétation, la priorité accordée aux traités ou la mise en balance des intérêts concurrents ont généralement fourni une large gamme de techniques permettant de promouvoir la cohérence dans l'application du droit international[153]. »

35. En supposant, pour les besoins de la discussion, qu'il existe bien un « principe du soutien mutuel », que signifie-t-il exactement ? Aux termes du paragraphe 15 du rapport, il a « au moins » deux dimensions. Premièrement, il oblige les États à « négocier de bonne foi en vue de prévenir, *ex ante*, les conflits éventuels ». L'idée que les États ont une quelconque obligation juridique dès qu'ils commencent à négocier un traité, voire avant, est assez troublante. Dans les projets initiaux de ce qui allait devenir l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969, la Commission a joué avec l'idée d'imposer aux États, dès le début des négociations, l'obligation de ne pas priver le traité de son objet et de son but, et les États ont dit assez fermement « Non merci ! ». C'est pourquoi l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 fait naître cette obligation au moment de la signature.

36. La seconde dimension du prétendu « principe » du soutien mutuel, à savoir que les États doivent « interpréter et appliquer les règles pertinentes, et en assurer le suivi, de façon harmonieuse afin de résoudre dans la mesure du possible, *ex post*, les conflits qui se sont effectivement produits », est également assez bizarre ; pourquoi cela devrait-il être le seul principe juridique à appliquer lorsque des règles juridiques sont en conflit ? Quid du principe qui veut que « le droit postérieur prime le droit antérieur », de la *lex specialis* par rapport à la *lex generalis* et des effets impératifs du *jus cogens* ? Le principal problème que pose l'insistance sur cette dimension est qu'il existe déjà des règles juridiques d'interprétation des traités ayant fait leurs preuves, celles énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Est particulièrement pertinent dans ce contexte le paragraphe 3 *c* de l'article 31, aux termes duquel l'interprétation doit tenir compte « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». M. Murphy ne voit pas comment la Commission aiderait la communauté internationale des juristes en formulant un principe du soutien mutuel vague et totalement nouveau dans le cadre d'un sujet concernant la protection de l'atmosphère et non l'interprétation des traités.

37. Le rapport de 2006 du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[154] a envisagé ces questions dans une perspective beaucoup plus large et n'a pas conclu qu'un « principe du soutien mutuel » devait jouer un rôle important face à la fragmentation. De fait, ce rapport ne mentionne aucun « principe du soutien mutuel ». Comme l'a relevé M. Park, dans son rapport le Groupe d'étude n'a utilisé l'expression « soutien mutuel » que deux fois, nullement pour désigner un « principe » et sans lui accorder une importance particulière. En réalité, le Groupe d'étude a accordé si peu de place à ce concept que deux auteurs ont fait valoir dans un article que le rapport ramenait le soutien mutuel à une note de bas de page dans l'histoire de la fragmentation.

38. Comme d'autres l'ont noté, le projet de directive 9 est quelque peu contradictoire : il insiste sur l'interprétation harmonieuse et l'accommodation mutuelle, mais il semble dans le même temps faire la part belle aux obligations relatives à la protection de l'atmosphère, alors qu'au contraire Alan Boyle affirme que « [c]e que l'on ne peut supposer est que les règles environnementales ont par nature la priorité sur les autres[155] ». Il est bien établi en droit international que les États conservent le pouvoir discrétionnaire de s'écarter, par consentement mutuel, de toute règle qui ne relève pas du *jus cogens* et peuvent choisir, par exemple, de privilégier le droit commercial ou le droit de la mer par rapport aux règles relatives à la protection de l'atmosphère et vice versa. Si la protection de l'atmosphère devait réellement primer les droits de l'homme, on peut se demander où cela aboutirait. L'orateur indique qu'à la lumière de ces observations, il n'est pas favorable au renvoi du projet de directive 9 au Comité de rédaction.

39. Comme d'autres membres l'ont relevé, le problème que soulève le soutien mutuel a contaminé les autres projets de directive. M. Murphy indique que lui-même et d'autres membres ont émis de très sérieuses réserves

[153] Ibid., p. 145.

[154] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

[155] Boyle, « Relationship between international environmental law… » (voir *supra* la note 152), p. 128.

lors des débats qui ont eu lieu sur le programme de travail s'agissant de l'intention du Rapporteur spécial de s'intéresser à différents domaines du droit international. Pour ce qui est du projet de directive 10, nombre des traités pertinents se donnent effectivement pour objectif d'encourager le commerce et les investissements tout en respectant l'environnement. Toutefois, c'est faire une déduction audacieuse que de dire qu'un tel objectif signifie qu'il existe un principe systémique de soutien mutuel, et une déduction encore plus audacieuse que de dire qu'un tel principe confère la primauté aux règles relatives à la protection de l'atmosphère. Ni les instruments primaires eux-mêmes ni les sentences arbitrales ne privilégient les règles relatives à la protection de l'environnement, et encore moins les règles concernant spécifiquement la protection de l'atmosphère.

40. L'orateur dit qu'il pense comme d'autres membres que, dans le rapport à l'examen, l'analyse de diverses affaires touchant le commerce et les investissements est simpliste, confuse et incomplète. Par exemple, dans l'affaire *S. D. Myers, Inc. v Government of Canada* comme dans l'affaire *Bilcon of Delaware and others v. Canada*, les tribunaux ont estimé que les mesures de protection de l'environnement qui étaient en cause portaient atteinte à des obligations juridiques internationales en matière d'investissement. On voit mal comment ces affaires attestent un soutien mutuel ou une approche harmonieuse des deux domaines du droit international en cause. L'analyse de certains accords est également simpliste, confuse et incomplète. Par exemple, une exception spécifique relative à des mesures environnementales, comme celle énoncée au paragraphe 6 de l'article 1106 de l'Accord de libre-échange nord-américain, n'est pas identique à un principe reflétant des préoccupations environnementales généralement applicable, comme celui énoncé au paragraphe 1 de l'article 1114 du même accord. Le Rapporteur spécial ne tient pas compte du fait qu'il s'agit là de régimes conventionnels sophistiqués présentant des différences considérables dans la manière dont ils envisagent leur relation avec les questions environnementales. De même, les droits des investisseurs et le traitement juste et équitable sont deux choses très différentes, mais les premiers sont inexplicablement décrits au paragraphe 31 comme garantissant le second.

41. L'initiative la plus audacieuse est probablement le texte du projet de directive 10, qui impose une portion du chapeau de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) non seulement à tous les traités de commerce dans le monde entier, mais aussi à tous les traités d'investissement et au droit international coutumier dans ces domaines. Le Rapporteur spécial a été sélectif en ce qu'il a choisi de ne pas reproduire un membre de phrase relativement important du chapeau de l'article XX, à savoir « entre les pays où les mêmes conditions existent ». Naturellement, n'ont pas non plus été reproduits les alinéas de l'article XX qui énoncent, s'agissant des questions environnementales et de conservation, d'importantes conditions de nécessité et de connexité mais ne disent rien de l'atmosphère. Le projet de directive 10 n'est même pas exact en ce qui concerne le GATT, sans parler d'autres traités ou des règles coutumières. M. Murphy dit qu'il n'est donc pas favorable à son renvoi au Comité de rédaction.

42. S'agissant du projet de directive 11, l'orateur estime que d'une manière générale le Rapporteur spécial accorde une trop large place au prétendu lien qui existerait entre le droit de la mer et la protection de l'atmosphère. Comme on l'a déjà dit, c'est sur les articles 212 et 222 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qu'il conviendrait de s'arrêter principalement, car il s'agit des deux seules dispositions traitant directement de la pollution et de l'atmosphère, et ils ne traitent que de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique et non de la pollution de l'atmosphère, comme le paragraphe 57 du rapport semble le donner à penser. De même, le Rapporteur spécial indique erronément que les diverses sources de pollution identifiées dans la partie XII de la Convention concernent la pollution atmosphérique. La Convention ne vise pas les changements climatiques ni la dégradation atmosphérique mais est uniquement axée sur les sources de pollution du milieu marin.

43. Le paragraphe 2 du projet de directive 11 demande aux États de tenir compte de la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude. Naturellement, nul ne peut nier que les changements climatiques mondiaux causent à ces États des problèmes aigus, mais les problèmes concernant les lignes de base et la délimitation des zones maritimes dus à l'élévation du niveau des mers ne leur sont pas propres. De plus, ces problèmes sont beaucoup trop importants pour être ainsi évoqués à la hâte, et ils ne sont pas liés à la protection de l'atmosphère en tant que telle mais à l'élévation du niveau des mers. L'orateur dit que, pour cette raison, il pense avec d'autres membres que la situation des États en question ne relève pas du sujet, et il n'est pas favorable au renvoi du projet de directive 11 au Comité de rédaction.

44. Pour ce qui est du projet de directive 12, l'analyse de la relation entre les droits de l'homme et l'environnement qui figure dans le rapport souffre de la comparaison avec les travaux très détaillés du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement du Conseil des droits de l'homme, qui a publié une série de rapports très soignés sur le sujet. Au paragraphe 70 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial indique erronément que l'article 2 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance « oblige » les parties à protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique, alors qu'en réalité cet article dispose que les parties « sont déterminées » à le faire et « s'efforceront de limiter et, autant que possible, de réduire graduellement et de prévenir la pollution atmosphérique ». L'analyse concernant les droits de l'homme qui figure aux paragraphes 81 et 82 est très confuse quant à la portée des obligations juridiques positives et négatives des États concernant la protection de l'atmosphère. Si l'on suit la logique de cette idée jusqu'au bout, les États seraient responsables de chacune des contributions à la dégradation atmosphérique découlant des activités privées quotidiennes susceptibles, collectivement, d'affecter autrui. Il semble y avoir là une affirmation radicale et non étayée.

45. En ce qui concerne les divers paragraphes du projet de directive 12, les paragraphes 1 et 2 sont incorrects pour les raisons qui ont déjà été exposées. Les États doivent interpréter et exécuter leurs obligations internationales

découlant des traités relatifs aux droits de l'homme auxquels ils sont parties conformément aux règles établies d'interprétation des traités et non en vue d'atteindre un objectif qui n'est pas directement lié aux droits de l'homme en cause. Les États n'ont nullement l'obligation d'élaborer de nouvelles obligations internationales en matière de droits de l'homme qui soient dans un rapport de «soutien mutuel» avec leurs obligations juridiques internationales relatives à la protection de l'atmosphère. Le paragraphe 3 souffre des mêmes problèmes que le paragraphe 2. Le paragraphe 4 découle du paragraphe 87 du rapport, qui vise la capacité d'élever des prétentions en matière de droits de l'homme au nom des générations futures − une référence qui n'est pas judicieuse. Aucune des sources citées dans le rapport en ce qui concerne les intérêts des générations futures n'est un instrument relatif aux droits de l'homme, et ce seul fait devrait donner à réfléchir à la Commission. De plus, M. Murphy voit mal en quoi le recours en droit interne et international à des tuteurs agissant au nom de personnes existantes mais mineures invoqué dans le rapport est pertinent ; l'action de ces tuteurs n'est pas comparable à celle de personnes qui agiraient aujourd'hui au nom des «générations futures». M. Murphy n'est donc pas favorable au renvoi du projet de directive 12 au Comité de rédaction.

46. En ce qui concerne la poursuite des travaux, M. Murphy souscrit à l'idée d'achever la première lecture en 2018. Il a par contre des doutes quant aux sujets que le Rapporteur spécial propose d'étudier dans un cinquième rapport. Il ne pense pas qu'il appartienne à la Commission d'adresser des instructions aux États sur la manière de donner effet au plan interne à leurs obligations internationales ou de se conformer à leurs obligations internationales. Les traités relatifs à l'atmosphère prévoyant différents types de mécanismes de vérification de la conformité, le maximum que la Commission puisse faire est de formuler une admonition sans grand intérêt. M. Murphy dit qu'il ne voit pas à quelles caractéristiques spécifiques du règlement des différends songe le Rapporteur spécial, mais il espère qu'elles ne relèvent pas d'une mission de promotion des procédures aux niveaux national et international.

47. M. PARK a proposé que les quatre projets de directive soient réunis en un seul. Il dit que ses propres préoccupations sont telles qu'il n'est pas certain qu'un seul projet de directive puisse être élaboré qui soit utile et correct, mais si le Rapporteur spécial souhaite en proposer un pour renvoi au Comité de rédaction, peut-être cela permettra-t-il d'avancer.

48. M. AL-MARRI dit que le rapport du Rapporteur spécial rappelle les travaux de l'ancien membre de la Commission Chusei Yamada sur les aquifères transfrontières[156]. Les pays développés semblent généralement réticents à accepter l'expansion du sujet «Protection de l'atmosphère» lorsque les progrès des travaux sur le sujet sont influencés dans une large mesure par les négociations internationales concernant la réduction des émissions de gaz à effet de serre, une source de tensions entre pays développés et pays en développement comme cela est indiqué au paragraphe 60 du rapport. La nécessité de réaliser les Objectifs de développement durable[157] signifie qu'il est probable que les États donneront au développement la priorité sur la protection de l'environnement. La Commission doit donc garder l'esprit ouvert lorsqu'elle examine le sujet et elle doit le faire, comme l'a souligné le Rapporteur spécial, dans le cadre du droit international général.

49. Le Rapporteur spécial a effectué une analyse exacte de l'application concurrente des règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère et de celles relevant d'autres branches du droit international. Le projet de directive 9 est bien conçu, mais les projets de directives 10 à 12 doivent être retravaillés afin que les principaux concepts soient suffisamment clairs et que la nécessité de protéger l'atmosphère sur la base du concept de soutien mutuel soit suffisamment soulignée. Le projet de directive 12 devrait être étudié de manière plus approfondie, compte dûment tenu des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses adoptés par la Commission en 2006[158], et en particulier de la question du dommage causé par des activités dangereuses à l'environnement lui-même, qu'un dommage ait ou non été simultanément causé à des personnes ou à des biens.

Application provisoire des traités[159] (A/CN.4/703, partie II, sect. F[160], A/CN.4/707[161], A/CN.4/L.895[Rev.1][162])

[Point 3 de l'ordre du jour]

Rapport du Comité de rédaction

50. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le rapport du Comité de rédaction sur le sujet «Application provisoire des traités» (A/CN.4/L.895).

51. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction a tenu quatre séances sur le sujet, du 2 au 9 mai 2017, pour achever l'examen des projets de directive qui lui avaient été renvoyés à la session précédente, à savoir les projets de directives 5 et 10. À la session précédente, le Comité de rédaction n'avait pas été en mesure d'achever l'examen du projet de directive 5 en raison d'un désaccord sur le texte de ce projet de directive tel qu'il était alors libellé, et le Rapporteur

[156] Voir *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), chap. IV.

[157] Voir résolution 70/1 de l'Assemblée générale.

[158] Les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 59 et suiv., par. 66 et 67. Voir aussi la résolution 61/36 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006, annexe.

[159] À sa soixante-huitième session (2016), sur la base des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans ses troisième et quatrième rapports [*Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/687, et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/699 et Add.1], la Commission a pris note des projets de directives 1 à 4 et 6 à 9, tels que provisoirement adoptés par le Comité de rédaction [voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 232 et 233, par. 257, et note de bas de page 1430].

[160] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[161] Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie).

[162] Document distribué en séance. Voir aussi *infra* la 3382e séance, p. 316, par. 25.

spécial a présenté une nouvelle proposition à la session en cours. L'examen du projet de directive 10 avait également été ajourné faute de temps. À sa 3349e séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer tous les projets de directive dont elle avait pris note lors de ses deux précédentes sessions − les projets de directives 1 à 4 et 6 à 9 − au Comité de rédaction afin qu'un texte consolidé puisse être établi et provisoirement adopté à la session en cours[163].

52. Le Comité a décidé d'examiner d'abord le projet de directive 10 puis le projet de directive 5, ce qu'il n'a malheureusement pas eu le temps de faire. Le projet de directive 5 sera donc examiné durant la seconde partie de la session, mais le Comité a estimé que son rapport sur les projets de directive adoptés à ce jour devait être transmis immédiatement à la Commission plénière afin que celle-ci puisse prendre le plus tôt possible la décision nécessaire pour que les commentaires puissent être élaborés. Le Président du Comité de rédaction indique que, bien que le document A/CN.4/L.895 contienne les textes et titres des projets de directives 1 à 4 et 6 à 12 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction entre 2015 et 2017, ses observations porteront uniquement sur les projets de directive provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la session en cours, à savoir les projets de directives 10 à 12. Il indique que sa déclaration doit être lue avec celles de ses deux prédécesseurs, disponibles sur le site Web de la Commission.

53. Le Comité de rédaction a consacré le temps qui lui était alloué à élaborer un ensemble de trois projets de directive sur la base de la proposition du Rapporteur spécial concernant le projet de directive 10, qui visait à rendre compte dans une disposition unique des dispositions des articles 27 et 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Le Comité a estimé que, puisque à la session précédente le champ d'application des projets de directive avait été élargi aux traités conclus par les organisations internationales, les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) devaient également être prises en considération. Pour la simplicité, le Comité de rédaction a décidé de traiter des deux séries de questions relatives au droit interne dans deux projets de directives distincts − 10 et 11 − comportant chacun deux paragraphes traitant de la situation au regard des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, respectivement. Un troisième projet de directive − 12 − a par la suite été ajouté s'agissant de l'accord relatif aux limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales. Ces trois dispositions ont toutes subi des améliorations de forme qui visaient à les adapter à l'application provisoire et à les aligner autant que possible sur les projets de directive déjà adoptés. Le commentaire expliquera néanmoins que ces deux projets de directive sont sans préjudice des articles 27 et 46 des deux Conventions. Certains craignaient que la Commission ne définisse pour l'application provisoire un régime allant au-delà de celui prévu à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, selon une autre opinion, les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 elles-mêmes introduisent déjà implicitement une certaine souplesse dans le régime de l'application provisoire qu'elles définissent.

54. Le projet de directive 10 traite de l'invocation du droit interne ou, dans le cas des organisations internationales, de leurs règles, pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire. Le Comité de rédaction a décidé de suivre le libellé de l'article 27 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 d'aussi près que possible et de refléter les modifications auxquelles il pourrait procéder dans les deux paragraphes du projet de directive 10. Le Président du Comité de rédaction déclare qu'ainsi, sauf indication contraire, les modifications qu'il va décrire concernent les deux paragraphes.

55. Le texte de chaque paragraphe peut être divisé en trois parties. La clause liminaire, qui vise un État ou une organisation internationale « qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité », est une version simplifiée de la proposition du Rapporteur spécial. La formule « a consenti[164] » à l'application provisoire a été remplacée par « a convenu » pour indiquer à la fois le caractère volontaire de l'application provisoire et le fait qu'elle est fondée sur un accord sous-jacent s'agissant d'appliquer provisoirement le traité. Le Comité de rédaction a, par souci de cohérence avec les projets de directive adoptés à la session précédente, visé l'application provisoire d'« un traité ou d'une partie d'un traité ». La clause médiane de chaque paragraphe − « ne peut invoquer les dispositions [de son droit interne] comme justifiant la non-exécution » − est reprise mot pour mot des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, ce qui confirme la position adoptée dans le projet de directive 3, à savoir que la Commission mène ses travaux sur le sujet sur la base de la Convention de Vienne de 1969 et d'autres règles de droit international, y compris la Convention de Vienne de 1986.

56. Le Comité de rédaction s'est toutefois écarté du libellé des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 en remplaçant les derniers mots, « d'un traité », par les mots « d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire », qui indiquent que l'obligation découle non du traité lui-même mais de l'accord concernant son application provisoire. Cette formulation a son origine dans la proposition initiale du Rapporteur spécial, qui visait un État « qui a consenti à être lié par un traité ou une partie d'un traité par l'application à titre provisoire[165] ». Elle reflète également l'indication figurant dans le projet de directive 7 selon laquelle l'application provisoire produit des effets juridiques. Le titre du projet de directive − « Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire » − a été rédigé de manière à indiquer que ce n'est pas le droit interne relatif à l'application provisoire des traités qui est visé mais les effets du droit interne sur l'application provisoire des traités.

57. S'agissant du projet de directive 11, le Président du Comité de rédaction dit que, dans sa proposition initiale, le Rapporteur spécial avait suivi l'approche adoptée dans

[163] Voir *supra* la 3349e séance, par. 70.

[164] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/699, par. 179 (projet de directive 10).

[165] Idem.

la Convention de Vienne de 1969 et consistant à ne viser l'article 46 que dans le cadre d'une clause « sans préjudice » énoncée dans la deuxième phrase de l'article 27. Le Comité de rédaction a toutefois décidé au début de ses travaux de reprendre dans le projet de directive le texte intégral des passages respectifs de l'article 46 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Se rendant compte qu'il serait difficile de le faire dans le cadre du projet de directive 10, puisqu'il s'agissait de traiter de deux questions de droit interne distinctes dans une disposition unique, le Comité de rédaction a décidé de traiter de la situation envisagée à l'article 46, l'invocation du droit interne ou des règles de l'organisation concernant la compétence, dans un nouveau projet de directive, le projet de directive 11.

58. Là encore, la disposition comporte deux paragraphes, le premier concernant les États et le second les organisations internationales. Comme dans le projet de directive 10, le Comité de rédaction a tenté de conserver autant que possible le libellé des dispositions pertinentes des deux Conventions. De fait, les modifications se sont limitées à introduire des références expresses à l'application provisoire. Ainsi, les mots « consentement à être lié par un traité » ont été remplacés par « consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ». De même, les mots « compétence pour conclure des traités » ont été remplacés par « compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités ». Certains ont fait valoir que les projets de directive devaient également reprendre le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 et la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1986, à savoir le paragraphe 3 de l'article 46, qui donnaient une définition de l'expression « violation manifeste », mais l'opinion qui a prévalu était qu'il n'était pas nécessaire de les reprendre dans le texte lui-même et qu'ils seraient évoqués dans le commentaire. Le projet de directive 11 a pour titre « Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités ».

59. Le projet de directive 12 a son origine dans une proposition faite au Comité de rédaction qui consistait à ajouter un chapeau aux versions antérieures des projets de directives 10 et 11 afin d'indiquer que ces dispositions s'appliqueraient à moins que le traité en question n'en dispose autrement ou qu'il en soit convenu autrement. L'idée est qu'il devait être possible, par exemple, pour les États de convenir de limiter l'application provisoire pour tenir compte de leurs dispositions constitutionnelles sur la compétence pour conclure des traités. On a aussi fait valoir que certains traités assujettissent expressément l'application provisoire à des limites découlant du droit interne qui ne sont pas nécessairement liées à la compétence pour convenir de l'application provisoire des traités. Pour certains membres, le chapeau proposé ménageait la souplesse nécessaire. Le Comité de rédaction n'a toutefois pu se mettre d'accord sur le point de savoir s'il devait figurer dans les projets de directives 10 et 11 ou dans ce dernier seulement. Une autre préoccupation était que l'insertion de ce chapeau dans l'un ou l'autre des projets de directive risquait d'être perçue comme l'ajout de nouveaux éléments aux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Comme indiqué précédemment, il ne s'agissait pas, dans l'élaboration des projets de directive, de porter atteinte au droit des traités, mais de se conformer au régime défini par les deux Conventions.

60. La solution retenue a consisté à traiter des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales dans une disposition distincte, devenue le projet de directive 12. Elle est libellée sous la forme d'une clause « sans préjudice », applicable au projet de directives en général, et elle a pour objet de confirmer que les États ou les organisations internationales qui conviennent de l'application provisoire d'un traité peuvent assujettir cette application à des limites, découlant de leur droit interne dans le cas des États ou de leurs règles dans le cas des organisations internationales. La reconnaissance d'une telle possibilité a été largement appuyée en 2016 par les membres de la Commission durant le débat en plénière et par les États Membres à la Sixième Commission.

61. Un élément clef de la disposition est qu'elle considère cette faculté comme un « droit » dont jouit l'État ou l'organisation internationale. D'autres termes ont été envisagés, à savoir « possibilité », « liberté », « capacité » et « faculté ». Le Comité de rédaction a également envisagé une formulation différente pour éviter d'indiquer si l'État ou l'organisation internationale agissait dans l'exercice d'un droit ou autrement en stipulant dans la version anglaise que les projets de directive étaient *"without prejudice to States or international organizations agreeing" on provisional application*. Toutefois, cette proposition n'a pu être retenue étant donné les difficultés que posait sa traduction dans les autres langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Aucune des autres options mentionnées n'a recueilli l'appui nécessaire, parce que toutes semblaient viser l'existence factuelle de la possibilité de l'application provisoire par opposition à l'exercice d'une prérogative juridique inhérente aux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Finalement, le Comité de rédaction s'est mis d'accord sur le mot « droit ».

62. Le commentaire expliquera que le terme « droit » ne doit pas être interprété comme impliquant qu'un accord distinct sur l'applicabilité des limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation internationale est nécessaire. Il est entendu que l'existence de telles limites internes à l'application provisoire du traité sera envisagée dans l'accord relatif à l'application provisoire et, en conséquence, subordonnée à l'accord des autres parties à l'application provisoire. Le commentaire confirmera également que le projet de directive 12 ne doit pas être interprété comme invitant les États ou les organisations internationales à invoquer unilatéralement leur droit interne ou leurs règles pour mettre fin à l'application provisoire.

63. Le mot « accord » figure dans le titre du projet de directive 12, « Accord relatif aux limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales », pour exprimer le fondement consensuel de l'application provisoire.

64. En conclusion, le Président du Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter les projets de directives 1 à 4 et 6 à 12, sans préjudice de l'adoption d'un

nouveau projet de directive sur la base du texte proposé par le Rapporteur spécial pour le projet de directive 5, et sans préjudice de la place de celui-ci dans le projet de directives.

65. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les titres et textes des projets de directives 1 à 4 et 6 à 12 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors des soixante-septième, soixante-huitième et soixante-neuvième sessions de la Commission et reproduits dans le document A/CN.4/L.895.

Projets de directives 1 et 2

Les projets de directives 1 et 2 sont adoptés.

Projet de directive 3

66. M. MURPHY demande si, pour la clarté et par souci de cohérence avec le projet de directive 6, il ne serait pas souhaitable d'insérer les mots « entre les États ou organisations internationales concernés » après les mots « à titre provisoire ».

67. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il avait l'intention de faire la même proposition lors de l'examen final des projets de directive au Comité de rédaction mais qu'il se féliciterait qu'il existe un consensus et que les membres soient prêts à adopter cette proposition à la séance en cours.

68. Le PRÉSIDENT demande ce que désigne exactement le mot « États » dans l'ajout proposé.

69. M. MURPHY dit que ce mot ne vise que les États qui ont consenti à l'application provisoire d'un traité à un moment donné, et pas nécessairement tous les États qui ont signé, voire ratifié, le traité.

70. M^me^ GALVÃO TELES dit que la proposition de M. Murphy contribue à la cohérence du projet de directives, ce qui est important, mais qu'elle devrait être examinée lors de l'examen final de celui-ci par le Comité de rédaction.

71. M^me^ ORAL demande s'il n'y a pas déjà une référence implicite aux États et aux organisations internationales dans le projet de directive 3, puisque cette disposition énonce une règle générale.

72. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que l'ajout proposé par M. Murphy pourrait aussi être inséré dans le projet de directive 1 et soulève toute une série de questions qu'il serait préférable d'examiner ultérieurement.

73. M. MURPHY dit qu'il ne fera pas obstacle à l'adoption provisoire du projet de directives, étant entendu que celle-ci ne signifie pas que la Commission est totalement satisfaite de son texte tel qu'actuellement libellé.

Le projet de directive 3 est adopté.

Projet de directive 4

Le projet de directive 4 est adopté.

Projets de directives 6 à 9

Les projets de directives 6 à 9 sont adoptés.

Projet de directive 10

74. M. OUAZZANI CHAHDI propose de supprimer les mots « et respect des traités appliqués à titre provisoire » dans le titre.

75. Le PRÉSIDENT dit que le titre juxtapose le droit interne des États et les règles des organisations internationales, d'une part, et le respect des traités appliqués à titre provisoire, de l'autre. Supprimer l'un ou l'autre de ces deux éléments détruirait l'équilibre de la directive.

76. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial), qu'appuie M. PARK, dit que, bien que des modifications aient été inévitables, le Comité de rédaction s'est efforcé de suivre d'aussi près que possible le libellé du titre de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969.

Le projet de directive 10 est adopté.

Projets de directives 11 et 12

Les projets de directives 11 et 12 sont adoptés.

Les titres et textes des projets de directives 1 à 4 et 6 à 12, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors des soixante-septième à soixante-neuvième sessions de la Commission et reproduits dans le document A/CN.4/L.895, sont adoptés, étant entendu que le projet de directive 5 sera examiné ultérieurement par le Comité de rédaction.

77. Le PRÉSIDENT dit que le Rapporteur spécial établira des commentaires des projets de directive qui figureront dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de la session en cours. Le Rapporteur spécial a demandé la création d'un groupe de travail afin de permettre aux membres intéressés de contribuer à l'élaboration des projets de commentaire. À l'issue de consultations, il a été décidé que M. Vázquez-Bermúdez présiderait le groupe de travail. Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite créer un groupe de travail chargé, sous la direction de M. Vázquez-Bermúdez, d'élaborer les commentaires des projets de directive sur l'application provisoire des traités.

Il en est ainsi décidé.

78. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Président du Groupe de travail sur l'application provisoire des traités) dit que le Groupe de travail sera composé des membres suivants : M. Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Argüello Gómez, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Hmoud, M. Jalloh, M^me^ Lehto, M. Murphy, M. Nguyen, M. Nolte, M^me^ Oral, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Šturma, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 13 heures.

3358e SÉANCE

Mardi 16 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

Protection de l'atmosphère (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. B, A/CN.4/705, A/CN.4/L.894]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Mme LEHTO remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705) et dit qu'elle lui sait gré de la manière réfléchie et déterminée dont il a abordé le sujet dans des circonstances difficiles. Elle se félicite aussi des nombreuses activités de sensibilisation qu'il a menées et du débat interactif qu'il a organisé la semaine précédente avec des scientifiques du Programme des Nations Unies pour l'environnement, de l'Organisation météorologique mondiale et de la Commission économique pour l'Europe, qui ont fourni aux membres des indications précieuses quant aux relations complexes entre les océans et l'atmosphère.

2. Définir les relations entre les règles juridiques relatives à la protection de l'atmosphère et d'autres règles du droit international est certes une bonne manière pour le Rapporteur spécial d'aborder le sujet, mais cet objectif très ambitieux appelle une analyse beaucoup plus approfondie que celle qu'il a été possible de mener dans les limites du rapport à l'examen. L'analyse utilise à juste titre les conclusions 1 à 4 des travaux du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international[166] comme fondement méthodologique pour aborder la question de l'application concurrente, bien qu'elle s'écarte de ces conclusions à certains égards, en particulier en introduisant le concept de soutien mutuel.

3. La Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) est le cadre à la fois de l'analyse du Groupe d'étude et du principe de l'harmonisation, ou de l'intégration systémique, visé dans le rapport du Rapporteur spécial. Comme l'indique le Groupe d'étude dans son rapport[167] ce principe est le plus efficace lorsqu'il traite d'une relation entre deux traités conclus entre les mêmes parties sur des matières connexes ; il ne sera donc guère utile s'agissant de la relation entre des régimes conventionnels différents, tels que le droit commercial, le droit des droits de l'homme et le droit de l'environnement. L'étude de 2006 mentionne également le soutien mutuel en tant que technique de résolution des conflits de normes, mais uniquement entre traités relevant du même régime. Certains auteurs ont reproché à l'étude de ne pas avoir vu dans le soutien mutuel un moyen autonome de lutte contre la fragmentation, estimant qu'il était qualitativement différent de l'harmonisation en ce qu'il était lié non à la présomption d'absence de conflit de normes mais au principe de la cohérence normative ou de la connexité des différents régimes. Le soutien mutuel encourage également les États à négocier activement pour prévenir les conflits entre dispositions conventionnelles, comme le souligne le Rapporteur spécial aux paragraphes 15 et 16 de son quatrième rapport.

4. Certains membres de la Commission ont dit douter que ce concept puisse être invoqué dans le contexte de la protection de l'atmosphère. Jusqu'alors, le principe du soutien mutuel a été essentiellement invoqué en droit commercial international ; son statut en droit international général est incertain. Certains auteurs le considèrent comme un principe en gestation du droit international ayant son origine dans les impératifs de la bonne foi et de la coopération, alors que d'autres y voient une déclaration de politique générale ou un simple appel à la coordination. Quoi qu'il en soit, il ne peut être considéré comme créant des obligations à la charge des États. C'est pourquoi certains membres de la Commission ont estimé que dans les projets de directive les références au soutien mutuel devaient être remplacées par des références à la Convention de Vienne de 1969. L'oratrice dit qu'elle espère que le Rapporteur spécial explicitera les raisons pour lesquelles ce concept est pertinent et peut être utilement associé au principe de l'harmonisation.

5. Mme Lehto pense comme d'autres membres de la Commission que le Rapporteur spécial n'explique pas toujours clairement les « liens intrinsèques » qui unissent le droit commercial international, le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme au droit international de la protection de l'atmosphère. Une difficulté à cet égard tient au fait que la jurisprudence et les traités invoqués dans le rapport concernent pour la plupart le droit de l'environnement en général ; de ce fait, les analyses figurant aux chapitres II, III et IV du rapport, si elles sont intéressantes, soulèvent peu de questions concernant directement la protection de l'atmosphère.

6. S'agissant des projets de directive proposés, l'oratrice pense comme d'autres membres de la Commission que leur nombre doit être revu afin d'éviter les répétitions. Le projet de directive 9 introduit un nouveau concept, le « principe d'application concurrente », qui a notamment été étudié par l'Association de droit international dans le contexte du développement durable mais qui, comme le soutien mutuel, constitue une approche et non un principe. Il ne semble pas ajouter quoi que ce soit au projet de directive 9, qui mentionne déjà le soutien mutuel et l'harmonisation. L'oratrice dit qu'elle appuie le nouveau libellé proposé par M. Aurescu pour le projet de directive 9, car il énonce des garanties utiles.

---

[166] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186, par. 251.

[167] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

7. Les projets de directives 10 et 11, qui demandent aux États de prendre, dans les domaines du droit commercial international, du droit international de l'investissement et du droit de la mer, les mesures qui conviennent pour protéger l'atmosphère, devraient être rédigés avec soin de manière à ne pas porter atteinte à des obligations existantes. L'oratrice pense comme d'autres membres de la Commission que le paragraphe 2 du projet de directive 11 doit être supprimé, car il n'a guère de rapport avec le sujet à l'examen. Le projet de directive 12, relatif à la manière dont les États doivent élaborer les normes internationales relatives aux droits de l'homme, les interpréter et les appliquer, atteste une conception large et dynamique du soutien mutuel, mais l'on voit mal pourquoi ces normes devraient être élaborées dans cette perspective particulière. Le paragraphe 3 du projet de directive mentionne l'élévation du niveau des mers, mais ce problème, quoique important, ne peut être envisagé dans le contexte d'un projet de directives sur la protection de l'atmosphère. La mention au paragraphe 4 des générations futures semble inutile, le projet de directive 6 visant déjà les « générations présentes et futures[168] ». En conclusion, l'oratrice recommande que les projets de directive soient renvoyés au Comité de rédaction, qui devrait envisager d'en réunir certains ou de les réunir tous.

8. M. REINISCH dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que l'identification des conflits potentiels entre le droit international de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, et la mise au point d'outils juridiques permettant de prévenir ou de résoudre ces conflits, est une entreprise très importante. Bien que le Rapporteur spécial mentionne fréquemment ces « conflits » dans son rapport, il n'en définit pas précisément ni n'en caractérise la nature. Il ressort de la lecture du rapport qu'au moins deux types de conflits peuvent surgir. Le premier est un conflit entre les objectifs du droit de l'environnement et ceux d'autres régimes, par exemple le droit commercial. Dans de tels cas, le soutien mutuel est difficile à mettre en œuvre parce que les objectifs sont clairement différents et parfois même opposés. Dans de telles situations, les techniques traditionnelles offertes par la Convention de Vienne de 1969 et examinées par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international fournissent les outils nécessaires pour régler les conflits.

9. Le second type de conflit naît lorsque les champs d'application de différents régimes conventionnels se chevauchent, même si les objectifs de ces régimes sont communs ; le Rapporteur spécial donne comme exemple l'application concurrente des instruments de l'Organisation maritime internationale, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Dans de telles situations, la notion de soutien mutuel, sous la forme de l'interprétation harmonieuse, sera plus facile à mettre en œuvre.

10. Un autre terme qui n'est pas clairement défini dans le rapport est celui d'« application concurrente ». On peut lire au paragraphe 12 qu'il désigne une « notion » qui illustre « l'interdépendance entre la protection de l'environnement et le développement économique et social », ce qui donne à penser qu'il s'entend de la situation dans laquelle des mesures environnementales et des mesures de développement s'appliquent concurremment, voire entrent en conflit. Cette notion semble toutefois également revêtir un aspect normatif, puisqu'elle « est censée trouver un point d'équilibre dans le développement durable ». Cet aspect normatif est également apparent dans le projet de directive 9, qui vise un « principe d'application concurrente » que les États doivent appliquer pour prévenir les conflits entre différentes règles juridiques. Enfin, l'expression « application concurrente » est le plus souvent utilisée dans le rapport pour décrire la relation entre différentes branches du droit, par exemple le droit de la protection de l'atmosphère, le droit commercial international et le droit international de l'investissement.

11. Au paragraphe 7 de son quatrième rapport, le Rapporteur spécial énumère plusieurs branches du droit international − le droit commercial international, le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme − comme entretenant des « liens intrinsèques » avec le droit de la protection de l'atmosphère, mais il n'explique pas d'où viennent ces liens. On voit mal pourquoi d'autres branches du droit, comme le droit de la propriété intellectuelle ou le droit humanitaire, ne sont pas également considérées comme entretenant des liens intrinsèques avec le sujet. Au paragraphe 18 du rapport à l'examen, consacré au principe interprétatif de l'harmonisation, le Rapporteur spécial évoque l'affaire bien connue *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (affaire *États-Unis – Essence*), dont a connu l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Étant donné l'accent mis dans la suite du rapport sur le commerce et l'investissement, il convient de noter que ce principe d'interprétation a également été adopté par divers tribunaux des investissements, qui ont souligné que les traités d'investissement ne pouvaient être interprétés indépendamment du droit international public.

12. S'agissant du projet de directive 9, l'orateur se demande si l'expression « principe d'application concurrente » devrait être remplacée par « principe du soutien mutuel » ou « principe de l'harmonisation ». L'expression « application concurrente » semble être descriptive, alors que les termes « soutien mutuel » ou « harmonisation » peuvent s'entendre comme désignant des principes normatifs à appliquer pour prévenir les conflits pouvant résulter de l'application concurrente de différentes normes. L'objet du projet de directive semble être d'appliquer le « principe d'application concurrente » à l'activité normative, l'activité judiciaire et la mise en œuvre (« élaborent, interprètent et appliquent les règles de droit international »), mais il risque d'être compris comme ne concernant que l'interprétation et l'application, non l'élaboration. Il pourrait donc être opportun d'ajouter les mots « de prévenir ou » avant les mots « de régler tout conflit entre ces règles ». Une autre question est celle de savoir si le membre de phrase « en vue de régler tout conflit entre ces règles » est répétitif, puisqu'il reflète la nécessité d'interpréter et d'appliquer les règles dans un souci d'« harmonisation ».

13. En ce qui concerne la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international du

[168] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 189 (projet de directive 6).

commerce et de l'investissement, qui fait l'objet du projet de directive 10, le Rapporteur spécial mentionne au paragraphe 31 du rapport à l'examen les traités d'investissement qui garantissent « un "traitement juste et équitable" dans les affaires d'expropriation » ; il serait plus exact de dire « un traitement juste et équitable ainsi qu'une indemnisation en cas d'expropriation », car la norme de traitement juste et équitable ne comporte pas de garanties contre l'expropriation, et la norme relative à l'expropriation n'interdit pas l'expropriation mais lui associe une obligation d'indemnisation.

14. Le projet de directive 10 énonce à l'intention des États deux recommandations qui sont tout à fait précises mais ne découlent pas directement de l'analyse figurant dans les paragraphes du rapport qui précèdent le texte proposé. La première de ces recommandations risque d'être comprise comme concernant non pas la conclusion de traités dans les domaines du droit international du commerce et de l'investissement mais les mesures que prennent effectivement les États pour protéger l'atmosphère, puisqu'elle rend compte de la condition énoncée à l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), à savoir que les mesures prises par les États ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger. Or ce libellé impose, en ce qui concerne les mesures prises par les États, des conditions de proportionnalité qui doivent être évaluées à la lumière de l'Accord ; il ne vise pas la conclusion de traités dans le domaine du droit commercial. Lorsque les États prennent « dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement les mesures qui conviennent » en concluant des traités, il ne semble pas approprié d'assujettir ces mesures à un critère spécifique ; par exemple, si des États souhaitent adopter de nouvelles règles conventionnelles garantissant un niveau de protection plus élevé, ces règles ne devraient pas être assujetties à la condition de proportionnalité énoncée à l'article XX de l'Accord.

15. Une autre raison de ne pas faire du texte de l'Accord la norme fondamentale est que les États sont beaucoup plus libres d'adopter des mesures de protection ou de tenir compte des considérations environnementales dans le domaine du droit des investissements que dans celui du droit commercial. Dans la pratique du règlement des différends à l'OMC, la « proportionnalité » envisagée à l'article XX a été interprétée d'une manière qui impose une lourde charge à la partie adoptant les mesures, alors que les États qui concluent des traités doivent pouvoir déterminer la norme qu'ils souhaitent adopter. De plus, dans le texte anglais, c'est l'auxiliaire *shall*, plus prescriptif, qui est utilisé, alors que c'est l'auxiliaire *should* qui est employé dans le reste du projet de directive 10. En ce qui concerne la seconde phrase de celui-ci, l'orateur se demande dans quelle mesure les États peuvent « veiller à ce que » les règles pertinentes soient interprétées et appliquées conformément au principe du soutien mutuel, car cette tâche incombe généralement à des organes indépendants de règlement des différends.

16. M. Reinisch dit qu'il craint que le paragraphe 1 du projet de directive 11 n'affaiblisse les obligations que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et d'autres traités en vigueur imposent aux États, à la fois parce qu'il revêt la forme d'une recommandation et parce que sa seconde phrase risque d'être interprétée comme recommandant que les règles pertinentes du droit international soient appliquées avec moins de vigueur afin d'éviter tout conflit. De plus, comme d'autres membres de la Commission, il doute qu'une question aussi spécifique que l'élévation du niveau des mers et ses conséquences pour les petits États insulaires et les États de faible altitude, évoquée au paragraphe 2 du projet de directive 11 et au paragraphe 3 du projet de directive 12, doive être mentionnée dans des projets de directive sur le sujet plus général de la protection de l'atmosphère.

17. Le projet de directive 12 pose des problèmes de forme. On voit mal, à la lecture du paragraphe 2, si les États sont tenus de respecter les normes internationales en matière de droits de l'homme ou seulement de faire « tout leur possible » pour les respecter. Si ce projet de directive vise à rappeler aux États qu'ils doivent prendre les normes internationales relatives aux droits de l'homme en considération lorsqu'ils élaborent, interprètent et appliquent des règles et recommandations concernant la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques, il doit être reformulé pour exprimer cette intention plus clairement.

18. M. Reinisch dit qu'il appuie la proposition de M. Park d'envisager de réunir les quatre projets de directive proposés par le Rapporteur spécial en une disposition unique.

19. M. RUDA SANTOLARIA remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté son quatrième rapport et organisé une réunion informelle avec d'éminents scientifiques.

20. S'agissant du rapport en lui-même, il pense comme d'autres membres de la Commission que, si le « soutien mutuel » est indéniablement une aspiration ou un objectif important, il ne constitue pas un principe du droit international général, encore moins le « principe […] qui devrait guider » les États et les tribunaux internationaux afin qu'ils interprètent et appliquent les règles pertinentes de façon harmonieuse, comme il est dit au paragraphe 17. Ce point est illustré par le fait que les dispositions d'accords commerciaux citées au paragraphe 26 du rapport, tout comme les dispositions identiques d'autres accords commerciaux conclus par les pays d'Amérique latine avec les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne, traduisent la volonté d'améliorer, d'accroître et de renforcer le soutien mutuel entre le commerce et l'environnement et entre les accords multilatéraux relatifs à l'environnement et commerciaux en tant que but ou objectif que les parties doivent s'efforcer d'atteindre. Ainsi, le soutien mutuel n'est pas un principe du droit international, mais un objectif.

21. Au paragraphe 18 de son quatrième rapport, le Rapporteur spécial note à juste titre que le paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 garantit tacitement le principe interprétatif de l'harmonisation en ce qu'il dispose que « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » doit être prise en considération dans l'interprétation des traités. À titre d'exemple, le Rapporteur spécial cite, au paragraphe 28 du rapport à l'examen,

le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis – Essence*, qui voit dans la « règle générale d'interprétation » énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 une règle du droit international coutumier ou général que l'Organe d'appel a pour instruction d'appliquer en vertu de l'article 3 2) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. À la différence du GATT de 1947, qui a été interprété de manière très restrictive du point de vue du règlement des différends, l'article 3 2) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends stipule expressément que le système de règlement des différends de l'OMC a pour objet de clarifier les dispositions des accords pertinents « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». L'Organe d'appel a ainsi conclu qu'il ne fallait pas « lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public » (page 19 de la décision). Toutefois, comme d'autres membres de la Commission l'ont relevé, la jurisprudence des organes de règlement des différends de l'OMC ne donne pas toujours, des obligations des parties découlant des accords pertinents, une interprétation en harmonie avec les autres règles applicables du droit international.

22. Il est regrettable que la longueur du rapport ait dû être limitée, car des éléments supplémentaires auraient été utiles pour donner un aperçu exhaustif de l'application concurrente des règles relatives à la protection de l'atmosphère et du droit international du commerce et de l'investissement, ainsi que du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme.

23. S'agissant de la section A du chapitre III du rapport, sur les liens entre la mer et l'atmosphère, plusieurs pays d'Amérique latine ont lancé un programme d'étude multidisciplinaire complet dans le cadre du Protocole sur le Programme pour l'étude régionale du phénomène El Niño dans le Pacifique Sud-Est, de 1992. Quant à la section B du chapitre III, sur la relation juridique entre le droit de la mer et le droit de la protection de l'atmosphère, l'orateur pense comme d'autres membres de la Commission que, s'il est clair qu'il existe des règles relatives à la protection de l'atmosphère, elles ne constituent pas une branche distincte du droit, contrairement au droit de la mer.

24. En ce qui concerne l'élévation du niveau des mers et ses conséquences, en particulier pour les petits États insulaires en développement, l'orateur rappelle que l'Assemblée générale a constaté la gravité de cette menace en adoptant la résolution 69/15 du 14 novembre 2014, relative aux modalités d'action accélérées des petits États insulaires en développement (Orientations de Samoa). Toutefois, une analyse technique des conséquences préjudiciables de l'élévation du niveau des mers, telles que visées en particulier au paragraphe 11 de ladite résolution, ne relève pas du sujet. Comme d'autres membres de la Commission, M. Ruda Santolaria estime que l'élévation du niveau des mers ne devrait pas être envisagée dans les projets de directive mais inscrite au programme de travail à long terme de la Commission.

25. Enfin, l'orateur dit que les quatre projets de directive proposés par le Rapporteur spécial doivent être réunis en deux projets de directive. Le premier pourrait indiquer qu'il importe d'interpréter les règles relatives à la protection de l'atmosphère en harmonie avec d'autres règles du droit international, en soulignant les critères d'interprétation ayant acquis un statut coutumier, et le second traiter plus précisément des liens entre la mer et l'atmosphère. Comme l'ont relevé d'autres membres de la Commission, il sera nécessaire de tenir compte de la teneur des projets de directive qui ont déjà été adoptés à titre provisoire afin d'éviter les chevauchements et les redites.

26. M. JALLOH remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, ses vastes efforts de sensibilisation et l'initiative qu'il a prise d'organiser des échanges informels avec des scientifiques.

27. Dans un monde où les faits, en particulier ceux qui reposent sur des preuves scientifiques, sont de plus en plus remis en question, et dans lequel certains responsables adoptent une attitude cavalière face aux préoccupations environnementales croissantes, il importe de reconnaître l'urgence exceptionnelle des problèmes environnementaux. Il a en outre été démontré que les couches inférieures de l'atmosphère jouent un rôle critique dans la régulation des aspects du système climatique qui ont l'impact le plus immédiat sur la vie humaine dans le monde entier. Les faits parlent d'eux-mêmes : les phénomènes climatiques extrêmes sont de plus en plus fréquents dans un nombre croissant de pays, et les températures augmentent au niveau mondial, 2015 ayant été l'année la plus chaude jamais enregistrée. Dans ce contexte, la nécessité pour la communauté internationale de coopérer pour faire face aux changements climatiques n'a jamais été plus urgente, et le droit international, y compris les travaux de la Commission, joue et doit continuer à jouer un rôle utile à cet égard.

28. Lors de l'élection des membres de la Commission à l'automne 2016, un nombre non négligeable de délégations ont vigoureusement appuyé les travaux concernant l'environnement mondial récemment entrepris par la Commission. Nombre d'entre elles ont souligné l'urgence critique des problèmes environnementaux, et certaines la nécessité de réaliser un équilibre entre les sujets de droit international public classiques, axés sur l'État, et les nouveaux sujets, axés sur la sécurité humaine. Sur ce dernier point, l'orateur dit qu'il pense avec le Rapporteur spécial qu'une telle approche permettra à la Commission d'identifier de nouvelles possibilités pour le XXI^{e} siècle. La Commission devrait tirer parti des progrès qu'elle a réalisés à ce jour pour identifier et mettre en lumière les principes du droit international qui devraient régir la protection de l'atmosphère.

29. S'agissant du rapport à l'examen, il est regrettable que sa longueur ait souffert des limitations administratives en vigueur. M. Jalloh dit qu'il souscrit à la plupart des préoccupations exprimées par d'autres membres de la Commission, même si son opinion diffère sur certains points précis, en particulier en ce qui concerne le droit commercial international et le droit international des droits de l'homme.

30. L'élévation du niveau des mers découlant du réchauffement planétaire, identifiée dans le rapport comme l'une des conséquences les plus marquées de la dégradation atmosphérique pour les océans, constitue

une grave menace pour les États côtiers, en particulier ceux dont les zones côtières sont densément peuplées ou de faible altitude, et pour les petits États insulaires. Cette menace soulève toute une série de questions de droit international dont certaines ont été identifiées par d'autres membres de la Commission.

31. Davantage d'attention doit assurément être accordée aux préoccupations propres aux petits États insulaires en développement dans le cadre de la poursuite des travaux sur la protection de l'atmosphère et d'autres sujets touchant l'environnement. Les 37 États Membres de l'Organisation des Nations Unies entrant dans la catégorie des petits États insulaires en développement comptent sur l'Organisation pour trouver les solutions qu'ils ne sont pas en mesure de concevoir par eux-mêmes ou dans d'autres instances multilatérales. Selon un document de réflexion établi par la Nouvelle-Zélande pour le débat public du Conseil de sécurité sur le thème « Les petits États insulaires en développement face aux menaces contre la paix et la sécurité », la vulnérabilité particulière de ces États aux effets des changements climatiques et aux catastrophes liées au climat aggrave les problèmes qu'ils connaissent en matière de sécurité et de développement[169]. Avec le temps, la lutte pour des ressources rares s'intensifiera et les risques de conflits armés augmenteront. Ainsi, ne pas s'attaquer aux changements climatiques rendra inévitablement l'avenir de ces États plus incertain.

32. S'il convient de féliciter le Rapporteur spécial d'avoir souligné les problèmes complexes auxquels les petits États insulaires en développement sont confrontés, ces problèmes appellent une solution réellement holistique qui transcende le sujet de la protection de l'atmosphère, et peut-être doivent-ils de ce fait être examinés ailleurs, y compris dans le cadre de négociations politiques. La Commission peut néanmoins contribuer à anticiper les questions fondamentales de droit international qu'ils soulèvent. M. Jalloh exhorte donc le Rapporteur spécial à examiner sérieusement la proposition de M. Aurescu tendant à ce que la situation des petits États insulaires en développement soit analysée plus en détail dans un rapport ultérieur assorti de projets de directive révisés ou, à défaut, à ce qu'elle ne soit pas traitée dans le cadre des travaux sur la protection de l'atmosphère mais étudiée exhaustivement en tant que sujet distinct. Si la Commission retient la seconde option, elle pourra alors recenser et analyser toutes les questions de droit international pertinentes et leurs conséquences pour les États concernés. Pour l'orateur, les deux options semblent excellentes.

33. En ce qui concerne les deux principales propositions − celle de M. Park et celle de M. Aurescu − tendant à réunir ou fusionner les quatre projets de directive proposés dans le quatrième rapport, le Rapporteur spécial a déclaré que chacun des projets de directive avait une teneur et un caractère distincts et qu'il ne fallait pas les réunir, mais l'orateur n'est pas sûr que leurs teneurs respectives soient aussi distinctes que cela et il semble qu'au moins certaines de leurs dispositions pourraient être réunies. M. Jalloh souscrit à la proposition de M. Park de réunir tous les projets de directive en un seul parce qu'elle répond de manière concise aux principales préoccupations exprimées par de nombreux membres de la Commission quant à la forme des quatre projets de directive proposés.

34. La proposition de M. Aurescu consiste par contre à scinder les quatre projets de directive en deux directives distinctes. La première, fondée sur une version révisée du projet de directive 9, viserait de manière générale les concepts d'application concurrente et de soutien mutuel en ce qui concerne les normes régissant la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. Elle pourrait aussi viser l'intégration systémique et le principe de l'harmonisation, tout en soulignant les règles fondamentales d'interprétation énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Elle prévoirait également des garanties quant à la mise en balance des divers intérêts en présence.

35. Le second projet de directive réunirait les actuels projets de directives 10 à 12 et viserait de manière non exhaustive les trois branches du droit international recensées par le Rapporteur spécial. À défaut, ce nouveau projet de directive pourrait, comme l'a proposé M. Aurescu, être divisé en deux projets de directive distincts. M. Aurescu a en outre proposé que certaines dispositions des actuels projets de directives 10 à 12 soient transférées dans le préambule, notamment la référence aux générations futures.

36. M. Jalloh dit qu'il peut souscrire à l'une ou l'autre de ces propositions ou, puisqu'il estime que chacune a ses mérites, à une combinaison de l'une et de l'autre. Il a toutefois une légère préférence pour la proposition de M. Aurescu. Quant au programme de travail futur, le Rapporteur spécial pourra vouloir envisager de créer un groupe de travail informel ou organiser des consultations informelles en ce qui concerne les questions qu'il propose d'examiner dans son cinquième rapport. Cela pourrait aider la Commission à achever la première lecture des projets de directive à sa soixante-dixième session, comme le propose le Rapporteur spécial. M. Jalloh dit qu'il approuve ce calendrier et est favorable au renvoi des projets de directive au Comité de rédaction.

37. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial examine l'application concurrente du droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international. Le Rapporteur spécial évoque également certaines des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, à savoir que les règles et principes du droit international devraient être interprétés dans le contexte d'autres règles et principes de ce droit, les conflits de normes devraient être réglés suivant l'approche énoncée dans la Convention de Vienne de 1969, et les normes concernant la même question devraient être interprétées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, conformément au principe de l'harmonisation.

38. Ces dernières décennies ont été le témoin d'une augmentation majeure, aux niveaux mondial, régional et bilatéral, du nombre des conventions internationales concernant directement ou indirectement la protection de l'atmosphère. Des relations d'interprétation et des relations de conflit peuvent ainsi voir le jour entre ces conventions et les règles et principes relevant d'autres branches du droit international. Or les dispositions pertinentes de

[169] Voir S/2015/543, annexe.

la Convention de Vienne de 1969 n'envisagent pas toutes les situations possibles : l'article 30, par exemple, ne concerne que l'application de traités successifs portant sur la même matière. Ainsi, lorsque les États anticipent des conflits d'interprétation ou d'application, les traités internationaux prévoient un « soutien mutuel » comme moyen de prévenir ou résoudre ces conflits.

39. Comme le note le Rapporteur spécial dans son rapport, les conflits entre le droit international de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international devraient être réglés, autant que possible, par la coordination active et la mise en œuvre du concept de soutien mutuel. La résolution 2/2014 de l'Association de droit international, intitulée « Déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique[170] », va dans ce sens. Divers instruments juridiques internationaux consacrent le soutien mutuel comme modalité d'application concurrente des traités relatifs à l'environnement, à la culture et au commerce, dans un souci de synergie et de prévention des conflits. On peut citer à cet égard l'article 20 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et l'article 4 du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique.

40. Bien que le concept de soutien mutuel soit consacré dans plusieurs traités, on ne sait toujours pas avec certitude s'il a acquis le statut de principe, comme le Rapporteur spécial semble l'affirmer, ou s'il ne sert qu'à guider les États dans l'interprétation et l'application des traités dans lesquels il est mentionné. Pour M. Vázquez-Bermúdez, il peut être incorporé dans les projets de directive à ce dernier titre. Par ailleurs, son utilisation par les États durant la négociation d'un traité en vue d'éviter les conflits avec d'autres règles juridiques représenterait une innovation, et la Commission devrait se demander s'il est souhaitable d'avancer dans cette direction. Si la Commission adopte des projets de directive à cette fin, elle devra définir la teneur et la portée du soutien mutuel dans les commentaires y relatifs.

41. Le projet de directive 9 est une directive générale qui concerne le soutien mutuel et l'harmonisation. Toutefois, l'application concurrente de règles relevant de régimes juridiques différents ou de branches différentes du droit international doit être considérée comme un fait et non comme un principe. La manière dont l'harmonisation est mentionnée dans le projet de directive 9 n'indique pas si elle est conçue comme complétant le concept de soutien mutuel ou comme indépendante de celui-ci, compte tenu en particulier de l'utilisation dans le titre de l'expression « Principes directeurs » au pluriel. Le Rapporteur spécial mentionne le « principe d'harmonisation » dans son rapport mais il ne l'explique pas, ni ne définit sa relation avec le principe du soutien mutuel.

42. L'orateur dit que s'il approuve plusieurs des observations faites par d'autres membres de la Commission concernant les projets de directives 10, 11 et 12, il n'est pas favorable à leur réunion en un seul projet de directive, car cela reviendrait à méconnaître leurs spécificités. Quoi qu'il en soit, c'est au Comité de rédaction qu'il incombera d'examiner cette question.

43. Aux termes du projet de directive 10, les États devraient prendre dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement les mesures qui conviennent pour protéger l'atmosphère, pour autant que ces mesures « ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger ». Cette formule est tirée de l'article XX du GATT. Or reproduire le texte d'un traité visant à promouvoir la liberté du commerce dans un projet de directives sur la protection de l'atmosphère risque de donner à penser que l'interprétation de cette norme dans la jurisprudence de l'OMC s'impose dans le contexte de ce dernier sujet. Il serait donc souhaitable d'étudier un autre libellé, mieux adapté à la protection de l'atmosphère, contenant par exemple, comme on l'a proposé, une référence au développement durable.

44. Ainsi qu'il a été souligné, les tribunaux arbitraux qui connaissent des différends relatifs aux investissements internationaux ont tendance à interpréter les normes environnementales de manière à éviter les conflits avec les règles régissant les investissements et à donner la priorité aux obligations que ces dernières imposent aux États. L'absence d'indication claire sur la portée et l'application des prétendus principes du soutien mutuel et d'harmonisation risque de donner lieu à une harmonisation arbitraire des règles environnementales en conflit avec des règles relevant d'autres régimes juridiques, réduisant ainsi l'efficacité du droit international de l'environnement en général et des normes relatives à la protection de l'atmosphère en particulier. Le commentaire de tout futur projet de directive sur ce sujet devra indiquer comment ces principes ou outils doivent être appliqués en pratique.

45. Il conviendrait, dans le commentaire du projet de directive 10, de mentionner les sentences arbitrales récentes concernant la protection de l'atmosphère qui dénotent une tendance à remplacer la « voie à sens unique » favorable aux investisseurs étrangers par un système plus équilibré dans le cadre duquel les investisseurs comme les États hôtes ont des obligations et des responsabilités. Le Rapporteur spécial pourra également vouloir citer, dans le commentaire, des traités d'investissement récents qui prévoient expressément l'obligation de respecter le droit interne, y compris la législation relative à l'environnement. Le Traité bilatéral d'investissement type de la Communauté de développement de l'Afrique australe[171], par exemple, oblige les investisseurs à effectuer des études d'impact environnemental et social conformes aux normes internationales, à maintenir un système de gestion de l'environnement et à respecter des normes environnementales correspondant aux obligations internationales en matière d'environnement de l'État hôte ou à celles de l'État investisseur si elles sont plus rigoureuses. Il y a là, de la manière dont le cadre institutionnel du droit international des investissements est en train d'être

[170] Association de droit international, *Report of the seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, résolution 2/2014, p. 27 à 33.

[171] Communauté de développement de l'Afrique australe, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, Gaborone, 2012. Disponible à l'adresse suivante : www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf.

adapté pour promouvoir la protection de l'environnement, un exemple qui atteste l'existence, entre les deux régimes juridiques, d'une complémentarité croissante susceptible d'aller au-delà de la simple harmonisation.

46. En ce qui concerne le projet de directive 11, sur la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit de la mer, il importe de souligner que les océans et l'atmosphère interagissent étroitement dans le cadre de divers processus physiques, y compris les conséquences néfastes de la pollution et de la dégradation atmosphériques sur les océans, notamment l'élévation du niveau des mers causée par le réchauffement climatique. Bien que l'élévation du niveau des mers et ses conséquences en termes de recul des littoraux aient d'importantes ramifications juridiques pour la population, le territoire et les espaces maritimes des États, en particulier des petits États insulaires en développement, elle soulève toute une série de problèmes extrêmement importants et complexes qui sortent du champ du projet de directives. Comme l'ont souligné d'autres membres, cette question peut très bien constituer un sujet distinct du programme de travail futur de la Commission. Néanmoins, l'élaboration de normes sur la protection de l'atmosphère et la promotion de la coopération des États dans ce domaine ont une influence directe sur les effets de la pollution et de la dégradation atmosphériques, y compris le réchauffement climatique et ses graves conséquences.

47. Enfin, le projet de directive 12 devrait être reformulé pour ne pas donner l'impression qu'il réduit l'importance des normes relatives aux droits de l'homme, ce qui, bien entendu, n'est pas l'intention du Rapporteur spécial.

48. M. PETER dit que la protection de l'atmosphère est un sujet qui touche la vie quotidienne des gens parce qu'elle est liée aux conséquences des changements climatiques. Il s'agit d'un sujet hautement technique, et les membres de la Commission ont tiré un énorme profit des exposés des scientifiques éminents qui avaient été invités à leur présenter divers domaines des sciences naturelles intéressant le sujet. À la Sixième Commission, de nombreuses délégations ont souligné l'intérêt de ce dialogue durant le débat sur le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session[172].

49. Apparemment, la Commission oublie totalement les principales opinions exprimées au sujet de ses travaux à la Sixième Commission. La majorité des délégations a accueilli avec enthousiasme l'inscription du sujet « Protection de l'atmosphère » à son programme de travail. Sur les quelque 50 délégations qui ont fait des déclarations sur le chapitre VIII du rapport de la Commission en 2016, deux seulement n'ont pas appuyé les travaux sur le sujet. La seule délégation en ayant recommandé l'abandon a été celle des États-Unis[173]. Or le débat en cours donne l'impression qu'aucun des membres de la Commission ne souhaite être associé aux travaux sur le sujet qui, pour certains d'entre eux, ne mèneraient à rien.

50. Lors du débat en cours, on a évoqué à plusieurs reprises les conditions de 2013[174], qui constituaient en fait un ultimatum obligeant le Rapporteur spécial à accepter des restrictions sévères quant aux questions qu'il pouvait étudier s'il voulait poursuivre les travaux sur le sujet. Ces restrictions contraires à l'éthique, qui empêchent le Rapporteur spécial d'étudier le sujet comme il l'entend et font obstacle à un débat ouvert, ne sont pas la bonne manière de travailler dans un domaine où des arguments scientifiques valides ont une importance capitale. De plus, durant le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission en 2016, la délégation algérienne a reproché au Rapporteur spécial de n'avoir pas envisagé la question de la coopération internationale sur la base des responsabilités communes mais différenciées des États, ne se rendant pas compte que les conditions susvisées faisaient obstacle à son examen, et la délégation sud-africaine a exprimé son opposition à ces conditions. Au moins deux délégations ont expressément approuvé le plan de travail du Rapporteur spécial et les questions dont il entendait traiter dans son quatrième rapport. Il est donc grand temps que les membres de la Commission qui formulent des objections à son contenu prennent note des opinions exprimées par les représentants des États Membres à la Sixième Commission, qui représentent les vœux de la communauté internationale dans son ensemble.

51. M. Peter appuie sans réserve les choix faits par le Rapporteur spécial en ce qui concerne les domaines d'application concurrente et intrinsèquement liés à la protection de l'atmosphère. Dans le contexte du droit international du commerce et de l'investissement, il peut être utile d'examiner les accords d'investissement types du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements qui contiennent des dispositions relatives à la protection de l'environnement pour déterminer quelles mesures peuvent être prises pour écarter les menaces à l'environnement des pays en développement émanant des gros investisseurs dont le seul objectif est de faire des bénéfices. Un autre texte qui mérite d'être mentionné dans le contexte du droit de la mer est un instrument conçu pour prévenir l'immersion de déchets toxiques dans les eaux des pays en développement, à savoir la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, de 1991. Le Rapporteur spécial devrait aussi se pencher sur les conséquences pour l'environnement, et donc pour l'atmosphère, des accidents qui se produisent sur les plateformes pétrolières offshore, et constater qu'il est de plus en plus admis que les droits de l'homme et des peuples comprennent le droit à un environnement sain, comme l'atteste l'inscription de ce droit dans les constitutions de trois États africains après qu'il eut été consacré, en 1981, à l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cela étant, il n'est pas surprenant que la plupart des pays en développement considèrent le rapport annuel de la Commission à l'Assemblée générale comme dépassé et dénué de pertinence.

52. Le problème de l'élévation du niveau moyen des mers causée par les changements climatiques est d'une importance vitale pour les petits États insulaires et les États de faible altitude, dont l'existence même est en péril. Il n'est donc pas vrai qu'il n'y ait pas de différence entre leur situation et celle des autres États côtiers. À cet égard, l'orateur

[172] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie).

[173] Voir A/C.6/71/SR.26, par. 128.

[174] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

appelle l'attention sur les déclarations faites par les délégations de Tonga, de Tuvalu et des États fédérés de Micronésie lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur le troisième rapport du Rapporteur spécial[175]. Il appuie donc la teneur du paragraphe 2 du projet de directive 11 et du paragraphe 3 du projet de directive 12. La Commission ne doit pas se désintéresser de la situation difficile des petits États insulaires et des États de faible altitude alors qu'ils sont dans le besoin et que leur survie même est menacée par la dégradation de l'environnement.

53. M. Peter dit que, parce que le temps lui manque, il communiquera par écrit au Rapporteur spécial ses observations sur chacun des quatre projets de directive figurant dans le rapport à l'examen. La proposition tendant à ce qu'ils soient réunis en un seul projet de directive est un non-sens et indique que leur valeur propre et leurs liens avec le sujet n'ont pas été bien compris. Les relations unissant l'atmosphère et la question traitée dans chacun de ces projets de directive sont différentes. Traiter simultanément du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme dans une même directive produirait une disposition incongrue donnant à penser que la Commission a des principes de base du droit international public une conception fondamentalement erronée.

54. La liste des domaines qui, de l'avis du Rapporteur spécial, sont liés à la protection de l'atmosphère n'est ni gravée dans le marbre ni exhaustive, et la Commission devrait être désireuse de s'instruire auprès de scientifiques et, éventuellement, la compléter. Les projets de directive proposés par le Rapporteur spécial sont étayés par le droit et la science. Ils devraient donc être renvoyés au Comité de rédaction afin que celui-ci les renforce. Ils ne doivent pas être dilués, car les vœux exprimés à la Sixième Commission par les délégations de deux États ne représentent pas les vues de la communauté internationale. M. Peter encourage donc le Rapporteur spécial à poursuivre sur la voie qu'il a choisie sans se laisser dissuader par les critiques.

La séance est levée à 13 h 5.

3359e SÉANCE

Mercredi 17 mai 2017, à 10 heures

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

---

[175] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/692.

Protection de l'atmosphère (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. B, A/CN.4/705, A/CN.4/L.894]

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. LARABA dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial doit être examiné à la lumière des aspects les plus importants de l'approche du sujet suivie dans ses précédents rapports[176]. Par exemple, le Rapporteur spécial a souligné qu'il fallait adopter une approche exclusivement juridique et éviter de politiser le débat. Il a souligné avec insistance qu'il importait d'envisager les principes et règles juridiques pertinents dans le cadre du droit international général et de résister ainsi à la tendance au cloisonnement, ou à la fragmentation, découlant des approches classiques, « axées sur un problème unique », du droit international de l'environnement. De plus, il a mis en garde contre l'introduction subreptice de propositions et préférences *de lege ferenda* dans l'interprétation de la *lex lata*. Il a aussi pris note des importantes lacunes du droit positif relatif à l'atmosphère. Il convient de résister à la tentation naturelle de combler ces lacunes de crainte d'introduire subrepticement des propositions *de lege ferenda*, ce contre quoi il a précisément mis en garde.

2. Le chapitre I du rapport à l'examen, relatif aux principes directeurs de l'application concurrente, introduit le concept clef de « soutien mutuel », qui est omniprésent dans le rapport et au cœur des quatre projets de directive. Par contre, bien que le concept d'« application concurrente » soit invoqué, il n'est pas défini, et aucun élément n'est présenté pour l'étayer. Le postulat sur lequel il repose semble être que, dans des domaines spécialisés, il existe des lacunes et chevauchements importants dans les traités internationaux parce que rien ou presque rien n'a été fait pour les coordonner ou les harmoniser. Or il existe en réalité de nombreuses preuves, dans les traités comme dans la doctrine, d'une complémentarité, d'une convergence, d'une harmonisation et d'influences positives mutuelles entre les conventions internationales. Certes, si le Rapporteur spécial avait mis cette réalité en avant, il lui aurait été difficile, voire impossible, de justifier la proposition fondamentale du rapport à l'examen, à savoir le soutien mutuel. Cette proposition postule en effet l'absence de complémentarité et de coordination et l'existence de conflits entre conventions. En ne visant que les conflits « potentiels », le Rapporteur spécial a pu présenter le soutien mutuel comme un moyen de coordonner les dispositions conventionnelles de manière à les transformer en systèmes cohérents de protection de l'atmosphère. Un tel soutien mutuel semble relever de la *lex ferenda*.

3. Au paragraphe 14, le Rapporteur spécial élève le concept de soutien mutuel au rang de « principe essentiel du droit international actuel lorsqu'il s'agit de traiter de questions d'interprétation, de fragmentation et de concurrence entre différents régimes », notant qu'il n'est pas rare que des instruments internationaux et des décisions judiciaires prescrivent le soutien mutuel. Or, si le soutien

[176] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/667 (premier rapport); *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681 (deuxième rapport); et *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/692 (troisième rapport).

mutuel constituait effectivement un principe général du droit international, on aurait pu s'attendre à ce que soient cités des instruments internationaux de caractère général, alors que le rapport évoque, sans les citer, des conventions relevant de branches spécialisées du droit international. Le fait qu'un principe supposé général soit déduit de la *lex specialis* montre que le soutien mutuel n'est pas un principe essentiel du droit international général.

4. Par ailleurs, la doctrine relative au soutien mutuel citée par le Rapporteur spécial concerne principalement la relation du droit de la protection de l'atmosphère avec le droit international de l'environnement et le droit commercial international. Nombre d'autres études relatives au soutien mutuel ont abouti à des conclusions différentes. L'orateur appelle en particulier l'attention sur un article de Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue paru en 2007 dans la *Revue générale de droit international public* et concernant le principe du soutien mutuel en relation avec le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique et les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dans lequel les auteurs concluent que le soutien mutuel est un concept très souple pouvant faire l'objet de formulations très diverses[177].

5. Pour toutes ces raisons, l'orateur émet les doutes les plus sérieux quant au contenu du projet de directive 9. De plus, les observations faites par le Rapporteur spécial lui-même dans son premier rapport sur le risque d'un passage subreptice de la *lex lata* à la *lex ferenda* et la tentation de combler les « lacunes » demeurent pertinentes, tout comme celle selon laquelle la Commission doit résister à la tentation du cloisonnement ou de la fragmentation.

6. Quant à la décision du Rapporteur spécial d'axer son analyse sur l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit de la mer, du droit international du commerce et de l'investissement et du droit international des droits de l'homme, M. Laraba note que, dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a utilisé l'expression générique « [r]apports avec d'autres branches applicables du droit international[178] », ce qui donne à penser que les branches du droit qu'il a retenues ne sont pas les seules pertinentes. Il est donc regrettable que le Rapporteur spécial n'ait pas discuté de ses choix avec la Commission.

7. Dans la section de son quatrième rapport consacrée à l'application concurrente du droit commercial international, le Rapporteur spécial a dû interpréter les diverses conventions internationales citées aux paragraphes 23 à 27 de manière assez large pour y déceler le principe du soutien mutuel. Il semble penser, par exemple, que ce principe est énoncé au premier alinéa du préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, au motif que cet alinéa indique que les échanges doivent s'effectuer « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable ». Or l'Accord de Marrakech ne consacre pas le principe du soutien mutuel ; il appelle simplement les États à élaborer, dans les domaines du commerce et de l'environnement, des politiques qui se renforcent mutuellement. L'orateur n'est pas non plus certain que le fait que le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC « fa[sse] en sorte que les politiques en matière de commerce international et les politiques environnementales se renforcent mutuellement[179] » constitue nécessairement une affirmation du principe du soutien mutuel.

8. L'interprétation que fait le Rapporteur spécial des accords multilatéraux sur l'environnement est particulièrement large. Le paragraphe 5 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, par exemple, engage les États parties à coopérer pour promouvoir « un système économique international […] qui mène à une croissance économique et à un développement durables », une disposition qui ne peut être considérée comme l'expression du principe du soutien mutuel. De plus, le « soutien mutuel » n'est aucunement mentionné dans l'Accord de Paris, qui est l'accord multilatéral majeur le plus récent en matière d'environnement.

9. De même, en ce qui concerne le droit de la mer, l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle la réglementation de la pollution atmosphérique par les navires dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est fondée sur le « soutien mutuel » repose sur une interprétation large et libérale de cet instrument, qui permet au Rapporteur spécial de considérer que certaines expressions relèvent du soutien mutuel alors que cela n'est pas nécessairement vrai.

10. Enfin, en ce qui concerne le droit international des droits de l'homme, l'orateur appelle l'attention sur le rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable[180]. Les paragraphes 58 et 62 de ce rapport illustrent clairement le caractère évolutif de la relation entre les droits de l'homme et l'environnement. Selon l'Expert indépendant, de nombreux aspects de cette relation ne sont pas encore bien compris, et, s'agissant de les clarifier, les États devraient prendre en considération toutes les décisions prises et recommandations formulées par les nombreuses instances qui s'emploient à élaborer ou à mettre en application les normes relatives aux droits de l'homme intéressant la protection de l'environnement. Le principe du soutien mutuel n'est pas expressément mentionné dans ce rapport, mais il est clair que les notions de complémentarité, de coordination et d'harmonisation y sont sous-entendues. Les conclusions et recommandations de l'Expert indépendant peuvent peut-être constituer un point de départ pour reformuler les projets de directive proposés par le Rapporteur spécial.

11. M. RAJPUT dit que, si la plupart des aspects de l'environnement sont couverts par le droit international, ce dernier ne s'est pas, à ce jour, intéressé expressément à l'atmosphère. Le Rapporteur spécial s'est acquitté avec

[177] L. Boisson de Chazournes et M. M. Mbengue, « À propos du principe du soutien mutuel – Les relations entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC », dans *Revue générale de droit international public*, vol. 111 (2007), Paris, Pedone, p. 829 à 862.

[178] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681, par. 79.

[179] Décision du 14 avril 1994 sur le commerce et l'environnement, adoptée à la réunion ministérielle de Marrakech, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, no 31874, p. 135 et 136, à la page 136.

[180] A/HRC/22/43.

succès de la tâche écrasante qui lui incombait, à savoir présenter des projets de directive sur un sujet important et complexe. Le traitement du sujet est sérieusement limité par les conditions fixées en 2013[181], mais le Rapporteur spécial peut respecter ces conditions tout en proposant des moyens de protéger l'atmosphère par le biais de directives non contraignantes, car l'atmosphère peut être physiquement distinguée des autres composantes de l'environnement, qui font déjà l'objet des branches spécialisées du droit. Une fois étayées par une pratique étatique suffisante, des directives non contraignantes peuvent contribuer à créer une nouvelle branche du droit.

12. L'orateur considère que la décision du Rapporteur spécial d'examiner l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et des droits de l'homme est légitime, car ces branches du droit sont intrinsèquement liées à la protection de l'environnement et donc également à celle de l'atmosphère. Le lien entre l'atmosphère et ces quatre domaines découle de situations différentes. Premièrement, si un État adopte une réglementation visant à protéger l'atmosphère, celle-ci risque d'entraver des activités commerciales privées, ce qui peut amener un investisseur étranger à l'attaquer en affirmant qu'elle lui a causé une perte. Deuxièmement, si un État accorde des subventions ou prend des mesures comparables pour promouvoir des technologies soucieuses de l'atmosphère, ces mesures risquent d'être contestées devant l'OMC comme constituant une restriction au commerce. Dans le domaine du commerce et de l'investissement, les projets de directive pourraient permettre aux États de prendre des mesures de protection de l'atmosphère sans les obliger à le faire. Troisièmement, l'activité humaine en mer touche nécessairement l'atmosphère en raison du lien géographique et du risque de pollution. Enfin, la protection de l'environnement a déjà été invoquée comme un droit de l'homme devant des tribunaux internes et l'on ne peut exclure la possibilité d'actions en justice concernant la protection de l'atmosphère. Les projets de directive pourraient engager les États à élaborer des règles en la matière. La référence à d'autres branches du droit ne devrait pas mettre de nouvelles obligations à leur charge ; comme l'a noté le Rapporteur spécial, les projets de directive proposés n'ont valeur que de recommandations et n'imposent d'obligations juridiques d'aucune sorte.

13. Le Rapporteur spécial a à juste titre appelé l'attention sur le risque réel de fragmentation, qu'on ne peut méconnaître à la légère. Ce risque est particulièrement marqué dans les domaines du commerce et de l'investissement, dont on a tendance à dire qu'ils sont distincts du droit international général et doivent être traités séparément de celui-ci. C'est également ce qui ressort de certaines décisions de l'OMC citées dans le rapport. Dans le cadre de l'OMC, le débat a surtout porté sur l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, dont une interprétation restrictive donne à penser que seules les règles d'interprétation relevant du droit coutumier s'appliquent au règlement des différends. Cette interprétation ne tient toutefois pas compte du fait que les accords de l'OMC sont des traités et relèvent donc de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), dont le paragraphe 3 *c* de l'article 31 a une fonction essentielle d'intégration systémique. Ce n'est que dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* que l'Organe d'appel est allé au-delà de l'interprétation étroite du paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord et a adopté une approche fondée sur le paragraphe 3 *c* de l'article 31, conférant un plus grand rôle au droit international dans l'interprétation des obligations qu'imposent les règles de l'OMC. L'orateur dit qu'il pense donc comme le Rapporteur spécial qu'il faut assurer l'intégration systémique de certaines branches du droit international avec le droit international général.

14. M. Rajput dit qu'il partage, en ce qui concerne le recours au « soutien mutuel » pour réaliser l'objectif d'intégration systémique, les réserves exprimées par les membres qui ont fait valoir que ce concept n'avait aucune valeur juridique normative, que ce soit dans des domaines spécialisés comme le commerce et le droit de l'environnement ou en droit international général. Le fait que l'expression « soutien mutuel » ne soit pas adéquate ne signifie pas que l'intégration systémique est impossible. Elle doit et peut être réalisée uniquement par le recours aux principes établis de l'interprétation des traités codifiés dans la Convention de Vienne de 1969 et consacrés par le droit coutumier. L'orateur propose qu'en lieu et place de l'expression « soutien mutuel » le Rapporteur spécial utilise le terme « harmonisation », dont l'importance a été soulignée aux paragraphes 37 à 43 du rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international[182].

15. L'accent doit être mis sur la nécessité d'éviter les conflits entre deux normes, ce que permet l'interprétation harmonieuse. Les deux normes à harmoniser doivent avoir la même valeur normative, car tenter d'harmoniser une norme établie et une norme qui ne l'est pas risque d'affaiblir la première. Aux termes de l'alinéa *d* des conditions fixées en 2013, « [l]es travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer un projet de directives, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques[183] ». Le résultat des travaux de la Commission ne doit donc pas entrer en conflit avec d'autres obligations relevant de domaines dans lesquels il existe des possibilités de conflit. De telles possibilités ne peuvent toutefois être exclues à l'avenir car on ne sait pas si les obligations en question seront établies au niveau international, dans le cadre d'un traité ou autrement, ni quand elles le seront. Par exemple, il est possible que des États adoptent une réglementation interne sur la protection de l'atmosphère, auquel cas un conflit avec des obligations relevant de branches spécialisées du droit pourra survenir. Les réglementations ainsi adoptées par les États ne peuvent être écartées comme de simples dispositions du droit interne et donc subordonnées aux obligations conventionnelles, puisqu'elles relèveraient de la liberté réglementaire des États en droit international, qui est consacrée par le droit international coutumier. La pratique des États est

[181] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

[182] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 17 et 18.

[183] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

suffisante pour établir que, si un État adopte une réglementation légitime qui satisfait aux exigences de la bonne foi, de la non-discrimination et de l'intérêt général, cette réglementation constituera une norme coutumière. Ainsi, cet exercice légitime du pouvoir réglementaire devra être harmonisé avec les obligations découlant de traités existant dans des domaines spécialisés. C'est pourquoi une disposition fondée sur l'harmonisation permettrait aux États de prendre des mesures réglementaires pour protéger l'atmosphère.

16. Le projet de directive 10 tel qu'actuellement libellé pose deux problèmes. Il recommande aux États de prendre dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement les mesures qui conviennent pour protéger l'atmosphère. Cette recommandation est légitime, mais étant donné l'état des négociations en cours à l'OMC une telle disposition sera inefficace. Il serait préférable de formuler une disposition soulignant comme il convient la nécessité de protéger l'atmosphère dans le contexte du commerce et de l'investissement. Par ailleurs, la norme envisagée en la matière dans ce projet de directive – il faut que la réglementation « ne constitu[e] ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger » – risque de donner naissance à une disposition incompatible avec l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et la liberté réglementaire des États en droit international général.

17. Le projet de directive 11, relatif au droit de la mer, soulève des problèmes comparables. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'impose aucune obligation de protéger l'atmosphère, mais une harmonisation pourra être nécessaire si une réglementation sur la protection de l'atmosphère est adoptée concernant les activités maritimes. Par exemple, si un État côtier adopte un règlement limitant l'utilisation de telle ou telle technologie par les navires ou imposant une taxe sur son utilisation afin de protéger l'atmosphère, ce règlement s'appliquera aux navires passant par sa mer territoriale, auquel cas un conflit peut exister et une harmonisation être nécessaire. Les problèmes auxquels sont confrontés les petits États insulaires et les États de faible altitude sont effectivement pressants et troublants, mais ils sont communs à tous les États côtiers en raison du recul des littoraux. Le problème de l'élévation du niveau de la mer est extrêmement complexe et doit être traité avec rigueur et non incidemment. L'orateur dit qu'il appuie la proposition faite par plusieurs membres d'inscrire ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

18. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement étudie de manière approfondie la relation entre ces deux domaines, et celle-ci est également envisagée par les tribunaux internes, et il n'est donc pas nécessaire d'en traiter dans un projet de directive. L'orateur dit qu'il appuie l'idée générale qui s'est fait jour au cours du débat, à savoir que les projets de directive devraient être réunis en un seul, dans lequel la Commission pourrait se contenter d'indiquer qu'une harmonisation est nécessaire lorsque les États adoptent une réglementation visant à protéger l'atmosphère en relation avec le commerce, l'investissement et le droit de la mer. Il existe déjà des règles du droit international général relatives à la résolution des conflits, et les conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international[184] suffiront pour régler les conflits éventuels. Exposer en détail des méthodes de résolution des conflits dans le projet de directive risque de créer des problèmes eu égard aux différences dans les textes des traités. La liberté réglementaire prévue par la réglementation de l'OMC est moindre que celle prévue par les traités d'investissement. L'article XX du GATT, qui limite considérablement cette liberté, définit les conditions dans lesquelles des dérogations aux obligations imposées par les règles de l'OMC sont possibles. Il n'existe pas de limitations équivalentes dans les traités d'investissement, et les États jouissent ainsi d'un pouvoir discrétionnaire considérable, bien que les tribunaux compétents pour régler les différends en matière d'investissements n'aient pas toujours été cohérents dans la reconnaissance et l'exercice de ce pouvoir. Il est donc indispensable de viser expressément le commerce et l'investissement. L'orateur propose de libeller le nouveau projet de directive comme suit :

> « Lorsque des États conviennent de conclure un traité relatif à la protection de l'atmosphère ou adoptent au plan interne une réglementation légitime visant à protéger l'atmosphère, les obligations que leur imposent le droit du commerce et de l'investissement et le droit de la mer doivent être interprétées en harmonie avec les mesures prises pour protéger l'atmosphère. »

19. En conclusion, M. Rajput dit que le désaccord ne peut porter que sur la méthodologie employée par le Rapporteur spécial, et non sur ses objectifs. Il appuie donc le renvoi de tous les projets de directive au Comité de rédaction.

20. M. SABOIA dit que la réunion avec des experts scientifiques organisée par le Rapporteur spécial a été très utile. La méthodologie utilisée dans le quatrième rapport et certaines incohérences dans les concepts consacrés dans celui-ci ont fait l'objet de nombreuses critiques, en grande partie justifiées, de membres de la Commission. Le rapport n'est toutefois pas sans mérite et contient des réflexions et références valides quant à la nécessité d'adopter une approche systémique et intégrée des règles du droit international afin d'éviter la fragmentation et de résoudre les conflits pour promouvoir l'harmonisation. Lorsqu'il examine la relation entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, le Rapporteur spécial s'efforce de tenir compte des conclusions et recommandations du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Des critiques ont été formulées au sujet des branches qui ont été choisies, à savoir le droit du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Il est toutefois difficile de nier la relation étroite existant entre les activités économiques et les problèmes environnementaux, y compris la protection de l'atmosphère. Le concept de développement durable a été élaboré pour concilier les besoins du développement et la nécessité de protéger l'environnement. On n'a guère accordé d'attention au cours du débat à la modification marquée de la position de l'OMC concernant la relation entre le droit commercial international et la protection de

[184] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

l'environnement, qui vise à faire en sorte qu'ils se soutiennent mutuellement afin de promouvoir le développement durable. La création du Comité du commerce et de l'environnement atteste l'importance accrue accordée par l'OMC aux problèmes environnementaux. Bien que l'OMC n'ait peut-être pas modifié sa position autant que le Rapporteur spécial semble l'affirmer, l'évolution intervenue dans les procédures de règlement des différends, dont la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence* est un exemple, est néanmoins remarquable. L'Organe d'appel a souligné avec fermeté la nécessité, dans l'interprétation des règles du commerce international, de respecter le droit international général, le droit international coutumier et la Convention de Vienne de 1969.

21. S'agissant du chapitre consacré à l'application concurrente du droit de la mer, on a fait observer à juste titre que les questions envisagées au paragraphe 2 du projet de directive 11 – les conséquences de l'élévation du niveau de la mer pour les petits États insulaires et les États de faible altitude – ne relevaient pas du sujet. La plupart des orateurs ont néanmoins souligné que ces questions étaient extrêmement préoccupantes, et M. Saboia appuie la proposition de les inscrire au programme de travail à long terme de la Commission en tant que sujet distinct. Il recommande que cette partie du débat soit clairement reflétée dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session afin que les États puissent en discuter à la sixième Commission.

22. Pour ce qui est de l'application concurrente du droit de la protection de l'environnement et des droits de l'homme, le Rapporteur spécial a réussi à montrer comment les organes internationaux de protection des droits de l'homme, par exemple la Commission interaméricaine des droits de l'homme, avaient fait d'un environnement sain une condition préalable de la garantie de certains des droits de l'homme fondamentaux. Une section du rapport fournit également d'importantes informations sur l'évaluation par différentes organisations des conséquences pour certains groupes vulnérables des dommages environnementaux et de la dégradation de l'atmosphère. L'un des problèmes les plus pressants concernant l'application concurrente du droit des droits de l'homme et des normes relatives à la protection de l'environnement et de l'atmosphère est celui de l'application extrajuridictionnelle, envisagé aux paragraphes 89 à 91 du rapport mais qui n'a guère été évoqué au cours du débat. Le Rapporteur spécial propose, dans les cas où une activité préjudiciable à l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes se trouvant dans un autre État, de résoudre le problème en appliquant le principe de non-discrimination ou en tenant compte de l'objet et du but du traité. On se souviendra à cet égard que, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit : « Si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions » (paragraphe 109 de l'avis).

23. Bien que le concept de soutien mutuel ne puisse être considéré comme un principe juridique, il constitue un outil utile pour harmoniser différentes branches du droit international et résoudre les problèmes d'interprétation et les conflits. Il peut contribuer à l'approche intégrée et systémique recommandée par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international face au problème de la prolifération des branches du droit international. En conclusion, M. Saboia appuie le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction, assorti de la recommandation de les réunir en un ou deux projets de directive.

24. M. OUAZZANI CHAHDI dit qu'à la lecture du rapport il s'est demandé, eu égard aux dispositions de certains accords internationaux, en particulier l'Accord de Paris, quelle était l'utilité des travaux de la Commission sur le sujet pour la communauté internationale s'agissant d'élaborer un « droit de l'atmosphère ». Plusieurs délégations ont posé la même question à la Sixième Commission. Lorsqu'il a examiné cette question, le Rapporteur spécial s'est appuyé sur les travaux de la Commission sur la fragmentation et l'application concurrente et a élaboré son rapport autour du concept de soutien mutuel et d'harmonisation. Or le soutien mutuel est davantage un outil méthodologique qu'un « principe essentiel » du droit international, comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 14 du rapport à l'examen. Ce concept appelle des éclaircissements ; le fait qu'il soit apparu pour la première fois dans le programme Action 21[185], adopté en 1992 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, ne signifie pas qu'il doit être érigé en principe de droit international. De plus, ce que l'on peut appeler le « droit de l'atmosphère » n'a pas encore acquis le caractère de régime autonome comme le prétend le Rapporteur spécial au paragraphe 8, bien qu'il précise à juste titre que ce droit ne peut être considéré « en aucun cas comme un régime "se suffisant à lui-même" ou "scellé" ».

25. En ce qui concerne la relation entre la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, l'orateur dit qu'il pense lui aussi qu'il faut justifier comme il convient le choix des branches retenues, car d'autres branches, comme le droit aérien et le droit régissant les essais nucléaires, auraient pu également l'être. Le droit commercial international et le droit international de l'investissement, par contre, éloignent la Commission du sujet. En ce qui concerne ce dernier droit, il est également nécessaire de tenir compte non seulement des droits des États mais aussi des droits légitimes des investisseurs, au nombre desquels figure le droit à un traitement juste et équitable et à une indemnisation en cas d'expropriation, comme le souligne le Rapporteur spécial. En l'absence d'accord multilatéral garantissant les investissements, l'investissement étranger direct est réglementé par des conventions bilatérales d'investissement, dont certaines n'envisagent pas les questions environnementales. De plus, le Rapporteur spécial s'appuie essentiellement sur des accords réciproques d'investissement, alors que les États concluent parfois des accords non réciproques pour attirer le maximum d'investissements sur leur territoire et se soucient peu dans un tel cas des questions environnementales.

---

[185] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe II.

26. Pour ce qui est de la relation entre la protection de l'atmosphère et le droit de la mer, l'orateur remercie le Rapporteur spécial d'avoir organisé une réunion avec des scientifiques. Il pense toutefois lui aussi que le problème concerne surtout la pollution d'origine tellurique, à savoir les émissions dans l'atmosphère résultant de l'utilisation de combustibles fossiles et de l'incinération de déchets. Pour cette raison, la pollution par les navires que le Rapporteur spécial envisage au paragraphe 56 du rapport à l'examen a peu de rapport avec le sujet, tout comme le problème technique de l'élévation du niveau de la mer.

27. Le chapitre du rapport consacré à l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit international des droits de l'homme est intéressant, mais M. Ouazzani Chahdi se demande si le droit humanitaire ne devrait pas également être visé. Peut-être l'analyse de l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international devrait-elle se limiter au droit international de l'environnement, au droit de la mer et aux droits de l'homme, y compris le droit humanitaire. D'une manière générale, les projets de directive manquent de cohérence. Quelle que soit la manière dont le projet de directive 9 est remanié, des précisions sont nécessaires, en particulier en ce qui concerne l'harmonisation et le soutien mutuel. Au paragraphe 2 du projet de directive 11, le problème de l'élévation du niveau de la mer ne concerne pas seulement les petits États insulaires et les États de faible altitude mais tous les États côtiers. Le paragraphe 3 du projet de directive 12 devrait être transféré dans le projet de directive 11, qui traite du droit de la mer. Le soin de décider s'il faut ou non réunir les projets de directive proposés en un seul doit être laissé au Comité de rédaction. La référence aux générations futures relève d'une déclaration de nature politique et non juridique, et elle n'a donc pas sa place dans le projet de directives. L'orateur dit qu'il approuve le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction.

28. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit que lorsqu'il a lu pour la première fois le rapport à l'examen, il l'a fait avec les yeux de celui qui ne chercherait qu'à en saisir l'essence, et qu'il a été impressionné par l'éthique écologique et humaniste qui a amené le Rapporteur spécial à adopter une approche intégrée du sujet, ainsi que par la diversité des nombreuses sources, notamment la jurisprudence et la pratique des États, invoquées par le Rapporteur spécial pour formuler une proposition conceptuellement ambitieuse.

29. L'orateur dit que, lorsqu'il a lu le rapport une seconde fois, avec les yeux critiques d'un juriste attentif aux détails, il a pensé que lui-même aurait exprimé plusieurs points et interprété plusieurs sources différemment. Il n'est en particulier pas aussi sûr que le Rapporteur spécial qu'il existe, ou même qu'il doive exister, en droit, un principe général en faveur de la protection de l'atmosphère.

30. M. Nolte dit que les observations formulées par d'autres orateurs durant le débat lui ont rappelé sa seconde lecture. Nombre des critiques qu'ils ont formulées lui semblent justifiées. Plusieurs membres ont souligné à juste titre que le rapport à l'examen ne rendait pas suffisamment compte de la primauté des règles spécifiques, de la possibilité de conflits entre règles et des relations très diverses que certaines règles pouvaient entretenir avec d'autres. Des réserves ont aussi été exprimées s'agissant d'accepter purement et simplement un principe général du soutien mutuel qui déterminerait l'application concurrente des règles relevant de différents domaines du droit international. M. Nolte dit qu'il pense lui aussi que la Commission ne peut pas et ne doit pas parler de « principes » dans ce contexte.

31. Le fait que des critiques justifiées puissent être formulées à l'égard du rapport ne doit toutefois pas faire oublier l'élément fondamental sur lequel repose l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, même si l'on peut reprocher à celui-ci d'avoir poussé cette approche trop loin. Le rapport examine et établit en effet un point important, traité à l'article 30 et au paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, à l'égard duquel la Commission doit garder l'esprit ouvert.

32. L'orateur propose que les travaux de la Commission sur le sujet reposent sur ces dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Celles-ci énoncent des règles qui sont bien établies, notamment en droit international coutumier, et qui ont été expliquées et illustrées par des traités postérieurs, par la pratique des États et par les travaux de la Commission elle-même. Ces règles s'appliquent dans tous les domaines du droit international et à tous les traités. Il serait suffisant, voire prudent, que la Commission se contente de les développer en renvoyant aux éléments fournis par le Rapporteur spécial dans son rapport et aux exemples cités par nombre des orateurs précédents.

33. Si elle adopte une telle approche, la Commission n'aura pas à adopter plus d'un projet de directive. La question la plus importante est de savoir si, et dans quelle mesure, le concept de soutien mutuel doit être consacré. Ce concept a suscité beaucoup de critiques durant le débat, mais ces critiques semblaient surtout tenir au fait que le Rapporteur spécial avait tenté de le pousser trop loin, en particulier en en faisant un « principe » du droit international.

34. Le soutien mutuel, en tant qu'outil d'interprétation, est déjà consacré dans la Convention de Vienne de 1969, en droit international coutumier et dans certaines branches du droit international. L'approche adoptée ne modifie pas ces règles ni ne prévaut sur elles ; au contraire, elle les développe et les enrichit.

35. Le « soutien mutuel » est devenu une expression largement acceptée pour désigner la nécessité de concilier et d'harmoniser plusieurs règles du droit international qui lient deux États ou plus. On la trouve, par exemple, à l'article 20 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et dans le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique.

36. Pour l'orateur, considérer les références au soutien mutuel figurant dans les traités comme un signe d'une reconnaissance générale ne relève pas d'un raisonnement circulaire. Ces nombreuses références au soutien mutuel expriment la conviction que les traités doivent autant que possible être interprétés à la lumière des autres règles qui lient les parties et interprétés et appliqués de manière

intégrée. Pour l'essentiel, le soutien mutuel illustre, et concrétise, ce que la Convention de Vienne de 1969 et le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international décrivent plus brièvement. C'est une manière de dire que les États doivent interpréter et appliquer des règles qui les lient en accordant le poids voulu aux relations qu'elles entretiennent, ce qui correspond à la formulation que la Commission a utilisée dans ses travaux sur le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Savoir si cette approche doit être désignée par le terme « harmonisation », « proportionnalité » ou encore « soutien mutuel » n'est pas particulièrement important, mais M. Nolte dit que le dernier de ces termes a sa préférence, pour deux raisons. Premièrement, il est admis dans plus d'un domaine du droit international. Deuxièmement, il rappelle à ceux qui interprètent et appliquent un traité qu'ils doivent tenir compte de l'objet et du but des règles énoncées par celui-ci afin de les mettre en œuvre le plus pleinement possible et de définir raisonnablement le champ d'application de chacune d'elles. Il importe bien entendu de faire en sorte que le soutien mutuel n'impose pas une interprétation aux États qui ne sont liés que par une seule règle parmi plusieurs.

37. L'orateur dit que pour les raisons qu'il vient d'exposer il estime que la Commission ne doit pas écarter prématurément le concept de soutien mutuel. Elle devrait au contraire envisager de l'incorporer dans un projet de directive général sur la relation entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles du droit international.

38. Un tel projet de directive devra toutefois faire la distinction entre l'interprétation et l'application des règles, d'une part, et leur création ou formation, de l'autre. La première catégorie concerne des processus juridiques alors que la seconde, que le Rapporteur spécial désigne par le terme « élaboration » du droit international, relève d'un processus politique. L'orateur propose donc de traiter séparément de la question de savoir ce que les États devraient faire lorsqu'ils créent ou élaborent de nouvelles règles du droit international.

39. Sur la base de ces considérations, M. Nolte propose une version révisée du projet de directive 9, qui serait intitulé « Relation entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles du droit international » et serait libellé comme suit :

« 1. Lorsqu'ils interprètent et appliquent les règles du droit international, les États :

« *a*) tiennent compte, autant que possible de manière harmonieuse et dans un souci de soutien mutuel, de toutes règles pertinentes relatives à l'atmosphère et autres règles du droit international applicables aux relations entre les parties conformément au paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; et

« *b*) déterminent, conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, si les règles relatives à l'atmosphère et d'autres règles internationales sont en conflit.

« 2. Les États devraient s'efforcer de prévenir et de résoudre par des moyens appropriés les conflits entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles du droit international. »

40. M. MURASE (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son quatrième rapport relatif à la protection de l'atmosphère, dit qu'il sait gré aux membres de la Commission des nombreuses observations, suggestions et critiques utiles qu'ils ont formulées. Il indique qu'il commencera par aborder quelques questions générales avant de répondre aux observations faites sur certains projets de directive.

41. Le Rapporteur spécial remercie tous les membres qui ont participé à la réunion informelle avec des scientifiques et des experts et constate avec satisfaction que nombre d'entre eux ont jugé ce dialogue utile. Un résumé de cette réunion pourra bientôt être consulté sur le site Web de la Commission.

42. Diverses opinions ont été exprimées en ce qui concerne les conditions fixées en 2013, que le Rapporteur spécial dit avoir respectées et auxquelles il demeure fidèle. M. Murphy et Sir Michael Wood ont condamné la mention des responsabilités communes mais différenciées au paragraphe 59 du rapport à l'examen, faisant valoir que cette question avait été exclue par ces conditions. Ils ont toutefois omis de dire que celles-ci indiquaient que les travaux sur le sujet « ne concerneraient pas […] des questions telles que […] les responsabilités communes mais différenciées […] mais seraient aussi sans préjudice de ces questions[186] ». Les mots « sans préjudice » ont été insérés par un membre du petit groupe qui a élaboré les conditions en question au motif que les pays en développement n'appuieraient pas les travaux sur le sujet si le principe des responsabilités communes mais différenciées en était exclu sans équivoque. Il a donc été jugé nécessaire de mentionner ce principe, et l'orateur dit qu'en sa qualité de Rapporteur spécial il s'est senti tenu de respecter ces conditions, ce qui explique pourquoi il a examiné ce principe en détail dans son troisième rapport et l'a de nouveau évoqué dans son quatrième rapport. Il dit que ses travaux continueront de « ne pas concerner » ce principe, au sens où il ne l'incorporera pas dans tel ou tel projet de directive ni ne s'efforcera d'en tirer parti d'une manière ou d'une autre, et qu'il ne fera que le mentionner le cas échéant conformément au droit international applicable.

43. Le Rapporteur spécial souligne qu'en 2011 la Sixième Commission a approuvé les travaux sur le sujet sans aucune condition et que plusieurs membres de la Commission l'ont plaint d'avoir à travailler dans le carcan des conditions fixées en 2013. M. Tladi a proposé que l'on revienne sur ces conditions, mais le Rapporteur spécial pense personnellement qu'il est trop tard pour le faire et indique qu'il continuera à les respecter lorsqu'il élaborera son cinquième et dernier rapport de fond. Quelles que soient les contraintes qui lui sont imposées, il n'aurait pas accepté de se charger du sujet s'il n'avait pas été convaincu de pouvoir le faire avec succès et exhaustivement. Il en demeure convaincu, et il remercie les membres de la Commission de l'appui

[186] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168, al. *a*.

qu'ils continuent de lui apporter. Cela étant, au cours de la longue histoire de la Commission, jamais des restrictions n'ont été imposées à un Rapporteur spécial sous la forme de conditions, et une telle situation ne devrait pas se reproduire. Comme l'a dit un ancien membre de la Commission, ces conditions sont « honteuses », voire « humiliantes » pour le Rapporteur spécial. Le débat sur le sujet a parfois été divisé, et a porté non seulement sur des questions de fond mais aussi sur certains éléments des conditions de 2013. Pour le Rapporteur spécial, cela ne devrait pas se reproduire.

44. En ce qui concerne les expressions « droit de l'atmosphère », « régime autonome » et « régime spécial » du droit international, ce que vise à indiquer le rapport est que le droit relatif à la protection de l'atmosphère n'est pas un régime « scellé » ou « se suffisant à lui-même ». Il n'existe et ne fonctionne en effet qu'au travers de sa relation avec d'autres branches du droit.

45. Le Rapporteur spécial dit qu'il a été surpris d'entendre M. Murphy déclarer qu'à la soixante-huitième session de la Commission, il avait exprimé son opposition à l'examen de la question de l'application concurrente. Personnellement, il ne s'en souvient pas et indique que, de fait, il a décidé de consacrer un chapitre de son rapport à cette question en partie parce qu'en 2012 M. Murphy avait demandé s'il était capable de traiter du problème complexe de la relation entre le commerce et l'environnement.

46. S'agissant de la question de l'application concurrente, le Rapporteur spécial dit qu'il a choisi trois branches du droit, à savoir le droit du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme, en raison des liens étroits qu'elles entretiennent avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère du point de vue des dispositions conventionnelles et de la jurisprudence. Ces liens ont été reconnus notamment dans des manuels de droit international de l'environnement et dans la Déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique adoptée en 2014 par l'Association de droit international[187].

47. Le Rapporteur spécial dit qu'il a également envisagé de retenir le droit relatif à la diversité biologique mais qu'il n'a pu déceler aucun lien étroit de ce type. La « biosphère » est un concept beaucoup plus large que l'« atmosphère » et sa prise en considération aurait élargi indûment la portée du sujet. Certains ont dit que le droit des conflits armés et le droit aérien et spatial auraient dû également être étudiés. Le premier est déjà mentionné dans le commentaire du projet de directive 7 – qui dispose que le projet de directive s'applique uniquement aux activités « non militaires[188] » – et n'a pas suffisamment de rapport avec les autres parties du projet de directives. Le second a quant à lui été écarté comme ne relevant pas du sujet lors du débat sur le paragraphe 4 du projet de directive 2[189].

48. Le Rapporteur spécial dit qu'il estime donc que les trois branches du droit retenues sont pertinentes. Cela ne signifie toutefois pas que d'autres branches ne le sont pas également, et c'est la raison pour laquelle il a estimé que le projet de directive 9 était utile en tant que règle générale englobant d'autres domaines ou situations dans lesquelles des conflits de normes pouvaient surgir. L'expression « application concurrente » étant utilisée à des fins descriptives dans l'ensemble du rapport, il était erroné de mentionner « [le] principe d'application concurrente » dans le projet de directive 9 : ce sont « [les] principes de l'application concurrente » qui auraient dû être visés.

49. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas d'accord que le concept de soutien mutuel n'a aucune valeur ni aucun statut normatif. Comme il a été largement accepté dans des dispositions conventionnelles et la jurisprudence pertinentes, il est légitime de dire qu'au moins dans le contexte du commerce et de l'investissement il a acquis le statut de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » au sens du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. M. Saboia a déclaré que, même si le soutien mutuel n'était pas reconnu en tant que principe juridique, il constituait un outil utile pour harmoniser différentes branches du droit international, et M. Nolte a fait observer que certains éléments du soutien mutuel ne devaient pas être écartés. Le Rapporteur spécial dit qu'il convient qu'il n'est pas légitime d'utiliser l'expression « soutien mutuel » en relation avec toutes les questions envisagées dans le rapport. Dans les contextes du droit de la mer et du droit des droits de l'homme, l'expression « de manière harmonieuse » semble préférable. L'expression « intégration systémique », qui a été proposée par certains membres, est également adaptée. Le soutien mutuel a été consacré en tant que principe juridique dans le projet d'articles de l'Association de droit international sur les principes juridiques relatifs au changement climatique, qui est le fruit de six années d'intenses travaux collectifs menés par 33 éminents universitaires originaires de 17 pays différents.

50. À cet égard, certains membres ont évoqué, directement ou indirectement, l'importante question de la méthodologie. Le Rapporteur spécial dit qu'il considère que les travaux de la Commission doivent être guidés par son statut, dont l'article 15 dispose que, aux fins de la codification, la Commission doit tenir compte de la pratique étatique, des précédents et des opinions doctrinales. Il est regrettable que, ces dernières années, elle ait eu tendance à méconnaître l'intérêt de la doctrine et des travaux universitaires, une observation qui a également été faite en relation avec d'autres sujets. Le Rapporteur spécial dit qu'il se réjouit de constater que de nombreux membres ont fait reposer leurs arguments et propositions sur la doctrine pertinente, ce dont il a tiré un profit considérable.

51. De nombreux membres ont proposé de réunir les quatre projets de directive en un seul, mais le Rapporteur spécial dit qu'il doute que les questions importantes qui y sont traitées puissent l'être comme il convient dans un seul projet de directive. Une proposition consistait à énumérer les trois branches du droit envisagées dans les projets de directives 10 à 12, ce qui, pour le Rapporteur spécial, n'aurait aucun sens car cela susciterait davantage de questions et risquerait de faire obstacle à l'élaboration de commentaires

[187] Association de droit international, *Report of the seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, résolution 2/2014, annexe, p. 28 à 33.

[188] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 189 et 190 (paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de directive 7).

[189] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 24 (projet de directive 2).

suffisamment détaillés sur chacune de ces branches. Une autre proposition consistait à formuler deux directives, ce qui serait mieux qu'une mais ne résoudrait pas le problème que soulève la simple énumération de branches du droit qui méritent chacune davantage d'attention. L'orateur dit que toutefois, comme la majorité des membres sont en faveur d'un projet de directive unique, il en a élaboré un, comprenant quatre paragraphes simplifiés. Il espère que le Comité de rédaction parviendra à un consensus sur le nombre des directives et des paragraphes, et il dit que lui-même fera preuve à cet égard de la même souplesse que par le passé.

52. Le Rapporteur spécial dit qu'il approuve la proposition tendant à modifier le titre du projet de directive 9, et il propose que ce titre soit « Application concurrente ». Notant que certains membres ont estimé que le rapport n'était pas clair en ce qui concerne la relation entre les projets de directive proposés et certains articles de la Convention de Vienne de 1969, il indique qu'il n'a certes pas l'intention de réécrire la Convention ni d'aller au-delà de ses dispositions ; l'objet du rapport à l'examen est au contraire de mettre en lumière la pertinence de l'article 30 et du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention s'agissant de résoudre les conflits entre dispositions conventionnelles. Comme plusieurs autres membres, il estime qu'il importe de renvoyer à ces deux dispositions dans le projet de directive.

53. La crainte a été exprimée que le mot « élaborent », dans le membre de phrase « élaborent, interprètent et appliquent les règles de droit international », soit interprété comme imposant aux États l'obligation de légiférer, mais telle n'était pas l'intention. Le Rapporteur spécial dit qu'il partage toutefois l'opinion selon laquelle l'élaboration des règles du droit international devrait être traitée de manière légèrement différente de leur interprétation et de leur application. Les expressions « d'éviter » et « de prévenir » sont toutes deux acceptables pour remplacer les mots « de régler » dans l'expression « de régler tout conflit ». La question de la coopération n'est pas mentionnée car elle est déjà envisagée dans le projet de directive 8[190]. L'orateur indique que les mots « bonne foi », qu'il avait proposé d'insérer, ne figurent pas dans le texte parce que Sir Michael Wood s'est toujours opposé à un tel ajout au motif que, par hypothèse, la notion de bonne foi s'applique à tous les projets de directive.

54. Bien que la proposition de M. Aurescu de préciser l'expression « autres règles applicables du droit international » en y ajoutant les mots « avec lesquelles elles peuvent avoir un lien direct » soit bonne, l'idée est déjà implicite dans le mot « applicables ». Des précisions pourraient être données dans le commentaire si nécessaire. Le Rapporteur spécial remercie M. Aurescu, dont la proposition concernant le remaniement du projet de directive 9 a été appuyée par de nombreux membres et a servi de modèle à la disposition que lui-même propose. De même, le Rapporteur spécial remercie M. Nolte de sa proposition concernant un nouveau projet de directive visant l'article 30 et le paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969.

55. Le Rapporteur spécial indique que, sur la base de ces considérations, il a révisé le projet de directive 9, et propose qu'il constitue désormais le paragraphe 1 du projet de directive 9 et se lise comme suit :

> « Projet de directive 9. Application concurrente
>
> « 1. Conformément aux règles pertinentes sur l'interprétation des traités énoncées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier l'article 30 et le paragraphe 3 *c* de l'article 31, et aux règles du droit international coutumier en la matière, les États sont invités à élaborer, interpréter et appliquer les règles du droit international relatives à la protection de l'atmosphère en utilisant la méthode de l'intégration systémique et le principe de l'harmonisation en relation avec les autres règles applicables du droit international, en vue de prévenir les conflits entre ces règles et de les résoudre s'il en survient, afin d'assurer une protection efficace de l'atmosphère. »

56. S'agissant du projet de directive 10, plusieurs membres ont souligné l'ambiguïté de son libellé, notamment des mots « les mesures qui conviennent ». Pour plusieurs autres membres, la citation tirée du chapeau de l'article XX du GATT risquait de donner l'impression que le projet de directive contribuait à justifier la primauté des intérêts du libre-échange sur les préoccupations environnementales. Le Rapporteur spécial indique que telle n'était pas son intention, qui était au contraire de placer ces intérêts et préoccupations sur un pied d'égalité puis d'essayer de les concilier de manière qu'ils se soutiennent mutuellement. Il sera donc probablement souhaitable d'indiquer que le même poids est accordé aux uns et aux autres au début du projet de directive.

57. Le concept de soutien mutuel semble être bien établi en droit commercial et, peut-être à un moindre degré, en droit de l'investissement. Un membre a dit que, dans certains des accords de libre-échange cités dans le rapport, ce concept exprimait davantage une aspiration qu'un principe juridique. Pour le Rapporteur spécial, le concept de soutien mutuel peut encore être utilisé dans le contexte du commerce et de l'investissement comme outil de coordination et d'interprétation. Il est encourageant que des décisions arbitrales récentes rendues dans le domaine du droit de l'investissement, faisant écho à ce qui a été dit dans l'affaire *États-Unis – Essence*, reconnaissent qu'il ne faut pas lire le GATT en l'isolant cliniquement du droit international public. Cela justifie peut-être une référence à l'intégration systémique ainsi qu'au soutien mutuel dans le projet de directive.

58. Le Rapporteur spécial dit qu'il a donc révisé le projet de directive 10 en conséquence et propose qu'il constitue désormais le paragraphe 2 du projet de directive 9. Il serait libellé comme suit :

> « 2. Compte tenu qu'il importe de concilier les intérêts du commerce et de l'investissement, d'une part, et ceux de la protection de l'atmosphère de l'autre, les États devraient élaborer, interpréter et appliquer les règles applicables du droit international du commerce et de l'investissement et les règles applicables du droit international relatif à la protection de l'atmosphère dans un souci de soutien mutuel et de manière intégrée. »

[190] Ibid., p. 25 (projet de directive 5). En 2016, le projet de directive 5 a été renuméroté en tant que projet de directive 8 [voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 183, note 1210].

59. S'agissant du projet de directive 11, relatif au droit de la mer, plusieurs membres se sont demandé si le quatrième rapport visait à traiter de la pollution du milieu marin. Tel n'est assurément pas le cas. Le rapport vise à indiquer qu'il existe entre l'atmosphère et les océans des liens étroits qu'il convient d'avoir à l'esprit et qui sont reflétés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les instruments connexes. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne propose aucunement de créer un nouveau droit sur la pollution du milieu marin.

60. La plupart des causes de cette pollution sont d'origine tellurique, et certains polluants parviennent jusqu'aux océans depuis l'atmosphère ou par le biais de celle-ci. En ce sens, la relation entre l'atmosphère et les océans est unilatérale, car les activités humaines menées en mer qui polluent l'atmosphère sont limitées. Les émissions de gaz à effet de serre par les navires ne sont pas la principale source, comme l'a affirmé un membre, mais l'une des principales sources des changements climatiques. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas certain de la mesure dans laquelle les plateformes pétrolières et gazières sont une source de pollution atmosphérique, bien qu'elles constituent indubitablement un grave problème en termes de pollution du milieu marin.

61. Le paragraphe 2 du projet de directive 11, relatif à l'élévation du niveau de la mer, a été ajouté pour tenir compte de la demande insistante formulée depuis des années par les petits États insulaires dans le cadre de la Sixième Commission. Il y a environ 40 petits États insulaires parmi les États Membres de l'Organisation des Nations Unies, dont certains sont gravement touchés par l'élévation du niveau de la mer. Le Rapporteur spécial dit qu'il est d'accord avec les nombreux membres qui ont estimé que la question de l'élévation du niveau de la mer devrait être traitée en tant que sujet distinct. Toutefois, en l'absence de pratique conventionnelle en la matière, il est difficile de prévoir comment le sujet pourra relever du mandat de codification et de développement progressif du droit international qui est normalement celui de la Commission. Celle-ci pourra l'étudier si l'Assemblée générale le lui demande ou dans le cadre de la procédure prévue à l'article 17 de son statut.

62. Quoi qu'il en soit, un certain temps s'écoulera avant que la Commission ou un autre organe compétent entreprenne des activités normatives concernant l'élévation du niveau de la mer. Le Rapporteur spécial demande donc à la Commission d'accepter de conserver une disposition sur l'élévation du niveau de la mer, au moins dans le préambule du projet de directives, afin que la communauté internationale comprenne que la Commission est réellement préoccupée par ce grave problème. Comme un membre l'a souligné, celui-ci ne concerne pas seulement le tracé des lignes de base mais aussi la perte de territoires et, dans des cas extrêmes, la possibilité que des États disparaissent en entraînant des migrations massives de réfugiés « climatiques ».

63. Plusieurs membres ont demandé pourquoi seuls les petits États insulaires et les États de faible altitude étaient visés puisque tout État côtier peut être touché par l'élévation du niveau de la mer. Le Rapporteur spécial dit qu'il est sur ce point d'accord avec ceux qui craignent que l'élargissement du champ d'application de la disposition n'amène à accorder une moindre attention au groupe des États les plus vulnérables et les plus gravement touchés. Il indique que c'est sur la base de ces considérations qu'il a révisé les deux paragraphes du projet de directive 11, et propose qu'ils constituent le paragraphe 3 du projet de directive 9 et le cinquième alinéa du préambule, respectivement. Le paragraphe 3 se lirait comme suit :

> « 3. Reconnaissant l'interaction étroite entre l'atmosphère et les océans, les États devraient interpréter et appliquer de manière harmonieuse les règles pertinentes du droit de la mer et les règles pertinentes relatives à la protection de l'atmosphère. »

Le cinquième alinéa du préambule se lirait comme suit :

> « *Conscients également* de la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude en ce qui concerne les lignes de base utilisées pour délimiter leurs zones maritimes, de la possibilité que des États disparaissent dans certains cas extrêmes et de la nécessité de protéger les populations affectées, y compris les migrations, ».

64. En ce qui concerne le projet de directive 12, certains ont dit douter que la question de l'application concurrente du droit de la protection de l'atmosphère et du droit des droits de l'homme relève du sujet. Le Rapporteur spécial dit que, s'il s'agit de rappeler aux États qu'ils doivent tenir compte des normes relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils « élaborent des règles et recommandations concernant la protection de l'atmosphère […], les interprètent et les appliquent », la disposition peut être remaniée pour que cela soit plus clair. On a dit que le projet de directive devrait définir plus concrètement les conditions dans lesquelles le droit international des droits de l'homme était applicable à la protection l'atmosphère, mais, pour le Rapporteur spécial, c'est dans le commentaire du projet de directive qu'il faudrait le faire. On a également proposé de mentionner les points suivants dans le commentaire : les droits des peuples autochtones compte tenu de la jurisprudence des cours et organes régionaux et le fait que le problème le plus pressant en ce qui concerne la relation entre le droit des droits de l'homme et la protection de l'atmosphère était celui de l'application extrajuridictionnelle et que l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en ce qui concerne les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* était pertinent à cet égard.

65. Pour ce qui est du paragraphe 1 du projet de directive 12, on a proposé de supprimer les mots « faire tout leur possible pour » et de remplacer le mot *view* par le mot *purpose* dans le texte anglais. S'agissant du paragraphe 2 du projet de directive 12, un membre a dit qu'il fallait effectivement mentionner les personnes vulnérables et les populations des petits États insulaires mais qu'il n'était pas certain que cette question devait être traitée dans le projet de directive, tandis qu'un autre a fait observer que ce paragraphe semblait utile en tant qu'objectif de politique générale et pour développer progressivement le droit international. On a souligné que c'étaient les individus, et non les groupes de personnes, qui jouissaient des droits de l'homme et on a proposé en conséquence d'utiliser

l'expression « les droits de l'homme des personnes appartenant à des groupes vulnérables », une proposition que le Rapporteur spécial appuie.

66. L'orateur dit qu'il ne pense pas que le paragraphe 4 du projet de directive 12 soit inutile au motif que les intérêts des générations futures sont déjà mentionnés dans le projet de directive 6[191]. Cette disposition concerne l'utilisation de l'atmosphère et non les droits de l'homme, du moins pas directement. Un membre a émis des doutes quant à la qualité pour agir au nom des générations futures en ce qui concerne les droits de l'homme, mais c'est précisément la raison pour laquelle le terme « intérêts », et non « droits », des générations futures a été utilisé. Le Rapporteur spécial ne souscrit pas à la proposition de transférer l'intégralité du projet de directive dans le préambule. Il indique qu'il a révisé le texte du projet de directive 12 et propose qu'il constitue le paragraphe 4 du projet de directive 9 et le sixième alinéa du préambule, respectivement. Le paragraphe 4 se lirait comme suit :

> « 4. Les États devraient élaborer, interpréter et appliquer les règles pertinentes du droit international des droits de l'homme en harmonie avec les règles du droit international relatif à la protection de l'atmosphère. Les États devraient accorder une attention particulière aux droits de l'homme des personnes appartenant à des groupes vulnérables, notamment les populations autochtones, les populations des pays en développement les moins avancés et les populations des petits États insulaires et des États de faible altitude, ainsi que les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. »

Le sixième alinéa du préambule se lirait comme suit :

> « *Notant* que les intérêts des générations futures de l'humanité dans la préservation à long terme de la qualité de l'atmosphère devraient être pleinement pris en compte, ».

67. En ce qui concerne les travaux futurs, le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas qu'il soit utile de créer un groupe de travail informel ou de tenir des consultations. Au stade actuel, il n'a encore qu'une idée préliminaire de son cinquième rapport. La Commission n'a pas pour pratique de contrôler a priori le contenu des rapports des rapporteurs spéciaux. Les membres peuvent les critiquer ou les approuver lorsqu'ils sont présentés à la Commission. Le Rapporteur spécial dit que sa liberté d'action est déjà suffisamment limitée par les conditions fixées en 2013 et qu'il souhaiterait que les membres continuent de lui faire confiance pour la phase finale des travaux sur le sujet. Il indique qu'il a fait de son mieux pour répondre aux préoccupations exprimées et tenir compte des propositions faites. La plupart des membres semblent être favorables au renvoi de tous les projets de directive figurant dans le quatrième rapport au Comité de rédaction, étant entendu qu'ils seront simplifiés et réunis en un seul. Le Rapporteur spécial recommande donc à la Commission de renvoyer au Comité de rédaction les quatre projets de directive figurant dans le quatrième rapport, étant entendu qu'ils seront réunis en un projet de directive comportant quatre paragraphes substantiellement simplifiés, ainsi que les deux alinéas du préambule dont il a donné lecture.

68. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer au Comité de rédaction tous les projets de directive proposés dans le quatrième rapport ainsi que la version révisée du projet de directive 9 et les alinéas du préambule proposés par le Rapporteur spécial, compte tenu de toutes les observations faites durant le débat.

69. M. PARK dit qu'il s'oppose au renvoi au Comité de rédaction du cinquième alinéa du préambule proposé par le Rapporteur spécial. Un lien étroit doit exister entre le contenu des projets de directive et le préambule, ce qui n'est pas le cas pour le cinquième alinéa proposé. Des problèmes tels que la disparition potentielle d'États et la migration des populations touchées par l'élévation du niveau de la mer sont graves, mais le projet de directives ne propose aucune solution concrète.

70. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'il appuie l'idée de renvoyer les nouveaux textes proposés par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction, étant entendu qu'ils ne prévaudront pas sur les propositions faites par les membres de la Commission durant le débat – celles-ci doivent aussi être prises en compte par le Comité de rédaction.

71. M[me] ORAL dit qu'elle remercie le Rapporteur spécial des efforts qu'il a faits pour tenir compte de toutes les observations des membres de la Commission et réunir les quatre projets de directive en un seul. Elle appuie le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de directive, y compris le texte révisé du projet de directive 9 proposé par le Rapporteur spécial. Elle comprend la préoccupation exprimée par M. Park quant à l'opportunité d'évoquer l'élévation du niveau de la mer dans un projet de directive car elle la partage. Toutefois, eu égard aux éclaircissements fournis par le Rapporteur spécial, elle propose de laisser au Comité de rédaction le soin d'ajuster le libellé du texte pertinent pour tenir compte de cette préoccupation.

72. M. HMOUD dit qu'il est favorable au renvoi du texte révisé du projet de directive 9 et des deux projets d'alinéa du préambule proposés par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction. Comme M. Park, tels qu'actuellement libellés, les textes lui posent des problèmes, mais il estime que ceux-ci pourront être résolus par le Comité de rédaction.

73. M. CISSÉ dit que le renvoi au Comité de rédaction du cinquième alinéa du préambule ne lui pose pas de difficultés car sa préoccupation concernant les États touchés y est reflétée.

74. Sir Michael WOOD, après avoir remercié le Rapporteur spécial d'avoir essayé de tenir compte de toutes les vues exprimées, dit qu'il convient que tous les projets de directive et propositions examinés en séance plénière, y compris les nouveaux textes proposés par le Rapporteur spécial, devraient être renvoyés au Comité de rédaction. Comme toujours, quand des propositions sont renvoyées au Comité de rédaction, on ne peut être certain du résultat des travaux de celui-ci. Il estime donc qu'au stade actuel

[191] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2[e] partie), p. 189 (projet de directive 6).

la Commission n'est pas en train de décider s'il y aura quatre projets de directive ou un seul et si deux nouveaux alinéas seront ajoutés au projet de préambule.

75. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que, premièrement, elle tient à remercier le Rapporteur spécial des efforts qu'il a faits pour tenir compte de toutes les observations faites en séance plénière eu égard à l'approche collégiale qui préside aux travaux de la Commission. Deuxièmement, et cela est plus important, le Rapporteur spécial aurait pu présenter les nouveaux textes qu'il propose dans le cadre du Comité de rédaction, même si c'est par souci de transparence qu'il les a présentés en plénière avant leur renvoi au Comité. L'oratrice rappelle en outre que, conformément à la pratique établie, c'est à l'initiative du Rapporteur spécial que les propositions initiales ou les nouvelles propositions doivent être renvoyées au Comité de rédaction, bien que celui-ci doive tenir compte de toutes les observations et propositions faites par les autres membres. Mme Escobar Hernández dit qu'elle est pour cette raison favorable au renvoi de tous les textes proposés au Comité de rédaction.

76. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que lui aussi considère que les quatre projets de directive devraient être renvoyés au Comité de rédaction, étant entendu que la proposition qu'il a faite en ce qui concerne une version révisée du projet de directive 9 et deux alinéas du préambule ainsi que les autres propositions qui ont été faites seront prises en considération par le Comité. Il indique qu'il a présenté les nouveaux textes qu'il propose en séance plénière parce que Sir Michael Wood et d'autres membres l'ont demandé.

77. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer au Comité de rédaction tous les projets de directive proposés dans le quatrième rapport, étant entendu que la proposition du Rapporteur spécial concernant le projet de directive 9 et deux alinéas du projet de préambule, ainsi que les observations faites au cours du débat, seront également prises en considération.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 55.

3360e SÉANCE

Jeudi 18 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction pour le sujet de la protection de l'atmosphère est composé des membres suivants : M. Murase (Rapporteur spécial), M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Hmoud, M. Jalloh, Mme Lehto, M. Nguyen, M. Nolte, Mme Oral, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État[192] (A/CN.4/703, partie II, sect. E[193], A/CN.4/701[194], A/CN.4/L.893[195])

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE

2. Le PRÉSIDENT invite la Rapporteuse spéciale à présenter son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

3. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) rappelle que la Commission a commencé l'examen du cinquième rapport sur le sujet à la session précédente, mais que comme à l'époque ce rapport n'était disponible qu'en anglais et en espagnol elle a décidé qu'à titre exceptionnel elle en poursuivrait et en achèverait l'examen à la session en cours. La Rapporteuse spéciale indique que, bien qu'ayant déjà présenté ce rapport à la session précédente[196], elle va de nouveau le présenter brièvement, principalement au bénéfice des membres de la Commission nouvellement élus mais également pour tenir compte des vues exprimées par les membres de la Commission à la session précédente et par les États à la Sixième Commission.

4. Le cinquième rapport est consacré aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, un aspect du sujet qui a fait l'objet de débats récurrents à la Commission et à la Sixième Commission et a au fil des ans suscité des opinions diverses et souvent opposées. La Rapporteuse

---

[*] Reprise des débats de la 3355e séance.

[192] À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4 et les commentaires y relatifs [*Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 et suiv., par. 49]. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 2 *e* et le projet d'article 5 et les commentaires y relatifs [*Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 152 et suiv., par. 132]. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 2 *f* et le projet d'article 6 et les commentaires y relatifs [*Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 225, et suiv., par. 250].

[193] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[194] Reproduit dans *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie).

[195] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[196] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3328e séance, p. 353 et suiv., par. 2 à 19.

spéciale indique que pour élaborer ce rapport elle a suivi la même méthode que pour les précédents[197], à savoir qu'elle s'est essentiellement fondée sur une analyse de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et des travaux antérieurs de la Commission. Elle a de plus tenu compte des informations fournies par les États en réponse aux questions posées par la Commission. Dix-neuf États au total ont présenté des observations écrites, qui peuvent être consultées sur le site Web de la Commission[198]. Les déclarations faites oralement par les délégations à la Sixième Commission, en particulier en 2014 et 2015, ont également été prises en compte.

5. Le rapport à l'examen forme un tout avec les quatre rapports précédents et il doit donc être lu et compris avec ceux-ci. Le projet d'article 7, par exemple, n'acquiert toute sa signification qu'à la lumière des projets d'article que la Commission a déjà provisoirement adoptés.

6. S'agissant des principales questions de fond et de méthode, le rapport a trois objectifs : analyser la pratique pour déterminer s'il est des situations dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est sans effet, même lorsqu'elle est potentiellement applicable, recenser ces situations si elles existent et en déterminer les fondements juridiques, puis, à la lumière de cette analyse, proposer un projet d'article.

7. L'un des principaux points appelant des observations concerne l'expression « limites et exceptions », qui rend compte des divers arguments avancés en pratique pour justifier la non-application de l'immunité. Certaines infractions sont considérées comme n'étant pas des actes officiels ou ostensiblement liés à la qualité officielle, ou ne relèvent tout simplement pas des fonctions de l'État, et elles constituent des limites, alors que d'autres sont considérées comme ne bénéficiant pas du régime de l'immunité parce qu'elles violent des normes du *jus cogens*, des droits de l'homme internationalement reconnus ou, de manière plus générale, les valeurs et principes juridiques du droit international contemporain, et elles constituent des exceptions. Ainsi, une limite à l'immunité est intrinsèquement ou directement liée à l'immunité ou à l'un de ses éléments normatifs, et une exception est extrinsèque à l'immunité et à ses éléments normatifs, mais n'en appartient pas moins au système juridique international et est donc un élément à prendre en considération pour déterminer si l'immunité s'applique dans telle ou telle affaire.

8. Cette distinction est un outil méthodologique utile pour étudier la pratique de la non-application de l'immunité et son fondement juridique. Quoi qu'il en soit, il convient de noter que les deux catégories ont en pratique des effets similaires, à savoir la non-application dans certaines circonstances du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette diversité d'approches s'agissant de comprendre et d'expliquer les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas est reflétée dans la pratique et dans les positions adoptées par les membres de la Commission et les États à la Sixième Commission, et est traduite par la formule globale employée au projet d'article 7, à savoir « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ».

9. Un autre point appelant des observations concerne la nécessité de traiter des limites et exceptions à la fois dans le cadre du régime spécifique des immunités et dans celui de l'ordre juridique international dans son ensemble.

10. La question des limites et exceptions à l'immunité ne peut être envisagée isolément. De fait, ces limites et exceptions acquièrent leur pleine signification dans le contexte de l'étude de l'immunité figurant dans les rapports précédents, qui a révélé la nature juridique de cette institution en droit international contemporain et recensé les éléments essentiels à prendre en compte lorsque l'on examine la question. Ces éléments sont notamment la relation entre l'immunité et la compétence et la notion d'immunité en tant qu'exception à l'exercice de la compétence, la notion d'immunité en tant qu'institution procédurale et ses effets, dans certaines situations, sur la responsabilité du représentant, la distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État *stricto sensu*, et la distinction entre l'immunité des représentants de l'État devant les tribunaux pénaux étrangers et devant les juridictions pénales internationales.

11. Dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale envisage la question des limites et exceptions à l'immunité étant entendu que le droit international est un système normatif. De ce point de vue, l'immunité des représentants de l'État est une institution utile et nécessaire pour faire respecter certaines valeurs et certains principes de l'ordre juridique international, en particulier le principe de l'égalité souveraine.

12. Cependant, dans le même temps, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en tant qu'élément de ce système, doit être interprétée de manière systémique. Cette approche systémique exige la prise en considération d'autres institutions également liées au principe de l'égalité souveraine, en particulier le droit d'exercer la compétence, ainsi que d'autres domaines de l'ordre juridique international qui traduisent et consacrent d'autres valeurs et principes de la communauté internationale dans son ensemble, en particulier le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international. Le droit international étant un véritable système normatif, l'élaboration par la Commission d'un projet d'articles destiné à aider les États à codifier et développer progressivement le droit international sur un sujet problématique mais extrêmement important pour la communauté internationale ne peut pas et ne doit pas avoir pour effet de créer des déséquilibres dans d'importants domaines du système juridique international, dont le développement ces dernières décennies a été l'une des principales caractéristiques de ce système.

13. Cette conception systémique du droit international oblige à tenir compte de la relation entre l'immunité et le *jus cogens*, les valeurs et principes du droit international,

---

[197] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport) ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

[198] Voir le Guide analytique des travaux de la Commission, à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml.

les dimensions juridiques des concepts d'impunité et de responsabilité, la lutte contre l'impunité, le droit d'accès aux tribunaux, le droit des victimes à réparation et l'obligation de l'État de réprimer certains crimes internationaux.

14. Le dernier point concerne le rôle que la Commission attribue à la pratique des États dans le cadre de ses travaux. La Rapporteuse spéciale dit qu'ainsi qu'elle l'a noté dans tous ses rapports, l'étude de la pratique est fondamentale pour les travaux de la Commission. Aucun argument théorique ni aucune préférence personnelle ou idéologique ne sauraient remplacer la pratique. Celle-ci est au contraire le point de départ nécessaire de toute étude rigoureuse propre à faciliter l'élaboration de propositions de codification et de développement progressif. Ce n'est qu'une fois cette étude achevée qu'une analyse incorporant des éléments théoriques et proposant des options pour telle ou telle question peut être effectuée, en particulier si la question est controversée. Toutefois, la primauté de la pratique doit être entendue dans le contexte qui est le sien. La pratique doit être dûment prise en considération, mais elle doit aussi être interprétée et intégrée dans l'ordre juridique international. Ou, pour le dire plus simplement, la pratique n'est ni neutre ni le seul fondement des décisions à prendre.

15. Telle a été l'approche suivie dans le cinquième rapport. La Rapporteuse spéciale indique que son intention était de déterminer s'il existait des règles applicables du droit international coutumier susceptibles d'être codifiées et, dans l'affirmative, s'il existait une pratique suffisante pour établir l'existence d'une tendance autorisant à faire des propositions en vue de développer progressivement le droit. En ce qui concerne l'existence d'une règle coutumière, la Rapporteuse spéciale a tenu compte des travaux en cours de la Commission sur la détermination du droit international coutumier. S'agissant d'identifier une tendance, le rapport repose également sur une analyse de la pratique.

16. Certes, l'étude de la pratique ne saurait se limiter à la jurisprudence internationale. Une telle approche risquerait d'être taxée de réductionnisme. Au contraire, s'agissant du sujet à l'examen, la notion de pratique doit également s'entendre de la législation des États et de la jurisprudence des tribunaux internes, qui sont les organes devant lesquels la question de l'immunité de juridiction se pose et dont les décisions constituent indubitablement un élément essentiel de la pratique des États, en particulier parce qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, ces organes occupent une place centrale et privilégiée du point de vue de l'autorité souveraine de l'État dans l'exercice de sa juridiction.

17. Sur la base de cette étude de la pratique, il est possible de conclure que la commission de crimes internationaux doit aujourd'hui être considérée comme une limite ou une exception à l'immunité reposant sur une règle du droit international coutumier. Même s'il était possible de contester l'existence en la matière d'une pratique et d'une *opinio juris* donnant naissance à une coutume internationale, il ne semble pas possible, quelles que soient les circonstances, de nier l'existence d'une nette tendance en faveur de certaines limites et exceptions donnant à penser qu'une coutume est en train de se faire jour.

18. La Commission doit mener ses travaux conformément à son mandat pris comme un tout. Cela signifie qu'elle peut et doit faire œuvre de codification et de développement progressif lorsqu'un sujet s'y prête. Tel est certainement le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et en particulier de la question des limites et exceptions.

19. S'agissant du projet d'article 7, ses trois paragraphes exposent tous les éléments qui définissent, de manière intégrée, le régime des limites et exceptions à l'immunité.

20. Le paragraphe 1 vise à recenser en termes généraux les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Il a été rédigé sur le modèle de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. L'expression « ne s'applique pas » est employée pour tenir compte des diverses opinions exprimées à ce jour sur le classement dans la catégorie des limites ou celle des exceptions de chacune des situations envisagées dans le rapport. De plus, ce paragraphe rend fidèlement compte des effets des limites et exceptions à l'immunité. Son libellé est particulièrement approprié dans le cas des crimes internationaux puisque, si la question de savoir si ces crimes peuvent être commis à titre officiel est largement débattue, l'idée qu'ils ne bénéficient pas de l'immunité est largement répandue. La Rapporteuse spéciale indique qu'elle a en outre choisi de définir les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas en visant les infractions à l'égard desquelles la compétence entendait s'exercer et non les procédures dans lesquelles ces infractions pouvaient être examinées.

21. Le paragraphe 1 envisage trois cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas, à savoir les crimes de droit international, les crimes liés à la corruption et les crimes couverts par l'« exception territoriale ». En ce qui concerne les crimes de droit international, la Rapporteuse spéciale dit qu'elle a décidé de viser expressément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées parce que ce sont les crimes le plus fréquemment commis en pratique, qu'ils sont réprimés dans des traités et que leur classement dans la catégorie des crimes de droit international est largement accepté par la communauté internationale.

22. Le paragraphe 2 définit la portée des limites et exceptions. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* – à savoir les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères – pendant leur mandat. En conséquence, les limites et exceptions à l'immunité ne concernent que l'immunité *ratione materiae* telle que celle-ci a déjà été définie par la Commission. L'exclusion de ces trois catégories de représentants de l'État repose sur la pratique et a été confirmée par la Cour internationale de Justice. Il ne faut toutefois pas oublier que les limites et exceptions sont inapplicables aux chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères uniquement durant leur mandat, à l'expiration duquel les dispositions du paragraphe 1 redeviennent applicables.

23. Enfin, le paragraphe 3, qui prend la forme d'une clause « sans préjudice », prévoit deux situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas parce qu'il existe

des régimes spéciaux. La première est celle dans laquelle l'État du for et l'État du représentant sont liés par un traité interdisant d'invoquer l'immunité devant leurs tribunaux pénaux respectifs. La seconde est celle où l'État du for est tenu d'une obligation générale de coopérer avec une juridiction internationale. Les régimes visés au paragraphe 3 correspondent à des situations dont on trouve des exemples en pratique. Le paragraphe 3 *b* en particulier rend compte de la situation complexe pouvant découler de l'application du paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont l'affaire Al Bashir dont ont connu les tribunaux sud-africains[199] est un exemple et qui a même amené le Gouvernement sud-africain à dénoncer le Statut de Rome.

24. Ainsi que la Rapporteuse spéciale l'a indiqué en plusieurs occasions, la question des limites et exceptions à l'immunité est l'un des aspects les plus controversés du sujet. Il s'agit néanmoins d'un aspect auquel tant les membres de la Commission que les États continuent d'attacher beaucoup d'importance. À la session précédente de la Commission, plusieurs membres ont pu exprimer leur opinion sur la question dans le cadre de déclarations formelles et de mini-débats. Ces opinions, provenant en particulier des membres de la Commission, font partie du débat général sur le sujet et devront être prises en considération dans le cadre de la décision finale que la Commission adoptera à la session en cours.

25. Deux observations s'imposent à cet égard. Premièrement, les membres de la Commission sont divisés dans leurs opinions, et il n'est pas encore possible de dégager une position majoritaire sur la question. Deuxièmement, le débat sur le sujet a une fois encore rouvert la discussion relative à la portée du mandat de la Commission, en particulier en ce qui concerne le rôle assigné à la codification et au développement progressif et la manière dont la *lex lata* et la *lex ferenda* doivent être comprises.

26. Plusieurs délégations ont également exprimé leur opinion sur le sujet en 2016 dans le cadre de la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. Quelques-unes ont indiqué qu'elles s'abstiendraient de faire des observations sur la question des limites et exceptions à l'immunité jusqu'à ce que la Commission ait achevé l'examen du cinquième rapport. Les autres, tout en indiquant que leurs observations avaient un caractère préliminaire, ont commenté plusieurs questions traitées dans le rapport et, parfois, le projet d'article 7.

27. Plusieurs délégations ont déclaré sans équivoque qu'il n'y avait de limites et d'exceptions ni à l'immunité *ratione personae* ni à l'immunité *ratione materiae*, et d'autres ont exprimé cette opinion de manière moins catégorique. Certaines délégations se sont déclarées favorables à un traitement différencié de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les limites et exceptions, et plusieurs autres ont vigoureusement défendu l'existence de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, en particulier dans le cas des crimes internationaux. L'opinion a également été exprimée que les crimes internationaux ne pouvaient être considérés comme des actes officiels et n'étaient donc pas couverts par l'immunité *ratione materiae*.

28. Certaines délégations se sont déclarées sceptiques quant à l'inclusion des crimes liés à la corruption parmi les exceptions ou limites à l'immunité. Selon une autre opinion, les actes de corruption étant commis dans un but de gain personnel, ils constituaient des limites à l'immunité et ne bénéficiaient donc pas de celle-ci. Plusieurs délégations ont dit qu'il serait intéressant d'analyser plus avant la question des crimes liés à la corruption en relation avec l'immunité.

29. De l'avis général, l'immunité *ratione personae* ne connaissait ni limites ni exceptions.

30. Quelques délégations ont souligné la nécessité de tenir compte du fait que l'immunité reposait sur le principe de l'égalité souveraine des États, que son objectif était de préserver la stabilité des relations internationales et qu'il fallait donc éviter de lui assigner des limites ou des exceptions. Pour plusieurs délégations, il fallait réaliser un équilibre entre le respect du principe de l'égalité souveraine – et le maintien de la stabilité des relations internationales – et la lutte contre l'impunité. Selon plusieurs délégations, la Commission devait tenir compte des avancées réalisées ces dernières décennies dans le domaine du droit pénal international mais veiller, ce faisant, à ne pas les compromettre. Quelques délégations ont soutenu que s'agissant de l'immunité et des limites et exceptions possibles, la Commission devait se limiter à la codification, tandis que d'autres estimaient qu'elle devait exercer les deux fonctions prévues par son mandat, à savoir développer progressivement et codifier le droit international.

31. Des délégations ont souligné qu'il fallait faire preuve de prudence en ce qui concerne les limites et exceptions à l'immunité. Certaines ont aussi souligné que la compétence pénale risquait d'être exercée à l'égard d'un représentant étranger à des fins politiques ou sans que les garanties procédurales soient suffisamment respectées. Pour les délégations en question, pour parer à ces risques, il fallait créer les mécanismes procéduraux voulus ; quelques autres ont souligné qu'il importait d'examiner les aspects procéduraux de l'immunité. Enfin, presque tous les États ayant participé au débat ont insisté sur l'importance du sujet en général et celle de la question des limites et exceptions en particulier.

32. Les opinions exprimées par les délégations attestent le caractère controversé du sujet qui, de plus, concerne des catégories fondamentales du droit international contemporain et touche des intérêts d'une importance majeure pour les États.

33. La Rapporteuse spéciale rappelle qu'à la session précédente de la Commission, M. McRae a exactement défini les difficultés soulevées par la question des limites et exceptions à l'immunité, en particulier en ce qui concerne le rôle à assigner à la *lex lata* et à la *lex ferenda*, et le poids

[199] Décision du 15 mars 2016 de la Cour suprême d'appel sud-africaine (*Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*) faisant suite à l'appel formé par le Gouvernement sud-africain contre l'arrêt rendu par la Haute Cour d'Afrique du Sud (Division de Gauteng, à Pretoria) le 24 juin 2015 dans l'affaire *Southern African Litigation Centre v. Minister of Justice And Constitutional Development and Others*.

relatif à accorder à la codification et au développement progressif dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet[200]. À la session en cours, il incombe à la Commission de répondre à la question soulevée à cette occasion par M. McRae, à savoir si elle entend s'inscrire dans la tendance en train de se faire jour que la Rapporteuse spéciale a identifiée ou y mettre fin.

34. En ce qui concerne les travaux futurs sur le sujet, la Rapporteuse spéciale indique qu'elle a l'intention de tenir des consultations informelles durant la seconde partie de la session pour étudier divers aspects procéduraux du sujet, et elle se propose pour cela de distribuer le moment venu un bref document de travail. Elle présentera son sixième et dernier rapport à la soixante-dixième session de la Commission, afin que les débats sur le sujet puissent s'achever et qu'un projet d'articles puisse être adopté en première lecture à cette session.

35. M. PARK dit que la question des limites et exceptions à l'immunité est l'un des aspects les plus complexes des travaux de la Commission sur le sujet. Cette question est particulièrement importante pour la République de Corée, dont le droit interne lui permet d'exercer sa compétence pénale à l'égard de tous les étrangers ayant commis des crimes internationaux graves hors de son territoire qui sont présents sur celui-ci, quelle que soit leur qualité officielle. On ne sait toutefois pas avec certitude si les représentants de haut rang jouissent ou non de l'immunité de cette juridiction car les tribunaux n'ont encore jamais connu de telles affaires. Dans ce contexte, les travaux de la Commission sont très importants.

36. À la session précédente, si plusieurs membres ont appuyé la proposition de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la commission de crimes internationaux constituait une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État fondée en droit international coutumier, d'autres ont estimé qu'une telle exception n'existait pas. M. Park dit qu'il considère quant à lui que les travaux sur le sujet doivent tenir compte tant du développement progressif que de la codification du droit international. Le mandat de la Commission consiste à déterminer quel est le droit international positif pour ensuite décider dans quelle mesure il est nécessaire d'y ajouter des dispositions *de lege ferenda*. À cet égard, le point de départ des travaux de la Commission est le droit international positif. La Commission doit, lorsqu'elle examine le sujet, premièrement établir quelles sont les règles pertinentes de ce droit puis prendre la *lex ferenda* en considération. S'agissant de la *lex ferenda* de l'immunité, elle doit surtout se soucier de la protection des droits de l'homme. Au final, le projet d'articles doit réaliser un équilibre entre *lex lata* et *lex ferenda* et il est important de ne pas confondre l'une et l'autre.

37. Au paragraphe 184 de son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale conclut qu'elle dispose de suffisamment d'éléments pour affirmer qu'il existe une norme coutumière selon laquelle les crimes internationaux constituent une limite ou exception à l'immunité. Elle fait valoir qu'il en est ainsi parce qu'il n'y a pas de pratique cohérente contre la non-applicabilité de cette immunité. L'immunité des représentants de l'État étant reconnue, en principe, en droit international, il importe de déterminer s'il existe une pratique cohérente en faveur de limites ou d'exceptions. La Rapporteuse spéciale ne semble pas avoir réussi à justifier sa conclusion en ce sens ; des recherches plus approfondies doivent donc être menées pour étayer cette conclusion.

38. M. Park dit qu'il souscrit de manière générale à l'analyse de la Rapporteuse spéciale figurant aux paragraphes 236 à 242 du rapport à l'examen. Il n'est toutefois pas d'accord avec son évaluation de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, dont elle déduit une tendance à ne pas reconnaître l'immunité des représentants de l'État lorsque ceux-ci ont commis des actes de torture, alors que cette décision a trait à une procédure civile. Pour M. Park, la Cour n'est pas allée jusqu'à reconnaître dans la torture un motif légitime de refus de l'immunité mais a simplement relevé une tendance en ce sens dans l'évolution du droit international, sans reconnaître l'existence d'une règle autorisant une limite ou exception à l'immunité. Il serait plus judicieux de conclure que la Cour considère qu'une limite ou exception dans le contexte de la torture relève de la *lex ferenda*.

39. M. Park estime que la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas vu dans la violation d'une norme du *jus cogens* un motif légitime de refus de l'immunité. La Rapporteuse spéciale tend quant à elle, au paragraphe 187 de son rapport, à minimiser l'importance des décisions de ces juridictions, arguant qu'elles concernent l'immunité de l'État non celle des représentants de l'État, et qu'elles ne peuvent être considérées que comme un « moyen auxiliaire » de détermination de l'existence d'une pratique qui, accompagnée d'une *opinio juris*, permettrait de conclure à l'existence d'une norme coutumière, mais ne sauraient en aucun cas remplacer les tribunaux nationaux dans la formation de la coutume.

40. La Rapporteuse spéciale ne donne aucune explication convaincante de la raison pour laquelle les limites ou exceptions à l'immunité des représentants de l'État doivent être distinguées des limites ou exceptions à l'immunité de l'État. Ces deux immunités sont procédurales et ont toutes deux pour objet de protéger l'égalité souveraine des États.

41. Il ne faut pas sous-estimer la valeur des décisions judiciaires comme moyens auxiliaires au sens du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ces décisions sont des preuves importantes de la formation du droit international coutumier. Dans certains cas, il peut être plus pertinent d'examiner des décisions de la Cour internationale de Justice que de recenser la pratique de certains États.

42. M. Park dit que lui-même considère qu'il est difficile de conclure de manière définitive qu'il existe une limite ou exception à l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État fondée sur la commission de crimes internationaux graves ou de crimes liés à la corruption. Étant donné cette incertitude, il serait préférable de considérer qu'une telle limite ou exception relève de

[200] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3331e séance, p. 382, par. 53 et 54.

la *lex ferenda*. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure la *lex ferenda* a sa place dans les travaux de la Commission sur le sujet. Trois observations peuvent être faites à cet égard.

43. Premièrement, on ne peut plus nier, au XXIe siècle, que la protection des personnes contre les violations généralisées et graves des droits de l'homme est en train de devenir une valeur essentielle de la communauté internationale. À cet égard, M. Park dit qu'il souscrit pleinement à la position prise par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 191 à 205 de son rapport.

44. Deuxièmement, M. Park appuie la deuxième approche mentionnée au paragraphe 157 du rapport à l'examen en ce qui concerne la relation entre les juridictions internationales et les tribunaux internes. Lorsque l'on prend en compte le développement du droit pénal international, il faut également se pencher sur le système de l'immunité devant les tribunaux internes. Une tendance croissante se manifeste dans le monde entier en faveur de la protection des droits de l'homme et de la lutte contre l'impunité ; le régime de l'immunité ne doit donc pas faire obstacle à la protection des intérêts communs de la communauté internationale. La Commission doit dans ses travaux tenir compte de ce facteur *de lege ferenda*.

45. Troisièmement, une modification de la portée de l'immunité fonctionnelle, l'immunité *ratione materiae*, de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est inévitable et n'irait pas à l'encontre de la doctrine contemporaine, de la même manière que l'immunité de l'État, jadis considérée comme absolue, est en passe de devenir relative. Cette tendance a été confirmée non seulement par les législations nationales, par exemple en Belgique, aux Pays-Bas et en Espagne, mais aussi par la doctrine des publicistes. Ce changement est notamment illustré par la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, adoptée par l'Institut de droit international en 2009[201]. Le paragraphe 1 de l'article III de cette résolution l'indique clairement : « Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux. »

46. S'agissant du projet d'article 7, M. Park dit qu'il appuie la décision de la Rapporteuse spéciale de ne pas employer les mots « limites » ou « exceptions » dans le titre mais d'utiliser une formule rappelant celle employée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, à savoir « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité ». Le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées sont tous des crimes internationaux graves et constituent donc des limites ou exceptions à l'immunité. Les disparitions forcées, bien que la pratique des États soit plus limitée en la matière, méritent de figurer dans la liste parce qu'elles sont aujourd'hui considérées comme un crime contre l'humanité. M. Park dit qu'il est d'accord avec les membres de la Commission qui ont déclaré en 2016 qu'il aurait fallu mentionner le crime d'agression au paragraphe 1 *a*, parce qu'il s'agit d'une violation de normes du *jus cogens*. Par contre, il n'y a pas suffisamment d'éléments pour justifier le maintien des crimes liés à la corruption dans le projet d'article, puisque aucune des conventions visant à lutter contre la corruption ne contient de disposition expresse sur l'absence d'immunité en la matière. S'agissant du paragraphe 1 *c*, du fait de la large acceptation de l'exception territoriale, on peut considérer qu'elle existe en droit international contemporain.

47. Pour ce qui est du paragraphe 2, il faut effectivement distinguer l'immunité *ratione personae* de l'immunité *ratione materiae*. Si la Commission devait conclure qu'une personne jouissant de l'immunité *ratione materiae* renonce à cette immunité dès lors qu'elle commet certains crimes graves, cela aura indubitablement une influence sur d'autres régimes d'immunité, comme celui des diplomates, que la Commission a exclus du champ d'application du projet d'articles.

48. Lorsqu'elle établit une liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, la Commission doit mettre en balance *lex lata* et *lex ferenda*. Les intérêts de la communauté internationale risquent d'être compromis si elle ne prévoit pas une réponse du droit international dans le cas où des représentants de l'État commettent des actes de génocide, des crimes contre l'humanité ou d'autres actes violant des normes du *jus cogens*. Aucun criminel ne doit pouvoir se dissimuler derrière l'écran de l'immunité que le droit international confère aux États et en ce qui concerne leurs actes officiels.

49. Sir Michael WOOD dit que son opinion est différente de celle de la Rapporteuse spéciale sur nombre des principaux points que celle-ci vient de commenter. Il souscrit dans une large mesure aux déclarations judicieuses faites par M. Huang et M. Singh à la session précédente. Il rappelle que l'année précédente la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'il pourrait être profitable d'étudier les aspects procéduraux de l'immunité en même temps que les exceptions. Il est donc regrettable que la Commission n'ait pas encore reçu son sixième rapport, qui doit porter sur les aspects procéduraux de l'immunité et les garanties procédurales des droits des représentants de l'État assujettis à la juridiction pénale étrangère. Les questions procédurales sont d'une importance fondamentale et sont étroitement liées aux exceptions. Comme l'examen des unes et des autres doit aller de pair, il est impossible de se prononcer en connaissance de cause sur d'éventuelles exceptions à la session en cours.

50. Le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur le cinquième rapport a été éclairant. Il a montré que les États attendent de la Commission qu'elle fasse preuve d'une prudence particulière et distingue entre les règles existantes du droit international et les propositions de nouvelles règles juridiques. Une telle distinction est particulièrement importante pour les États dont les tribunaux appliquent directement les règles du droit international coutumier en vigueur. Sir Michael Wood appelle à cet égard l'attention sur les paragraphes 51 et 52 du résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par

[201] Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 à 230. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale[202].

51. Commentant de manière générale la méthodologie employée pour le sujet à l'examen et en particulier la question des exceptions, l'orateur souligne que les immunités jouent un rôle vital dans les relations internationales. Elles sont prévues par des règles fondamentales établies de longue date du droit international, et tenter de les limiter ou de les supprimer ferait courir des risques considérables à l'ordre international et aux relations pacifiques entre les États. La Commission doit donc s'efforcer de réaliser l'équilibre voulu entre la nécessité de punir les auteurs d'infractions et celle de respecter l'égalité souveraine des États. Il faut pour ce faire commencer par distinguer nettement droit positif et *lex ferenda*. Ne pas le faire créerait la confusion et risquerait d'aboutir à des abus et des violations du droit positif, ce qui risquerait de susciter de graves tensions entre les États. Il serait irresponsable pour la Commission d'alimenter de telles tensions.

52. Deuxièmement, un équilibre peut aussi être réalisé par la mise en place des garanties procédurales voulues contre l'invocation abusive ou arbitraire des éventuelles exceptions aux immunités. Il serait pour cette raison utile de connaître l'avis de l'actuelle Rapporteuse spéciale sur le contenu des alinéas *a*, *e*, *f*, *g*, *h* et *i* du paragraphe 61 du troisième rapport, qui a été bien accueilli, de son prédécesseur[203], et sur les conclusions de celui-ci sur la renonciation, qui sont tous bien étayés et étroitement liés aux éventuelles exceptions. Les États souhaitent vivement que de telles garanties soient en place pour éviter les effets préjudiciables des poursuites politiquement motivées.

53. L'orateur dit que sa première observation générale sur le cinquième rapport est que des documents très utiles sont déjà disponibles sur les questions dont il traite, par exemple le mémorandum du Secrétariat[204], les rapports du premier Rapporteur spécial, en particulier le deuxième[205], et les comptes rendus analytiques des débats tenus à la Commission du droit international[206] et à la Sixième Commission en 2011 et en 2016. Le cinquième rapport ne doit pas être lu isolément.

54. La deuxième observation générale est que, bien que la section I.A du cinquième rapport soit intitulée « Généralités », elle ne contient pas de généralités quant au fond. La liste de publications sur le sujet figurant dans la note de bas de page appelée à la fin de la première phrase du paragraphe 12 est hautement sélective. Les résolutions de l'Institut de droit international mentionnées dans ce même paragraphe sont controversées et n'ont pas été très bien accueillies par les États. Chacune des décisions judiciaires mentionnées porte sur des points très différents. En d'autres termes, aucun des éléments cités dans le rapport n'est réellement utile à la Commission.

55. La section I.B du rapport ne tient pas compte du fait que les rapports précédents de la Rapporteuse spéciale ont été vigoureusement contestés au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission. L'orateur estime par exemple que la Rapporteuse spéciale n'a pas tenu compte de sa propre position selon laquelle les valeurs et principes juridiques qui sont touchés par l'immunité mentionnés par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire étaient vagues et totalement subjectifs et ne pouvaient donc servir de base à un travail sérieux. Une analyse claire de l'ensemble de la pratique pertinente des États en relation avec chaque exception aurait été plus utile que des explications éparpillées dans l'ensemble du rapport à l'examen.

56. Troisièmement, l'orateur dit que, bien qu'il n'entende pas commenter dans le détail la multitude des questions théoriques soulevées dans le cinquième rapport car elles n'ont guère d'importance pour les décisions que la Commission devra prendre, son silence ne doit pas être interprété comme signifiant qu'il est d'accord avec la Rapporteuse spéciale.

57. L'une de ces questions est la distinction entre limites et exceptions. Selon la Rapporteuse spéciale, les limites sont liées à des éléments normatifs, alors que les exceptions sont définies par des éléments externes. La signification concrète de cette distinction n'est toutefois pas claire, peut-être en raison de la terminologie utilisée dans le rapport. Bien que la Rapporteuse spéciale semble songer à ce que son prédécesseur avait tout simplement qualifié d'exceptions et d'absence d'immunité, elle a une conception beaucoup plus large des « exceptions ». Selon elle, le respect des valeurs et des principes juridiques du droit international dans son ensemble et la nécessité d'éviter des effets indésirables dans certains domaines du droit international devraient constituer le point de départ de la définition des exceptions à l'immunité. Une approche aussi subjective ne constitue assurément pas une base solide pour établir la *lex lata* ou proposer de nouvelles règles juridiques.

58. La Rapporteuse spéciale fait valoir que, puisque aux fins du projet d'articles il était inutile de maintenir une distinction entre limites et exceptions qui n'existait guère en pratique, les unes et les autres pouvaient être désignées par le terme général de « non-application des immunités ». Or une telle approche ne doit être suivie que si la Commission ne peut s'entendre sur la manière de distinguer les limites des exceptions. Pour l'orateur, une telle distinction est possible et, pour cette raison, il préférerait que les unes et les autres ne soient pas envisagées dans la même disposition.

59. Les deux arguments avancés dans le rapport à l'appui du paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, à savoir qu'il reflète une règle existante du droit international coutumier et qu'il existe une tendance majoritaire en faveur d'une telle règle, sont incohérents et tous deux contestables. L'orateur dit qu'il souscrit par contre à la conclusion

[202] A/CN.4/703, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[203] *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin).

[204] Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie).

[205] Rapports du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin : *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[206] Voir *Annuaire… 2011*, vol. I, et *Annuaire… 2016*, vol. I.

figurant au paragraphe 90 du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, dont la Rapporteuse spéciale prend note au paragraphe 16 du rapport à l'examen, à savoir qu'il n'existe aucune norme coutumière ni aucune tendance à l'émergence d'une telle norme, ce qui permet d'affirmer qu'il n'y a pas d'exceptions à l'immunité, parce qu'en fait il n'y a pas de pratique générale établissant de telles exceptions ni de preuves suffisantes de leur acceptation comme étant le droit.

60. L'orateur dit qu'il s'attendait à ce que la Rapporteuse spéciale propose que la Commission recommande aux États d'envisager, dans le cadre de l'Assemblée générale, d'adopter des règles conventionnelles, accompagnées des garanties procédurales essentielles, consacrant certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* en tant que nouvelles règles de droit que les États pourraient adopter, modifier ou rejeter. Il indique qu'il n'aurait pas été opposé à travailler sur une telle proposition de nouvelles règles juridiques. Or la Rapporteuse spéciale semble affirmer dans son cinquième rapport que de telles exceptions sont ou peuvent déjà être des règles coutumières, alors qu'en 2016 de nombreux États ont, à la Sixième Commission, souligné que tel n'était pas le cas. La méthodologie utilisée dans le cadre de l'analyse figurant aux paragraphes 181 à 189 et les éléments de preuve qui y sont invoqués ne sont donc pas convaincants.

61. Quant à la méthodologie, la Rapporteuse spéciale entend invoquer des éléments tirés de travaux antérieurs de la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », mais l'approche qu'elle adopte ne correspond guère à cette intention. Un examen des divers éléments mentionnés montre qu'ils n'étayent pas sa thèse. Le jugement rendu dans l'affaire *Bouterse* a été infirmé par la Cour suprême des Pays-Bas et l'affaire *Hailemariam* semble dénuée de pertinence puisqu'elle concerne un ressortissant éthiopien.

62. Quant aux principaux arguments en faveur de l'existence d'une exception à l'immunité dans le cas des crimes internationaux en tant que règle du droit international coutumier, la Rapporteuse spéciale argue qu'il existe une tendance en faveur d'une telle exception dans la jurisprudence des tribunaux internes, bien qu'elle n'apporte aucune preuve de l'existence d'une telle tendance et contredise cette affirmation au paragraphe 220 du rapport à l'examen, où elle relève qu'il n'y a guère de pratique. Elle affirme également que les lois nationales ont progressivement consacré cette exception, mais les paragraphes 42 et 44 contredisent cette affirmation. Les lois d'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont d'une pertinence douteuse, puisqu'elles ont en principe été adoptées uniquement aux fins de ce traité. La Rapporteuse spéciale semble également faire fond sur la conclusion de traités réprimant certains comportements et prévoyant la responsabilité pénale individuelle. Mais, comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, de tels traités ne touchent aucunement les immunités en droit international coutumier. À cet égard, l'orateur appelle l'attention sur les conclusions de la Cour figurant au paragraphe 59 de son arrêt du 14 février 2002, dans lequel elle déclare 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 ».

63. La Rapporteuse spéciale cherche à renforcer l'exception qu'elle propose en faisant figurer dans son rapport une section, la section IV.A.2, sur ce qu'elle appelle le fondement systémique de cette exception. Cette section, qui semble simplement présenter divers arguments en faveur de l'exception, n'est absolument pas convaincante et est inutile pour déterminer la *lex lata*. Sa présence même dans le rapport montre déjà que la Rapporteuse spéciale n'est pas convaincue que l'exception en question fasse partie du droit international coutumier. De plus, un véritable fondement systémique ne se limiterait pas aux arguments en faveur de l'exception, comme le fait le rapport, mais développerait et étudierait également les arguments contre cette exception pour s'efforcer ensuite de mettre les uns et les autres en balance.

64. Le paragraphe 1 *b* du projet d'article 7 propose une limite ou exception en ce qui concerne ce que la traduction française qualifie de « crimes liés à la corruption ». Le libellé du texte anglais est similaire, alors que l'expression utilisée en espagnol est *los crímenes de corrupción*. Trois observations générales peuvent être faites à cet égard.

65. Premièrement, même en espagnol, l'expression « [*l*]*os crímenes de corrupción* » est extraordinairement vague. Quelle relation une infraction doit-elle entretenir avec la corruption pour être couverte par l'exception proposée ? Quelles sont les infractions couvertes par le texte espagnol ? Comprennent-elles la concussion, les détournements de fonds, les malversations, l'abus de fonctions, l'enrichissement illicite et le blanchiment de capitaux ? Peut-être n'est-il toutefois pas nécessaire de se pencher sur ces questions, parce que l'exception ainsi proposée ne semble pas être très sérieuse. Il n'y a absolument aucune raison, aux fins du présent sujet, de distinguer les crimes liés à la corruption de tous les autres crimes transnationaux.

66. Deuxièmement, l'orateur dit qu'il croit comprendre que la Rapporteuse spéciale ne considère pas ce projet d'alinéa comme relevant de la *lex lata*. C'est ce qui ressort du paragraphe 234 du rapport, dans lequel elle indique simplement qu'« il pourrait être opportun » d'inclure une disposition indiquant que la corruption constitue « une limite ou une exception » – ce qui implique logiquement qu'il pourrait ne pas être opportun de le faire.

67. Troisièmement, la Rapporteuse spéciale semble considérer que les crimes liés à la corruption peuvent constituer une « limite » à l'immunité *ratione materiae* ou une exception à cette immunité. Il convient d'être clair à cet égard. S'il s'agit d'une limite, ces crimes ne seront pas couverts par le paragraphe 1 du projet d'article 6[207] et ne bénéficieront donc pas de l'immunité *ratione materiae*.

[207] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 229 (projet d'article 6).

S'il s'agit d'une exception, il sera nécessaire de démontrer qu'une telle exception existe en droit international coutumier ou qu'il existe une bonne raison de distinguer ces crimes de tous les autres crimes transnationaux.

68. À l'appui du paragraphe 1 *b* du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale cite au paragraphe 37 de son cinquième rapport plusieurs conventions réprimant la corruption. Or aucun de ces instruments n'étaye l'idée que les crimes de corruption constituent « une limite ou une exception ». L'orateur appelle à cet égard l'attention, à titre d'exemple, sur une note interprétative concernant l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatif à la répression de la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Cette note est ainsi libellée : « Cet article n'a pas pour objet de porter atteinte aux immunités dont les agents publics étrangers ou les fonctionnaires d'organisations internationales publiques peuvent jouir conformément au droit international[208]. »

69. Le paragraphe 1 *c* du projet d'article 7 concerne une éventuelle exception territoriale. Cette question a été soigneusement examinée dans le deuxième rapport de M. Kolodkin et dans le mémorandum de 2008 du Secrétariat. Une telle exception peut assurément être envisagée, bien qu'elle soit controversée, et la Commission devra examiner des questions additionnelles qui ne sont pas envisagées dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, y compris des questions procédurales. À la session précédente, M. Singh a relevé toute une série d'omissions, comme celle des activités militaires[209] ; l'orateur dit qu'il souscrit à ce qu'a dit M. Singh à cette occasion.

70. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 rend compte de la pratique existante et ne devrait pas susciter de débat au sein de la Commission. Toutefois, afin d'exprimer plus clairement l'idée importante qui y figure, il pourrait être préférable de supprimer ce paragraphe et de préciser simplement dans le titre et le texte du projet d'article que l'ensemble de cette disposition ne s'applique qu'à l'immunité *ratione materiae*.

71. Le paragraphe 3 du projet d'article 7 soulève plusieurs questions. On voit mal par exemple pourquoi l'alinéa *a* est limité aux traités en vertu desquels l'immunité ne serait pas applicable et non aux traités en vertu desquels l'immunité serait applicable, et le type de tribunal envisagé à l'alinéa *b* n'est pas clair.

72. S'agissant des travaux futurs sur le sujet, il est difficile de voir la direction que prendront ces travaux tant que la Commission ne parviendra pas à un accord sur la question de savoir s'il convient d'inclure des exceptions à l'immunité *ratione materiae* et, dans l'affirmative, sur quel fondement – *de lege lata* ou *de lege ferenda*. Ce n'est qu'alors qu'il sera possible d'envisager de manière constructive ce que doivent être ces exceptions. L'orateur dit qu'ainsi qu'il l'a expliqué, il ne considère pas que la principale proposition figurant dans le cinquième rapport, à savoir le paragraphe 1 du projet d'article 7, puisse servir de base à un accord. Il n'existe dans la pratique actuelle des États aucun fondement en faveur d'une exception pour les « crimes internationaux », ni aucune raison de distinguer les crimes liés à la corruption. Pour l'orateur, il ne serait pas légitime au stade actuel, sur la base du rapport à l'examen, de proposer un texte comme le paragraphe 1 du projet d'article 7, même *de lege ferenda*.

73. L'orateur dit que pour toutes ces raisons, et comme certains des membres ayant participé au débat l'année précédente, il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

74. Il serait utile de faire une pause et de voir où en est la Commission dans ses travaux sur le sujet. Elle a adopté quatre projets d'article et un paragraphe d'un autre, ainsi que des commentaires relativement longs. En 2015, le Comité de rédaction a provisoirement adopté deux nouveaux projets de disposition, que l'on peut présumer que la Commission adoptera à la session en cours accompagnés de commentaires. L'orateur dit qu'il attend avec intérêt les propositions de la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne ces commentaires et qu'il est persuadé que les membres de la Commission auront suffisamment de temps pour les examiner soigneusement, peut-être même dans le cadre d'un groupe de travail, avant qu'il leur soit demandé de les adopter en plénière.

75. La Commission doit également revenir sur certains des projets d'article déjà adoptés pour en assurer la cohérence, y compris terminologique. Cette tâche incombe au Comité de rédaction, qui doit également achever ses travaux sur certains des projets d'article qui lui ont déjà été renvoyés, en particulier sur certaines des définitions proposées dans le projet d'article 2.

76. Il existe des incohérences et des incertitudes terminologiques dans les textes adoptés à ce jour par la Commission, et l'orateur dit qu'il espère que celle-ci aura la possibilité de revenir sur ces textes avant d'achever la première lecture. Par exemple, ce que l'on entend par « immunité de juridiction » n'a pas encore été expliqué. Particulièrement importante en pratique serait la question de savoir si cette expression inclut, comme elle le doit assurément, l'inviolabilité de la personne, par exemple l'immunité d'arrestation et de détention. Peut-être la Commission reviendra-t-elle sur cette question en 2018, lorsqu'elle reviendra, comme il faut l'espérer, sur les aspects procéduraux du sujet, qui sont d'une importance fondamentale.

77. L'orateur indique qu'en fait, comme il l'a déjà dit, il ne voit pas comment la Commission peut sérieusement envisager des exceptions – sauf peut-être de manière totalement préliminaire – sans rien savoir des dispositions procédurales qui lui seront proposées. La Commission – et les États – doivent disposer d'un tableau d'ensemble. Par exemple, il ressort du paragraphe 245 du rapport à l'examen que la Rapporteuse spéciale n'a pas examiné ce qui est peut-être la principale et la moins controversée des exceptions, à savoir la renonciation. Traiter des exceptions sans envisager la renonciation reviendrait à brosser un tableau très incomplet. Il semble clair que le

[208] Voir Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies, 2012), p. 186. Disponible à l'adresse suivante : www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoires_-_UNCAC_F.pdf.

[209] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3331e séance, p. 379, par. 28.

Comité de rédaction ne peut traiter de manière définitive des questions soulevées par le projet d'article 7 tant que la Commission n'a pas reçu et examiné les propositions de la Rapporteuse spéciale sur les questions procédurales connexes, qui doivent être envisagées dans le sixième rapport, lequel ne sera disponible qu'en 2018.

78. En conclusion, Sir Michael Wood dit qu'il appartient maintenant à la Commission de décider comment poursuivre les travaux sur le sujet, à la lumière d'une nouvelle étude attentive et d'un rapport de la Rapporteuse spéciale sur les questions procédurales, ou au moins d'une indication de la mesure dans laquelle elle est d'accord avec ce qu'a écrit le précédent Rapporteur spécial sur ces questions dans son troisième rapport. Sir Michael Wood dit qu'ainsi qu'il l'a indiqué, il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction, mais qu'il attend avec intérêt les nouvelles consultations informelles que la Rapporteuse spéciale a proposé d'organiser ultérieurement sur la base d'un bref document de travail qu'elle présentera.

79. M. HMOUD dit qu'il croit comprendre que les membres qui ont fait des observations sur le sujet à la session précédente ont le droit de prendre de nouveau la parole, par exemple pour répondre à une question soulevée à la session en cours.

80. M. NGUYEN remercie la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport bien documenté. Bien qu'il dépasse la limite fixée pour le nombre de pages, sa longueur est acceptable étant donné la complexité et le caractère délicat du sujet à l'examen. L'analyse de la jurisprudence et l'évocation de la pratique des États concernant l'Asie devraient toutefois être étoffées. Par exemple, dans la section consacrée à la jurisprudence interne, une seule note de bas de page, la note appelée au paragraphe 110 après les mots « crimes internationaux », évoque l'affaire *Bo Xilai* dont a connu la Bow Street Magistrates' Court du Royaume-Uni concernant une demande de délivrance d'un mandat d'arrêt contre un ministre chinois du commerce. L'absence d'exemples tirés de la pratique régionale risque d'affaiblir les conclusions de la Rapporteuse spéciale sur les questions envisagées dans son rapport.

81. M. Nguyen dit que, comme d'autres orateurs, il estime qu'il faut réaliser un équilibre entre *lex lata* et *lex ferenda*, conformément au mandat de la Commission. De même, la nécessité de punir les auteurs de crimes internationaux doit être mise en balance avec le respect de la souveraineté de l'État.

82. L'orateur dit qu'il approuve les raisons données par la Rapporteuse spéciale pour ne pas employer les mots « limites » et « exceptions » au projet d'article 7. Toutefois, comme le titre et le contenu de ce projet d'article renvoient essentiellement à la notion d'« exception » et non à celle de « limite », la question des limites et des exceptions doit être clarifiée. L'orateur dit qu'il estime en particulier, comme d'autres membres de la Commission ayant pris la parole à la session précédente, que la Rapporteuse spéciale devrait clarifier la nature juridique des exceptions à l'immunité concernant les crimes énumérés au projet d'article 7. Au paragraphe 219 du rapport à l'examen, la Rapporteuse spéciale ne mentionne que deux catégories de crimes internationaux : la première comprend les crimes internationaux organisés comme la piraterie, la corruption et la traite d'êtres humains, et la seconde des crimes tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Or le paragraphe 1 du projet d'article 7 vise trois catégories de crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas : les crimes internationaux qui portent atteinte à des valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale, les crimes liés à la corruption et les crimes commis sur le territoire de l'État du for. Bien que l'apartheid soit mentionné au paragraphe 219 avec d'autres crimes internationaux comme le génocide, la raison pour laquelle il ne figure pas au projet d'article 7 n'est pas claire. Tous les crimes internationaux universellement reconnus comme tels et relevant de la juridiction internationale, y compris l'apartheid, devraient être visés au paragraphe 1 du projet d'article 7.

83. Le crime d'agression n'est pas visé au paragraphe 1 du projet d'article 7 pour les raisons exposées au paragraphe 222 du rapport à l'examen. La constatation d'un acte d'agression relève de la responsabilité et des attributions du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et de celles de l'Assemblée générale en cas de blocage au Conseil de sécurité. Aux termes de l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément aux dispositions pertinentes de la Charte. De plus, le crime d'agression est réprimé par l'article 16 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996[210]. Le crime d'agression doit donc relever de la juridiction internationale et non de la juridiction interne. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes de droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non réprimés par le droit interne. C'est pourquoi, compte tenu de ce qui précède, les représentants de l'État commettant un crime d'agression ne sauraient bénéficier de l'immunité devant les tribunaux internes. L'orateur dit qu'il est pour cette raison d'accord avec les membres qui, à la session précédente, ont proposé de faire figurer ce crime dans la liste des exceptions à l'immunité.

84. Le droit coutumier reconnaît généralement l'immunité *ratione personae* des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en toutes circonstances. C'est pourquoi, par souci de cohérence avec le paragraphe 2, l'expression « *ratione materiae* » devrait être insérée après le mot « immunité » au paragraphe 1 du projet d'article 7 pour indiquer clairement de quelle immunité il s'agit. Cet ajout refléterait également l'esprit du droit international et le traitement au plan interne des crimes commis par des représentants d'État étrangers, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. Le paragraphe 1 devrait prévoir la possibilité d'ajouter de nouveaux crimes internationaux universellement reconnus comme tels, punissables à ce titre et à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Certaines lois nationales, par exemple le Code pénal du Viet Nam adopté en 2015, prévoient que les questions touchant la responsabilité pénale et les exceptions à l'immunité doivent être réglées au cas par cas par la voie diplomatique.

[210] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

85. Parmi les diverses formes de criminalité internationale organisée, le paragraphe 1 *b* du projet d'article 7 ne mentionne que les crimes liés à la corruption, ce qui peut s'expliquer par la menace que ces crimes constituent pour le développement durable et la stabilité et la sécurité des sociétés et par la nécessité de donner la priorité à la lutte contre la corruption à tous les niveaux. Bien que 181 États soient devenus parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, les exceptions à l'immunité pour les crimes de corruption doivent être envisagées compte tenu de divers facteurs, tels que la nature économique des crimes en cause et le caractère – privé ou officiel – des actes concernés. Le commentaire devrait donner des éclaircissements quant à ces facteurs. L'explication figurant aux paragraphes 230 à 234 du rapport à l'appui de l'inclusion des crimes liés à la corruption devrait être développée. À cet égard, la note de bas de page appelée au paragraphe 230 après les mots «refuser l'immunité» n'étaye pas l'affirmation générale selon laquelle la réaction des tribunaux nationaux a généralement été de refuser l'immunité ; davantage d'exemples tirés de la pratique des États sont nécessaires pour étayer cette affirmation. Il convient en outre de noter que l'article 4 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatif à la protection de la souveraineté, comprend des dispositions sur l'égalité souveraine des États et la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. L'alinéa du projet d'article visant les crimes liés à la corruption devrait énoncer l'obligation de ne pas porter atteinte à la souveraineté et de ne pas s'ingérer dans les affaires intérieures des autres États.

86. L'orateur dit que, bien qu'il appuie la notion d'exception territoriale consacrée au paragraphe 1 *c* du projet d'article 7, il doute qu'il soit approprié d'utiliser la conjonction «ou» avant les mots «aux biens» dans le membre de phrase «Les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens». Cette conjonction risque de donner à penser que, bien que les crimes en question ne portent atteinte qu'aux biens, les représentants de l'État renoncent à leur droit d'invoquer l'immunité. En réalité, les crimes graves portent préjudice à la fois aux personnes et aux biens, et l'ampleur du préjudice devrait être précisée.

87. En conclusion, M. Nguyen recommande le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 30.

3361e SÉANCE

Vendredi 19 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. M. TLADI félicite la Rapporteuse spéciale pour son rapport fouillé et bien documenté. Toutefois, étant donné que la Commission a adopté provisoirement des projets d'article sur la définition de l'immunité et opéré une distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, le chapitre III semble entièrement superflu. Dans ce rapport, la Rapporteuse spéciale accorde trop d'attention à des décisions de la Cour internationale de Justice déjà débattues *ad nauseam* par la Commission. Elle fait la part trop belle à des questions marginales que la Commission a considérées comme étant hors sujet, notamment les questions de l'immunité de juridiction civile, de l'immunité de l'État en tant que tel et de l'immunité découlant de certains instruments et de la jurisprudence de tribunaux internationaux. M. Tladi convient cependant avec la Rapporteuse spéciale que la question des exceptions et des limites est importante, voire peut-être cruciale s'agissant du sujet à l'examen.

3. Ni la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, ni la Convention de Vienne sur les relations consulaires, examinées au chapitre II du rapport, n'intéressent directement le sujet. Le projet d'article 1[211], déjà adopté à titre provisoire, dispose que le projet d'articles est sans préjudice des règles spéciales applicables aux agents diplomatiques et consulaires, entre autres. Il établit en outre clairement que le projet de la Commission ne s'applique qu'aux procédures pénales, si bien que la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention européenne sur l'immunité des États, citées au paragraphe 28 à l'appui de l'exception territoriale, ne sont ni l'une ni l'autre pertinentes.

4. Au paragraphe 29 du rapport, dans ce qui semble être une tentative d'étendre l'exception territoriale à la sphère pénale, la Rapporteuse spéciale se réfère au paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 12 du projet d'articles de la Commission sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[212]. Or rien dans le libellé de

---

[211] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 (projet d'article 1).

[212] Voir *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 46 et 47 (paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 12).

ce commentaire ne justifie une telle extension. Le paragraphe en question se borne à rappeler que, si le projet d'article 12 vise essentiellement les dommages dus à la négligence, rien n'empêche qu'il soit appliqué à des dommages intentionnels. L'hypothèse de la Rapporteuse spéciale, pour qui ce paragraphe emporte une extension de l'exception territoriale à la juridiction pénale, repose sur le postulat erroné selon lequel les dommages intentionnels relèvent exclusivement de la procédure pénale.

5. Au paragraphe 225 du rapport, la Rapporteuse spéciale indique que l'exception territoriale a été incorporée « dans toutes les législations nationales régissant l'immunité, à l'exception de celle du Pakistan ». Premièrement, les instruments mentionnés dans le rapport portent tous sur l'immunité de l'État lui-même. Deuxièmement, l'assertion en question est inexacte étant donné que la loi sud-africaine sur les immunités et privilèges diplomatiques, qui régit aussi l'immunité d'agents n'ayant pas la qualité de diplomate, ne prévoit pas une telle exception.

6. Sauf erreur, certaines des affaires mentionnées à la note de bas de page appelée dans la dernière phrase du paragraphe 227 après les mots « État étranger » concernent des procédures civiles et non pénales. Par exemple, dans l'affaire *Letelier v. Republic of Chile*, l'unique personne condamnée au pénal était un national des États-Unis d'Amérique qui ne bénéficiait pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux de son pays. Fait plus important, cette affaire portait sur l'exécution d'un jugement frappant des biens du Gouvernement chilien, autrement dit sur une question de droit civil. L'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, dans laquelle le point de droit essentiel était celui de l'immunité de l'État, concerne elle aussi une procédure civile. Quant à l'affaire *Jiménez v. Aristeguieta* et al., également citée à la note susmentionnée, rien n'indique clairement qu'elle étaye l'existence d'une exception à l'immunité puisque le tribunal a considéré en l'espèce que le demandeur n'avait pas agi en qualité de représentant de l'État.

7. L'affaire *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, mentionnée elle aussi à la même note de bas de page, semble pertinente en ce qu'elle vise un agent public et ne concerne pas une procédure civile. Cette affaire est compliquée mais, pour autant que M. Tladi puisse en juger, elle n'étaye pas l'hypothèse de l'exception territoriale. Il aurait été utile que la Rapporteuse spéciale explique brièvement en quoi chacune de ces affaires ou du moins certaines d'entre elles étayent les arguments qu'elle avance.

8. Au paragraphe 33 du rapport, la Rapporteuse spéciale mentionne un ensemble de traités relatifs aux crimes fondamentaux en droit international et cite certaines de leurs dispositions. Lors de l'examen du troisième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704), la plupart des membres de la Commission ont cependant estimé que, de manière générale, ces dispositions portaient sur la question de la responsabilité et, par conséquent, n'emportaient pas la levée des immunités procédurales attachées à la personne.

9. La Rapporteuse spéciale indique en outre que les agents de l'État sont visés par la définition de la torture énoncée dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toutefois, conformément à la Convention, l'État qui a la compétence territoriale a l'obligation première de poursuivre les actes de torture, y compris ceux commis par ses propres représentants, lorsque les immunités prévues par le droit international ne s'appliquent pas. Le simple fait que cette convention fasse référence aux agents de l'État ne permet donc pas de conclure qu'elle exclut l'immunité.

10. Au paragraphe 37 du rapport, la Rapporteuse spéciale semble suggérer que plusieurs conventions réprimant la corruption excluent l'immunité, ce qui n'est absolument pas le cas. Une lecture correcte de ces conventions montre tout au plus qu'elles sont conformes au droit international relatif aux immunités. S'il est vrai qu'il est fait mention, à l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, du fait d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger un avantage indu, cette disposition prévoit l'engagement de poursuites, non pas contre « l'agent public étranger », mais contre le ressortissant de l'État concerné. De plus, au paragraphe 2 du même article, les États parties sont simplement invités à « envisager » de conférer le caractère d'infraction pénale au fait, pour un agent public étranger, de solliciter ou d'accepter un avantage indu, ce qui semble indiquer qu'il pourrait y avoir un obstacle juridique à l'engagement de poursuites contre des agents publics étrangers, notamment lorsqu'ils sont originaires d'États qui ne sont pas parties à la Convention. En tout état de cause, il est précisé dans une note interprétative relative à l'article 16 que cette disposition ne porte pas atteinte aux règles du droit international relatives aux immunités.

11. Comme Sir Michael Wood, M. Tladi doute que la jurisprudence de tribunaux nationaux mentionnée à la note de bas de page appelée dans le paragraphe 230 après les mots « refuser l'immunité » soit propre à étayer l'argument de la Rapporteuse spéciale. D'un point de vue méthodologique, peut-être aurait-il mieux valu exposer plus en détail ces affaires pour permettre à la Commission de formuler un avis, car de brèves références dans une note de bas de page ne facilitent pas un débat approfondi.

12. Les seules conclusions qui peuvent être tirées de la pratique conventionnelle évoquée dans le rapport sont les suivantes : cette pratique ne fait apparaître aucune exception aux règles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; une pratique abondante fait apparaître des exceptions en ce qui concerne l'immunité des États eux-mêmes, mais ces exceptions n'ont pas nécessairement d'incidence sur l'immunité des représentants de l'État ; les exceptions qui ont été établies concernant l'immunité de ces derniers ont trait à la juridiction civile.

13. Le paragraphe 44 traite des lois internes régissant l'immunité de juridiction, dans lesquelles la Rapporteuse spéciale inclut la loi sud-africaine relative aux immunités des États étrangers. Or cette loi ne concerne pas du tout l'immunité des représentants de l'État. S'il est vrai que, comme indiqué dans le rapport, il est fait mention des chefs d'État dans cette loi, c'est uniquement dans la mesure où ils personnifient l'État. Une loi sud-africaine s'applique effectivement à certains représentants de l'État : c'est la loi relative aux immunités et privilèges qui, en dépit de

son intitulé, porte non seulement sur les diplomates, mais aussi sur d'autres représentants de l'État, notamment les chefs d'État eux-mêmes (immunité *ratione personae*). À cet égard, il est intéressant de relever que cette loi ne prévoit pas d'exceptions à l'immunité. Quant aux textes législatifs exposés par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 47 à 53 du rapport, M. Tladi croit comprendre que la loi des États-Unis d'Amérique relative aux immunités souveraines étrangères et la loi canadienne sur l'immunité des États s'appliquent toutes deux essentiellement à l'immunité des États eux-mêmes et ce, dans le contexte de la procédure civile et non de la procédure pénale.

14. La section du rapport consacrée à la jurisprudence internationale est inutilement longue, d'autant que la plupart des questions couvertes, en particulier celles qui ont trait à l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et à l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, ont déjà été examinées dans le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale[213]. Qui plus est, la plupart des points mis en relief aux paragraphes 61 à 71 en ce qui concerne l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* sont sans rapport avec la question des exceptions. Les questions de la relation entre immunité et impunité et de l'existence d'un autre procédé pour déterminer la responsabilité pénale de la personne, traitées aux paragraphes 63 à 67, n'apportent aucun élément sur les exceptions à l'immunité. L'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh, à laquelle M. Tladi souscrit, porte sur la question de savoir si le ministre des affaires étrangères devrait bénéficier de l'immunité *ratione personae*, question que la Commission a déjà réglée − selon M. Tladi, de façon erronée − en 2013. Aux fins du rapport à l'examen, la seule conclusion que l'on peut tirer de l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est qu'il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae* ; aucune conclusion ne peut être tirée de cette décision pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*.

15. Au paragraphe 86 du rapport, la Rapporteuse spéciale affirme qu'elle n'a pas l'intention d'analyser en détail l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, mais c'est pourtant ce qu'elle fait aux paragraphes 73 à 86. Au paragraphe 74, elle indique que cette affaire est examinée sous l'angle de «la nature de l'immunité et [de] sa relation avec la compétence et le régime de responsabilité internationale de l'État». Or ces questions sont secondaires au regard de l'objet du rapport, qui porte sur les exceptions. Ainsi, parmi les paragraphes du cinquième rapport consacrés à l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, seuls les paragraphes 79, 80, 83 et 85 intéressent la question des exceptions. Ce qu'il faut en retenir est que, d'après la Cour, il n'y a pas d'exception à l'immunité en cas de crime grave, ni d'exception territoriale en droit international coutumier.

16. La section du rapport relative aux juridictions pénales internationales est trop longue, d'autant que l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité de juridiction devant les juridictions internationales sont deux questions complètement différentes. Au paragraphe 108, la Rapporteuse spéciale indique qu'il ressort des décisions des juridictions pénales internationales analysées que «[celles-ci], y compris la Cour pénale internationale, ont catégoriquement refusé de faire droit à l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, dont des représentants de l'État se sont prévalus devant elles». Cette affirmation ne reflète pas la jurisprudence des tribunaux internationaux dans toutes ses nuances. Par exemple, la jurisprudence de la Cour pénale internationale en matière d'immunité est au mieux confuse et déroutante. Dans les affaires relatives au manquement du Malawi et du Tchad à leur obligation de coopérer aux fins de l'arrestation du Président Omar Al Bashir, la chambre préliminaire de la Cour a clairement écarté la possibilité de l'immunité de juridiction des représentants de l'État concernés devant la Cour. Toutefois, dans sa décision relative à l'obligation de la République démocratique du Congo de coopérer, elle a considéré − à tort, selon M. Tladi − que l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'avait pas d'incidence sur les États qui n'avaient pas ratifié le Statut, dont les chefs d'État conservaient par conséquent leurs immunités, y compris devant la Cour.

17. Au paragraphe 113 du rapport, la Rapporteuse spéciale mentionne les décisions rendues par des juridictions sud-africaines concernant la non-arrestation du Président Al Bashir lors de sa participation, en 2015, au Sommet de l'Union africaine à Johannesburg. Contrairement à une idée répandue, la Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud avait estimé que l'immunité de juridiction revêtait un caractère absolu en droit international coutumier et que cette règle ne souffrait aucune exception en droit international[214]. Elle avait également conclu qu'il existait une obligation d'arrêter le Président Al Bashir, mais que cette obligation découlait du droit interne et non du droit international. Cette décision de la Cour pourrait bien constituer un aspect important de la pratique qui, si les conditions s'y prêtent, donnerait une impulsion à un développement du droit. Toutefois, cette décision devait être appréciée en dernière analyse au regard de la pratique de l'exécutif et aussi du Parlement sud-africain, qui envisagent aujourd'hui d'abroger ou de modifier la législation sur laquelle la Cour suprême s'est fondée pour rendre sa décision. Le 7 avril 2017, le Gouvernement sud-africain a affirmé devant la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale que, de son point de vue, les chefs d'État bénéficiaient d'une immunité absolue devant les juridictions nationales. Ces conclusions, qui constituent un aspect important de la pratique, devraient être prises en considération pour évaluer le droit international de l'immunité existant, de même que les précédents cas de non-arrestation du Président Al Bashir et les cas subséquents survenus à Djibouti, en Ouganda et en Jordanie. Quoi qu'il en soit, la conclusion tirée par la Rapporteuse spéciale au paragraphe 121 du rapport est probablement correcte et fournit la matière de ce qui devrait être inclus par la Commission dans le projet d'article 7.

18. En l'état, le rapport ne comporte aucune base propre à étayer les alinéas *b* ou *c* du paragraphe 1 du projet d'article 7. Les conventions de lutte contre la corruption censées constituer la base de l'alinéa *b* ne sont pas de nature à étayer la conclusion selon laquelle il existe, en

[213] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire).

[214] Voir la décision du 15 mars 2016 de la Cour suprême d'appel sud-africaine (*Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*).

droit international, une exception à la règle de l'immunité *ratione materiae*. Bien que certains agents aient été poursuivis pour actes de corruption, le fait que ces actes n'aient pas été considérés comme ayant un caractère officiel signifie qu'il n'aurait pas été question d'immunité en premier lieu. De la même manière, aucun élément n'étaye l'exception territoriale reflétée au paragraphe 1 *c* du projet d'article 7. La pratique mentionnée dans le rapport porte, en règle générale, sur la procédure civile et non sur la procédure pénale, et ne peut donc pas servir de base à un projet d'article.

19. M. Tladi n'a pas d'objection quant à l'objet du paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, mais il considère que ce projet de texte devrait couvrir les quatre crimes visés par le Statut de Rome et peut-être même la torture. Le crime d'agression devrait y être mentionné. De manière générale, les États sont favorables à des exceptions à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes graves. M. Tladi ne doute pas que, si la Commission se garde d'employer les termes « développement progressif » et « *lex ferenda* » dans le commentaire, elle trouvera le moyen de refléter l'évolution actuelle des règles de droit pertinentes.

20. M. Tladi approuve le paragraphe 2 du projet d'article 7, mais pourrait aussi appuyer la proposition de Sir Michael Wood tendant à supprimer ce paragraphe et à énoncer simplement que le projet d'articles ne s'applique qu'à l'immunité *ratione materiae*.

21. Pour M. Tladi, cette proposition règlerait les difficultés soulevées selon lui par le paragraphe 3 du projet d'article 7 qui est conçu comme une clause « sans préjudice » alors que l'ensemble du projet d'article 7 est préjudiciel. Le résultat de l'ensemble des travaux de la Commission étant sans préjudice des autres régimes conventionnels, l'on peut se demander pourquoi inclure une clause « sans préjudice » dans le paragraphe en question. Si une telle clause était retenue, il faudrait la libeller de telle sorte qu'elle s'applique à l'ensemble du projet d'articles et non à une seule de ses dispositions.

22. M. KOLODKIN dit que le cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État répond à un objectif précis : fixer des limites strictes à l'immunité de juridiction pénale étrangère, étant donné que du fait de cette immunité il est difficile, aux yeux de la Rapporteuse spéciale et de ceux qui partagent le même point de vue, de traduire en justice les auteurs de crimes internationaux, ce qui porte par conséquent atteinte à l'exercice et à la défense des droits de l'homme. Pour elle, l'immunité est diamétralement opposée aux droits de l'homme et à la responsabilité à raison de leur violation.

23. Caton l'Ancien avait coutume d'achever tous ses discours par la formule *Cathago delenda est* (« Il faut détruire Carthage »). Si on la modifie légèrement en disant : « Il faut détruire l'immunité », cette phrase pourrait être placée au début ou à la fin, non seulement du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, mais aussi de tous ses autres rapports. Le cinquième rapport tout entier repose sur l'idée de la destruction de l'immunité, que la Rapporteuse spéciale utilise pour justifier l'instauration de limites ou d'exceptions à l'immunité. Se référant aux paragraphes 179 à 181, 184, 189 et 190 du cinquième rapport, M. Kolodkin note que la Rapporteuse spéciale réfute avec habileté tous les arguments, ou presque, en faveur de l'immunité, y compris ceux énoncés dans les décisions de la Cour internationale de Justice. La Rapporteuse spéciale jette le doute sur le caractère procédural de l'immunité dans le contexte de la juridiction pénale. Pour elle, l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État n'est pas l'équivalent de l'immunité de l'État. Poursuivant son raisonnement, la Rapporteuse spéciale soutient que l'immunité de juridiction pénale et les règles de *jus cogens* interdisant certains actes relèvent de la même catégorie des règles de fond et que les normes impératives l'emportent sur les règles relatives à l'immunité. Il s'agit d'un réquisitoire en règle contre l'immunité *ratione materiae*, savamment établi par une grande spécialiste du droit.

24. M. Kolodkin félicite la Rapporteuse spéciale pour son rapport, mais il n'est toutefois pas en mesure d'approuver son approche, pas plus que l'essentiel de son raisonnement, en particulier les arguments avancés aux paragraphes 190 à 217 ou le projet d'article 7. Il souscrit par ailleurs très largement à ce qui a été dit par Sir Michael Wood à la session en cours et par M. Huang et M. Singh à la session précédente.

25. M. Kolodkin fait observer qu'au cours des six années qui se sont écoulées depuis la présentation de son troisième rapport, la pratique et l'*opinio juris* des États, les positions prises par la Cour internationale de Justice ou la Cour européenne des droits de l'homme et l'examen du sujet et de la doctrine y relative par la Commission n'ont fait apparaître aucune raison de revenir sur les arguments qu'il avait énoncés dans ses trois rapports[215]. Le deuxième rapport, consacré aux exceptions à l'immunité, faisait fond sur l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Même si trois juges se sont opposés à cet arrêt, qui a suscité la controverse dans la doctrine, M. Kolodkin avait considéré que la Cour avait statué à bon droit et fait preuve de cohérence dans son approche de l'immunité, comme il ressortait de l'arrêt rendu en 2008 dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. En 2012, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a rendu un arrêt par lequel elle a confirmé la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et, par voie de conséquence, les conclusions formulées dans les rapports susmentionnés. Le fait que cet arrêt porte sur l'immunité de juridiction civile, et non pénale, de l'État est indifférent. Cet arrêt montre que les décisions des juridictions italiennes contrevenaient aux obligations juridiques internationales de l'Italie découlant des règles relatives à l'immunité de l'État. En 2014, la Cour constitutionnelle italienne a estimé que cet arrêt de la Cour internationale de Justice était contraire à la Constitution italienne et qu'une loi de 1957 relative au respect de la Charte des Nations Unies, en particulier l'Article 94, était inconstitutionnelle[216].

---

[215] Rapports du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin : *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[216] Voir l'arrêt no 238/2014 de la Cour constitutionnelle italienne.

26. Avec tout le respect dû à la jurisprudence italienne, M. Kolodkin doit dire que cet arrêt de la Cour constitutionnelle est loin d'être inattaquable. L'actuelle Rapporteuse spéciale s'y attarde pourtant longuement dans son cinquième rapport. Au paragraphe 122, elle insiste sur l'« importance » de cet arrêt et il apparaît clairement au lecteur qu'elle s'en sert pour justifier son propre point de vue. Elle ne dit rien sur le fait que cet arrêt va directement à l'encontre de celui rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, ni sur le fait que l'Italie court le risque, en l'appliquant, d'engager sa responsabilité internationale, notamment pour violation de l'Article 94 de la Charte des Nations Unies. Plusieurs décisions subséquentes des juridictions italiennes sont contraires à la position de la Cour internationale de Justice. Pour M. Kolodkin, la Commission ne peut pas s'appuyer sur une jurisprudence interne comme celle de l'Italie pour formuler ses conclusions.

27. Comme d'autres membres l'ont souligné à plusieurs reprises, chaque cas tiré de la pratique doit être analysé minutieusement et apprécié correctement. Les circonstances ayant entouré l'examen de l'immunité dans chaque cas particulier doivent être bien comprises : l'immunité de l'agent a-t-elle été invoquée par le gouvernement ? Les actes de l'agent ont-ils été considérés comme ayant été accomplis à titre officiel ? À quel stade la question de l'immunité a-t-elle été soulevée ? Comment le gouvernement a-t-il accueilli la décision du tribunal ?

28. À cet égard, il serait intéressant de savoir si la question de l'immunité a été soulevée et, dans l'affirmative, par qui, lorsqu'une juridiction espagnole a ordonné l'arrestation de l'ancien Président de la République populaire démocratique de Chine et de plusieurs anciens représentants chinois en 2013 et en 2014, ainsi que l'arrestation du Premier Ministre d'Israël et de sept agents israéliens encore en fonctions ou pas en 2015. Ces ordonnances n'ont été suivies d'aucune arrestation ; la Chine et Israël ont exprimé leur vif mécontentement et la question s'est posée de savoir à quoi ces décisions de justice avaient servi, sinon à perturber les relations intergouvernementales. En quoi avaient-elles fait progresser la lutte pour les droits de l'homme ?

29. On trouve dans pratiquement toutes les affaires judiciaires, dans les déclarations à la Sixième Commission et à la Commission du droit international, ainsi que dans la doctrine, des références concernant à la fois des procédures civiles et des procédures pénales, même si la nécessité de faire la distinction entre immunité de juridiction civile et immunité de juridiction pénale est souvent soulignée. Chacun comprend qu'il s'agit de deux cas de figure distincts, mais il ne fait pas non plus de doute qu'ils présentent de nombreux points communs. Quels sont ces points communs et ces différences ? Pour M. Kolodkin, la Cour internationale de Justice a donné la clef pour répondre à ces questions. Dans les arrêts qu'elle a rendus en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a considéré que le droit de l'immunité de juridiction étrangère était une institution de droit international, de nature essentiellement procédurale. Le droit de l'immunité régit l'exercice de la compétence concernant certains comportements et n'a donc rien à voir avec les règles de fond qui en déterminent le caractère licite ou illicite.

30. Les arrêts de la Cour permettent de recenser des points communs entre les diverses sous-catégories d'immunité. Dans tous les cas, l'immunité est une règle de droit international coutumier. Elle a un caractère procédural et non substantiel. Les règles de droit relatives à l'immunité se bornent à permettre de déterminer si un État peut exercer ou non sa compétence à l'égard d'un autre État. Si l'immunité peut empêcher l'exercice de la compétence dans un cas donné, elle n'empêche pas l'application des règles de fond. L'illégalité d'un acte et la gravité de cette illégalité n'ont aucune incidence sur son caractère officiel et, à l'inverse, le caractère officiel d'un acte ne rend pas celui-ci licite. La question de l'immunité doit être tranchée par les juridictions internes en tant que question de droit international et ce, avant que l'affaire ne soit examinée au fond et que les faits soient établis. Enfin, une règle générale découle des règles susmentionnées : l'absence d'exceptions à l'immunité de juridiction étrangère.

31. À l'inverse, certains aspects du droit de l'immunité sont caractéristiques soit de l'immunité de juridiction pénale, soit de l'immunité de juridiction civile. La première est généralement invoquée au stade de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire à un stade plus précoce qu'en matière civile. En effet, la question de l'immunité est souvent tranchée par les procureurs avant le stade du procès, si bien que le public n'a pas connaissance des nombreux cas dans lesquels l'immunité de juridiction étrangère a été invoquée avec succès. De plus, la question de l'immunité est réglée à un stade où la présomption d'innocence s'applique et où il est encore trop tôt pour parler de commission d'une infraction, de culpabilité ou de responsabilité de la personne dont l'immunité est en jeu.

32. Il importe en outre particulièrement, dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère, de déterminer quels actes de l'État qui exerce la compétence sont exclus par l'immunité. Celle-ci fait-elle obstacle à l'enquête ou aux poursuites contre un représentant étranger ? Sir Michael Wood a posé une question voisine à propos de l'interaction entre immunité et inviolabilité. Malheureusement, la Rapporteuse spéciale n'a pas examiné ces points qui ont pourtant leur importance au regard de la formulation de dispositions sur la portée ou les limites de l'immunité. Aux fins des travaux sur le sujet, il est indispensable de déterminer clairement quelles sont les règles qui s'appliquent à toutes les catégories d'immunité, et quelles sont celles qui ne s'appliquent qu'à l'immunité de juridiction étrangère.

33. Bien qu'aucune exception à l'immunité ne soit prévue en droit international, rien n'empêche les États d'en établir dans le cadre de leurs relations mutuelles − par exemple en concluant des traités. M. Kolodkin n'est toutefois pas convaincu qu'un tel développement du droit international faciliterait les choses pour la communauté internationale. La Commission croit-elle vraiment qu'un monde dans lequel des États s'emploieraient à poursuivre les représentants d'autres États, ce que l'Espagne a tenté de faire il y a peu avec des agents chinois et israéliens, serait un monde meilleur ? Croit-elle vraiment que cela ferait progresser la lutte pour les droits de l'homme et contre l'impunité ? Ne croit-elle pas plutôt que de telles poursuites risquent d'engendrer de nouveaux conflits entre les États ?

34. Ne vaudrait-il pas mieux considérer que, en vertu du droit international existant, l'immunité *ratione materiae* protège les représentants de l'État agissant dans le cadre de leurs fonctions contre l'exercice de la juridiction pénale étrangère, quelle que soit la gravité des actes reprochés, mais qu'elle ne fait pas obstacle à l'enquête, aux poursuites ou à d'autres mesures ? L'immunité *ratione materiae* n'empêche l'exercice de la juridiction pénale étrangère à l'égard d'un agent que si elle est invoquée par l'État auquel ressortit l'intéressé, ce qui signifie que cet État doit reconnaître les actes en question comme étant les siens. L'État qui a subi un préjudice dû aux actes accomplis par l'agent serait alors fondé à soulever la question de la responsabilité internationale de l'État auquel ressortit ledit agent. On pourrait suggérer ensuite que l'État du représentant devrait lever l'immunité de l'intéressé ou que les preuves recueillies lui soient transmises en vue d'un procès pénal. Le fait pour cet État de ne pas invoquer l'immunité de son représentant équivaudrait à une levée tacite de celle-ci.

35. Avant d'adopter une telle position, néanmoins, la Commission devra examiner plusieurs points qu'elle n'a pas encore traités, à commencer par celui des aspects procéduraux de l'immunité. Elle pourrait aussi soumettre aux États un projet d'article sur les exceptions à l'immunité qu'elle distinguerait des projets déjà proposés en le présentant comme une option possible. M. Kolodkin ne pourrait cependant pas approuver un tel projet d'article s'il était présenté comme un développement progressif ou souhaitable du droit international.

36. M. Kolodkin partage les critiques formulées par Sir Michael Wood et M. Tladi au sujet de la teneur du projet d'article 7, dont il n'approuve pas le renvoi au Comité de rédaction, du moins tant qu'un accord ne sera pas trouvé sur la manière dont la nature de ce projet de texte − élément du droit international positif ou règle nouvelle − sera présentée aux États.

37. M^me^ GALVÃO TELES dit que la pratique actuelle en matière d'immunité n'est pas suffisamment claire pour permettre de dégager des solutions applicables à tous les aspects des limites et exceptions à l'immunité, en particulier l'immunité *ratione materiae*. La Commission doit donc décider si elle procède ou non à un développement progressif du droit dans les domaines où la pratique n'est pas fermement établie mais où il convient aussi de prendre en considération d'autres principes et valeurs qui sous-tendent le droit international. Citant les paragraphes 71, 72 et 75 de l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, M^me^ Galvão Teles dit qu'il faut trouver un équilibre entre les principes de l'égalité souveraine, de la stabilité dans la conduite des relations internationales et de l'immunité, d'une part, et, de l'autre, la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves.

38. Une approche privilégiant la codification et la *lex lata* peut certainement être adoptée en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*. À l'inverse, pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*, M^me^ Galvão Teles est d'avis que la Commission devrait opter pour une approche fondée sur le développement progressif du droit et la *lex ferenda* pour tenir compte des tendances de l'évolution des valeurs et des principes sur lesquels repose le droit international.

39. M^me^ Galvão Teles approuve la conclusion, formulée au paragraphe 240 du rapport, selon laquelle il n'est pas possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière permettant d'appliquer des limites ou des exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni d'identifier une tendance en ce sens. C'est ce qui ressort très clairement de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui est peut-être le plus important dans ce domaine. On ne retrouve toutefois pas la même clarté en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. Bien que la pratique à cet égard ne soit pas fermement établie, elle semble révéler une tendance à exclure l'application de l'immunité *ratione materiae* aux représentants de l'État en cas de crimes internationaux, comme l'ont relevé les trois juges dans leur opinion individuelle commune en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Plusieurs arguments sont cités dans le rapport à l'appui de cette conclusion : les crimes internationaux ne peuvent pas être considérés comme étant des « actes accomplis à titre officiel » ; l'exception à l'immunité est justifiée par le caractère haineux et la gravité des crimes concernés ; l'immunité peut affaiblir les valeurs et les principes reconnus par l'ensemble de la communauté internationale ; l'immunité est contraire au *jus cogens* en cas de crimes internationaux.

40. Le principe de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouve son fondement essentiellement dans le droit international coutumier. Toutefois, l'immunité *ratione materiae* doit être conciliée avec plusieurs traités récents qui imposent aux États des obligations de poursuivre ou d'extrader les auteurs de certains crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Pour M^me^ Galvão Teles, les instruments réprimant la torture et les disparitions forcées devraient être ajoutés à cet ensemble de traités avec lequel ces régimes présentent certaines similarités, notamment l'obligation de poursuivre les auteurs au niveau national. La Rapporteuse spéciale donne des exemples de jurisprudence interne pour illustrer cette tendance en ce qui concerne la torture et, dans une moindre mesure, les disparitions forcées. Ces deux crimes, et les trois susmentionnés, constituent les éléments fondamentaux pour lesquels on dispose d'une pratique étatique et de dispositions claires dans des instruments internationaux.

41. Parmi les exceptions à l'application de l'immunité *ratione materiae* figurent notamment la corruption et l'« exception territoriale ». Pour ce qui est de la corruption, généralement définie comme un abus de pouvoir commis à des fins d'enrichissement personnel, c'est parce que les faits de corruption ne peuvent être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel » qu'il conviendrait d'en faire un cas d'exception à l'immunité *ratione materiae*. La fonction est utilisée comme un simple moyen de commettre ces infractions, étant donné que la personne en abuse à des fins personnelles. Le projet d'article 6[217], relatif à la portée de l'immunité *ratione materiae*, peut

[217] *Annuaire… 2016*, vol. II (2^e^ partie), p. 229 (projet d'article 6).

suffire pour que les infractions liées à la corruption soient exclues du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*, mais il faudrait en revanche, pour plus de clarté, les mentionner dans le projet d'article 7.

42. La proposition tendant à inclure une exception territoriale dans le projet d'articles, sur la base de l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, est une proposition intéressante d'un point de vue pratique, mais l'on peut considérer que l'article en question est rédigé en des termes trop généraux, et qu'une formulation plus restrictive serait peut-être plus appropriée dans le contexte de l'immunité des représentants de l'État par opposition à l'immunité des États eux-mêmes.

43. En ce qui concerne l'intitulé du projet d'article 7 et le chapeau du premier paragraphe, Mme Galvão Teles convient avec la Rapporteuse spéciale que la distinction entre limite et exception n'a pas d'intérêt pratique puisque les deux termes emportent les mêmes conséquences, à savoir la non-application du régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Par conséquent, elle appuie la proposition tendant à ce que, aux fins du projet d'articles, le membre de phrase « [l]'immunité ne s'applique pas » recouvre à la fois les limites et les exceptions.

44. Pour des raisons déjà exposées, Mme Galvão Teles est favorable à ce que le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7 vise expressément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées comme crimes internationaux à l'égard desquels l'immunité ne devrait pas s'appliquer. L'on pourrait mentionner d'autres crimes, mais en l'état, le libellé est bien équilibré et reflète l'évolution du droit international en matière de lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux les plus graves. À l'exception des disparitions forcées, ce libellé est conforme à la résolution de 2009 de l'Institut de droit international sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, selon laquelle « [h]ors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux »[218].

45. Mme Galvão Teles dit que la proposition de la Rapporteuse spéciale tendant à mentionner les « crimes liés à la corruption » au paragraphe 1 *b* mérite d'être appuyée parce que les faits de corruption ne sont pas des « actes accomplis à titre officiel » et ne devraient donc pas relever du champ d'application de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, si l'on tient compte du projet d'article 6, l'on pourrait aussi expliquer dans le commentaire que les « crimes liés à la corruption » ne sont pas des « actes accomplis à titre officiel » et préciser quelles sont les infractions qui relèvent de cette catégorie, qu'il deviendrait inutile de maintenir dans le projet d'article lui-même.

46. En ce qui concerne les crimes énumérés à l'alinéa *c*, l'exception territoriale est peut-être davantage justifiée dans le contexte de l'immunité de l'État et cet alinéa est peut-être formulé en des termes trop absolus ; il pourrait être interprété comme portant sur tous les types d'activités menées par les représentants d'un État dans l'État du for. Le précédent Rapporteur spécial avait fait une autre proposition dans son deuxième rapport, où il est indiqué ce qui suit au dernier paragraphe : « [L]e cas où la compétence pénale est exercée par l'État sur le territoire duquel l'infraction présumée a été commise et où cet État n'a consenti ni à l'accomplissement sur son territoire des actions à l'origine de l'infraction, ni à la présence sur son territoire du représentant étranger qui a commis l'infraction présumée constitue un cas particulier. Il semble dans ce cas qu'on dispose de motifs suffisants pour parler d'absence d'immunité. »[219] De plus, l'on pourrait utilement donner, peut-être dans le commentaire, des exemples de types d'actes couverts par l'exception, comme les assassinats politiques, l'espionnage, le sabotage et l'enlèvement.

47. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet d'article 7, la proposition de la Rapporteuse spéciale semble suffisamment claire et ne prête pas à controverse puisqu'elle reflète la pratique de longue date et constante des États, et le principe de l'égalité souveraine des États. Toutefois, il faudrait préciser dans le commentaire que ce projet de texte n'exclut pas le principe de la responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux, ni la nécessité de garantir l'existence de mécanismes efficaces de lutte contre l'impunité des auteurs de ces crimes. Le caractère procédural de l'immunité ne peut avoir pour effet d'exonérer un représentant de l'État de sa responsabilité pénale individuelle, ni équivaloir à l'impunité. À cet égard, il conviendrait d'insérer dans le commentaire une référence au paragraphe 60 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Mme Galvão Teles approuve l'importante clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 3, clause qui pourrait éventuellement, comme l'a proposé M. Tladi, s'appliquer à l'ensemble du projet d'articles.

48. En conclusion, Mme Galvão Teles approuve le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Elle espère que la Commission nouvellement élue continuera de privilégier l'approche fondée sur le développement progressif et que ses travaux sur un sujet d'une telle importance ne mettront pas fin à la tendance, qui se dégage en droit international, à limiter l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale des représentants de l'État, du moins dans les cas de crimes internationaux. Pour ce qui est du programme de travail futur proposé par la Rapporteuse spéciale, Mme Galvão Teles attend avec un vif intérêt le sixième rapport, qui portera sur les aspects procéduraux de l'immunité, ainsi que l'adoption du projet d'articles en première lecture.

49. M. HASSOUNA dit que, même s'il excède la longueur recommandée, le cinquième rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, par l'analyse utile et approfondie qu'il contient, contribuera à une meilleure compréhension des questions en jeu. Compte tenu du caractère politiquement sensible du sujet et de l'enjeu qu'il représente pour les États, la prudence est de mise dans les travaux si l'on

[218] Voir résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 à 230, art. III, par. 1. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[219] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, par. 94, al. *p*.

veut que le résultat des travaux emporte l'assentiment général. À cette fin, la Commission devrait essayer à la fois de préserver les normes fondamentales du régime de l'immunité existant et de faire écho aux efforts de lutte contre l'impunité que fait actuellement la communauté internationale. Cette approche devrait être axée sur l'harmonisation de la *lex ferenda* et de la *lex lata*, conformément au mandat de la Commission.

50. M. Hassouna remercie la Rapporteuse spéciale pour son étude approfondie de la pratique des États et de la jurisprudence relatives aux exceptions et aux limites à l'immunité des représentants de l'État. Cette pratique devrait servir de base à l'élaboration d'articles sur le sujet. Toutefois, comme l'ont relevé certains membres, l'étude que la Rapporteuse spéciale a faite de cette pratique est quelque peu inhabituelle. La Rapporteuse spéciale s'est en effet appuyée sur diverses sources pour établir l'existence d'une tendance en droit international à admettre des exceptions à l'immunité *ratione materiae*, et elle fonde le projet d'article 7 sur ces sources. Cela pose plusieurs problèmes qui tiennent notamment au fait qu'elle ne fait pas la distinction entre exception et limite, ne donne pas de repère temporel permettant d'apprécier la vitesse à laquelle cette tendance s'est développée et privilégie certaines sources de droit selon l'exception qu'elle cherche à établir. Par conséquent, même si l'existence d'une tendance à admettre des exceptions est établie pour certaines d'entre elles, tel n'est pas le cas pour toutes les exceptions énumérées dans le projet d'article proposé.

51. L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la nature juridique de l'immunité et de sa relation avec la juridiction, la responsabilité et les niveaux de compétence national et international est utile, même s'il s'agit d'une question complexe, comme certains membres l'ont relevé. D'un côté, la recherche de la responsabilité ne devrait pas être considérée comme un mécanisme permettant de s'ingérer dans les affaires intérieures d'un État, ni servir de prétexte pour poursuivre un représentant de haut rang pour des raisons politiques. De l'autre, le respect effectif des normes de *jus cogens* dans le monde entier est de la plus haute importance. Il existe de nombreuses mesures permettant de poursuivre les auteurs de crimes internationaux, comme l'engagement de poursuites au niveau national, la levée de l'immunité, l'engagement de poursuites après l'expiration du mandat des intéressés ou leur renvoi devant le système de justice pénale internationale. Toutefois, ces moyens ne sont pas toujours suffisants. Il faut garder ces deux aspects à l'esprit lors de l'examen des exceptions pour pouvoir rédiger un texte équilibré couvrant toutes ces questions. Le principe de l'égalité souveraine des États n'est évidemment pas le seul principe fondamental consacré par le système juridique international. La protection des droits de l'homme, la justice et le respect des obligations découlant des sources du droit international sont indispensables au fonctionnement de ce système.

52. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 ne prête pas à controverse et sa teneur est étayée par le droit international coutumier. Toutefois, étant donné qu'il n'englobe pas les « crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas », comme l'indique l'intitulé du projet d'article, la Commission souhaitera peut-être le remanier. Certains membres ont estimé que la mention du caractère absolu de l'immunité *ratione personae* devait être supprimée, mais M. Hassouna considère qu'il importe de conserver des exceptions à la fois à l'immunité *ratione personae* et à l'immunité *ratione materiae* dans la même disposition pour bien faire ressortir la différence entre les deux. La clause « sans préjudice » insérée dans le paragraphe 3 ne prête pas non plus à controverse, mais la Commission souhaitera peut-être indiquer dans le commentaire à quel tribunal international elle renvoie. La notion de levée devrait être insérée dans le paragraphe 3 du projet d'article 7, de manière à préciser que, si l'immunité *ratione personae* s'applique dans les affaires relatives à des crimes visés au paragraphe 1 de ce projet d'article, l'immunité n'est toutefois pas toujours assurée.

53. En ce qui concerne le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, si la Rapporteuse spéciale a, dans le rapport, établi de manière convaincante l'existence d'une tendance à la reconnaissance d'une exception à l'immunité concernant certains crimes internationaux, on ne comprend pas bien pourquoi elle n'a retenu que les crimes mentionnés dans cet alinéa, à savoir des crimes qui, comme cela est indiqué au paragraphe 219 du rapport, sont « contraires aux valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble », valeurs généralement considérées comme des normes de *jus cogens*. Toutefois, l'esclavage, l'apartheid et le crime d'agression ne figurent pas dans la liste proposée, le dernier n'ayant pas été retenu parce que, d'après la Rapporteuse spéciale, son inclusion pourrait avoir de trop nombreuses conséquences politiques sur la stabilité des relations internationales.

54. La jurisprudence nationale exposée à la note de bas de page appelée au paragraphe 114 après les mots « en présence de crimes internationaux » fait apparaître une tendance générale à la reconnaissance d'une exception à l'immunité *ratione materiae* en cas de crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité. Il faudrait donc reformuler le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7 de sorte que son libellé soit suffisamment souple pour englober les futures normes de *jus cogens*. À cette fin, le projet de texte devrait comporter une liste de crimes et s'accompagner d'une mention précisant que cette liste n'est pas exhaustive mais donne des exemples de normes de *jus cogens* à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne peut pas s'appliquer. Dans cette liste non exhaustive devraient figurer les crimes d'agression, l'apartheid et l'esclavage, y compris les formes modernes d'esclavage. L'agression étant une cause certaine de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, il ne serait pas logique d'inclure ceux-ci mais pas le crime d'agression. Le fait qu'il ait été inséré dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale au moyen des amendements de Kampala, même si ceux-ci n'ont pas encore pris effet, montre que les États le considèrent comme un crime international grave dont les auteurs devraient être poursuivis.

55. En ce qui concerne le crime d'apartheid, il ressort de l'article 3 de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid que la responsabilité pénale internationale s'applique aux personnes et aux représentants de l'État, quel que soit le lieu où ils résident et celui où les actes ont été perpétrés. Pour l'essentiel, cette convention établit une exception à

première vue à l'immunité fonctionnelle de juridiction pénale étrangère et dispose que l'apartheid est un crime contre l'humanité. Le paragraphe 1 *j* de l'article 7 du Statut de Rome le considère comme un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans certaines circonstances. Toutefois, comme il n'est pas toujours possible d'apporter la preuve des éléments contextuels requis pour établir l'existence d'un crime contre l'humanité, l'apartheid devrait être mentionné séparément dans le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7.

56. L'esclavage, notamment ses formes contemporaines telles que le travail forcé et la traite des êtres humains, devrait aussi faire l'objet d'une mention distincte dans le projet d'article proposé. S'il est généralement inclus parmi les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, il devrait être présenté séparément car, une fois encore, il est parfois impossible d'établir les éléments contextuels requis pour prouver l'existence d'un crime contre l'humanité ou d'établir le lien requis avec un conflit armé pour prouver l'existence d'un crime de guerre. L'interdiction de l'esclavage, de même que celle de la torture et des disparitions forcées, est énoncée dans plusieurs instruments internationaux, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de nombreux instruments régionaux, parmi lesquels la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. De plus, la Convention relative à l'esclavage, de 1926, a précisément été conclue, non seulement pour traiter cette question proprement dite, mais aussi pour « empêcher que le travail forcé n'amène des conditions analogues à celles de l'esclavage » (art. 5). La Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) (nº 105) concernant l'abolition du travail forcé, de 1957, et la Convention de l'OIT (nº 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, de 1999, sont également utiles pour traiter la question des formes contemporaines d'esclavage.

57. Par souci de clarté, l'on pourrait indiquer dans le commentaire du projet d'article 7 quelle source de droit doit être utilisée pour déterminer si la conduite d'un individu relève d'un des crimes internationaux énumérés aux fins d'exclure l'application de son immunité fonctionnelle, dès lors que diverses conventions internationales et régionales définissent certains de ces crimes de manière différente. La Rapporteuse spéciale devrait également envisager d'apporter les précisions appropriées dans le paragraphe 1 du projet d'article 7 pour bien faire ressortir le lien entre les crimes concernés et le représentant de l'État dont l'immunité est en jeu.

58. Les « crimes liés à la corruption » devraient être retirés de la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, car ni la pratique des États, ni le droit conventionnel sur la question ne sont assez développés pour justifier qu'ils y figurent, outre que la Rapporteuse spéciale ne démontre pas de manière convaincante l'émergence en droit international d'une tendance à reconnaître une telle exception. Ni la Convention des Nations Unies contre la corruption, ni la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, ni la Convention interaméricaine contre la corruption ne comportent de dispositions générales sur l'immunité des représentants de l'État, même si elles reconnaissent expressément que ces représentants peuvent commettre des actes de corruption. Les seules conventions relatives à la corruption qui se réfèrent effectivement à l'immunité comportent des dispositions qui renvoient essentiellement à la législation interne ou contiennent simplement une clause « sans préjudice ». De plus, la Rapporteuse spéciale ne mentionne aucune pratique judiciaire internationale ni aucune législation interne pertinentes permettant d'établir que la corruption constitue une exception à l'immunité *ratione personae* ou à l'immunité *ratione materiae*.

59. Pour ce qui est de la pratique des États concernant la corruption, la Rapporteuse spéciale ne cite que trois affaires internes dans lesquelles l'existence de limites ou d'exceptions à l'immunité en cas de corruption a été admise, contre 13 concernant la commission de crimes internationaux. Sur ces trois cas, deux concernent l'Europe et un le Chili, ce que l'on peut difficilement considérer comme étant constitutif d'une pratique « généralisée » ou « représentative » dans le contexte du droit international coutumier. La Rapporteuse spéciale semble reconnaître que la base de l'inclusion de la corruption est un peu mince puisqu'elle affirme qu'il « pourrait » être opportun d'inclure une disposition précisant expressément que la corruption constitue une limite ou une exception à l'immunité *ratione materiae*.

60. De plus, on peut considérer les infractions liées à la corruption comme des actes *ultra vires* ne relevant pas du champ des « fonctions officielles » d'un représentant de l'État et, par conséquent, comme des actes non couverts par l'immunité fonctionnelle en droit. En effet, la Rapporteuse spéciale note que, à la lumière des critères établis dans son quatrième rapport[220], les infractions relatives à la corruption peuvent être considérées comme étant exclues du champ des fonctions d'un représentant de l'État. Elle en conclut qu'il ne semble pas « nécessaire de les examiner maintenant du point de vue des limites et exceptions ». Toutefois, elle relève aussi que, dans la pratique, il est parfois difficile de déterminer clairement si les infractions liées à la corruption sont des actes accomplis à titre officiel ou à titre privé. Ainsi, le fait de savoir si ces infractions sont exclues du champ de l'immunité fonctionnelle devrait être déterminé au cas par cas à l'échelon national.

61. La notion de « crimes qui portent atteinte aux personnes » devrait être conservée dans le projet d'article, mais l'exception y relative devrait être définie de façon plus restreinte. La Commission semble convenir qu'une telle exception existe, principalement en raison de l'importance du principe de territorialité et compte tenu de l'avertissement donné par M. Kolodkin dans son deuxième rapport, à savoir le fait que le crime doit avoir été commis par un représentant étranger présent sur le territoire de l'État du for sans que celui-ci ait consenti expressément à l'accomplissement de fonctions officielles par l'intéressé[221]. Le principal problème posé par l'exception plus large retenue dans le rapport à l'examen tient à ce que la Rapporteuse spéciale se base sur la juridiction civile pour déduire l'existence d'une telle exception et la place dans

[220] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

[221] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, p. 447, par. 82.

le contexte de la juridiction pénale. La plupart des traités relatifs à l'immunité de l'État et la plupart des législations internes sur la question comportent une « exception territoriale » dans le contexte de la juridiction civile, que la Rapporteuse spéciale utilise à l'appui de l'immunité dans le contexte de la juridiction pénale. Or ces mêmes traités et législations internes ne comportent pas d'exceptions dans les cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, etc. Si la Rapporteuse spéciale veut s'appuyer sur la législation interne pour établir l'existence d'exceptions en droit international coutumier, elle doit alors aussi prendre acte de l'absence de telles exceptions dans cette législation. L'exception proposée pourrait en effet exposer un représentant de l'État étranger à des poursuites pour des infractions telles que la diffamation ou le non-paiement de procès-verbaux de stationnement et autres infractions du même ordre, étant donné que l'exception à l'immunité de juridiction pénale faite par analogie est extrêmement large.

62. Le projet d'article doit donc être reformulé à la lumière des arguments susmentionnés et, peut-être, en reprenant les termes employés dans le deuxième rapport de M. Kolodkin. De plus, toutes les sources du droit devraient être traitées sur un pied d'égalité : la Rapporteuse spéciale a minimisé l'importance des législations internes ne prévoyant pas d'exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité, tout en insistant sur ces législations dans son analyse de l'« exception territoriale ».

63. Pour ce qui est du programme de travail futur, la Rapporteuse spéciale pourrait envisager de mettre l'accent sur la relation entre l'immunité des représentants de l'État et les prescriptions applicables aux crimes qui n'ont pas été retenus dans le présent projet d'articles. Il importe de s'assurer que les prescriptions relatives aux crimes pour lesquels il n'y a pas d'exception ni de limite à l'immunité ne s'éteignent pas avant l'expiration de l'immunité *ratione personae* du représentant de l'État. La Rapporteuse spéciale pourrait également donner davantage d'explications sur la distinction entre une limite et une exception au regard des aspects procéduraux de l'immunité.

64. En conclusion, M. Hassouna recommande que le projet d'article 7 ainsi que les propositions pertinentes faites au cours du débat soient renvoyés au Comité de rédaction.

65. M. VALENCIA-OSPINA dit que, pour des raisons indépendantes de la volonté de la Rapporteuse spéciale, son cinquième rapport est présenté à la Commission du droit international pour la seconde fois, l'avantage étant que celle-ci connaît déjà les points de vue qui ont été exprimés sur le sujet par les membres de la Sixième Commission à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale.

66. Pour ce qui est de la question de savoir si le cinquième rapport traite en fait des exceptions ou des limites à l'immunité, M. Valencia-Ospina dit que, jusque-là, l'ensemble des travaux accomplis par la Commission sur le sujet a reposé sur le postulat, explicite ou implicite, que l'immunité des représentants de l'État est en principe applicable, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, approche qu'on pourrait nommer « immunité par défaut ». Le cinquième rapport porte sur des cas dans lesquels l'immunité par défaut ne s'applique pas.

67. La question de la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* est couverte par le projet d'article 6, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-huitième session. Cette immunité s'applique aux actes accomplis à titre officiel par des représentants de l'État pendant leur mandat ; bien que l'immunité puisse être invoquée après la fin du mandat, il importe de déterminer si l'auteur en bénéficiait au moment où il a commis l'acte en question. Il ressort du paragraphe 3 du projet d'article 6 que les personnes qui bénéficiaient de l'immunité *ratione personae* au moment où elles ont commis l'acte peuvent invoquer l'immunité *ratione materiae* après la fin de leur mandat, sous réserve que les critères pertinents soient remplis. La Rapporteuse spéciale explique au paragraphe 241 de son cinquième rapport que l'immunité *ratione personae* cesse au moment où le mandat de l'intéressé arrive à son terme, mais ce point passe inaperçu en raison des nombreuses références à la portée temporelle faites dans les projets d'articles 4[222], 6 et 7. L'on pourrait atténuer ce problème en regroupant dans un seul et même projet d'article toutes les références à la portée temporelle de l'immunité ou, à tout le moins, en reformulant le paragraphe 2 du projet d'article 7 de manière à dissiper toute ambiguïté. De plus, même si cette approche large et non restrictive de l'immunité *ratione personae* reflète peut-être les points de vue de l'écrasante majorité des États, certains d'entre eux se sont dits favorables, lors du débat à la Sixième Commission, à des limites à l'immunité, du moins en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves, notamment le génocide.

68. La liste exhaustive des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, dressée dans le paragraphe 1 du projet d'article 7, suscite de vives préoccupations. L'expérience montre que, si la Commission propose une telle liste, il pourrait en résulter un demi-siècle supplémentaire d'immunité absolue pour les crimes internationaux ne figurant pas dans cette liste d'exceptions. Si la Commission décide d'établir une liste, elle devra donc sélectionner avec le plus grand soin les éléments qui y figureront ou en seront exclus. M. Valencia-Ospina souscrit aux arguments avancés à la session précédente de la Commission en faveur de l'inclusion du crime d'agression dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Après tout, les guerres d'agression sont le premier crime international énuméré dans les Principes du droit international consacré par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[223] (Principes de Nuremberg), formulés par la Commission en 1950.

69. Bien que la torture ait été incluse à juste titre dans la liste figurant au paragraphe 1 du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale n'est pas toujours cohérente dans son approche de cette question. D'un côté, la Rapporteuse

[222] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51 (projet d'article 4).

[223] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 97 à 127.

spéciale fait état de la levée implicite de l'immunité par les États qui ont ratifié des instruments tels que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; de l'autre, elle renvoie au postulat selon lequel un rejet de la juridiction peut conduire à l'impunité. Elle ne tient pas non plus compte de la définition de la torture énoncée à l'article premier de la Convention, selon laquelle, pour qu'un acte soit qualifié de torture, une douleur ou des souffrances doivent avoir été « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Une telle condition signifie que, dans l'écrasante majorité des cas, l'« immunité par défaut » serait la norme.

70. Un point soulevé de manière récurrente pendant les débats tenus tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission est celui de savoir si des crimes internationaux peuvent ou non être commis dans le cadre de l'exercice, à titre officiel, de l'autorité de l'État. À en juger par la structure du projet d'articles, la Rapporteuse spéciale semble avoir déjà tranché la question. Si la commission de tels crimes ne peut jamais constituer un « acte accompli à titre officiel », il ne peut y avoir d'immunité automatique pour de tels actes, et par conséquent le débat actuel sur les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas devient superflu.

71. Contrairement à certains membres, M. Valencia-Ospina n'est pas convaincu qu'il n'y ait aucun lien d'aucune sorte entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et l'immunité de juridiction devant la Cour pénale internationale. Il est indiqué, tant dans le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale que dans son article 1, que la Cour pénale internationale est « complémentaire des juridictions pénales nationales ». À l'évidence, la Cour ne dispose pas des ressources suffisantes pour enquêter sur toutes les affaires de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de crimes d'agression, ni pour les juger. La complémentarité en question et l'insuffisance des ressources de la Cour portent en germe la possibilité de l'impunité tant qu'il n'y a pas de juridictions pénales nationales suffisamment robustes pour conduire des procès dans la majorité des affaires. Par conséquent, les immunités dans le contexte de la Cour pénale internationale doivent concorder avec les immunités dans le contexte des juridictions pénales étrangères.

72. À cet égard, il est intéressant de rappeler la théorie, élaborée par un ancien membre éminent de la Commission, M. Georges Scelle, du « dédoublement fonctionnel » ou investissement d'un double rôle, qui désigne le fait que des institutions nationales s'acquittent de tâches relevant du système juridique international. Pour que les juridictions pénales nationales jugent efficacement les crimes internationaux, leur compétence doit avoir la même portée que celle de la Cour pénale internationale.

73. Enfin, M. Valencia-Ospina approuve le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction pour examen à la lumière des vues exprimées pendant le débat.

La séance est levée à 12 h 45.

3362e SÉANCE

Mardi 23 mai 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État a d'importantes implications pour les États, en particulier en ce qui concerne les procédures devant leurs tribunaux internes. Il souscrit d'une manière générale à l'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport sur le sujet (A/CN.4/701) et à son analyse approfondie de la jurisprudence nationale et internationale en la matière. Son argument systémique en faveur de la non-applicabilité de l'immunité à l'égard des crimes internationaux les plus graves est également important.

2. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale note qu'un grand nombre d'États estiment qu'il existe diverses exceptions à l'immunité *ratione materiae*, dont la principale est la commission des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Comme la Commission l'a relevé en maintes occasions, le droit international est un système juridique dont les règles et principes entretiennent des relations et doivent être interprétés en conséquence. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, la Cour internationale de Justice a fait observer qu'« une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (paragraphe 10 de l'avis).

3. Dans le cadre de l'examen du sujet, la Commission doit mettre en balance l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales d'une part, et la prévention et la répression des crimes graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble de l'autre. Le fait que les tribunaux pénaux internationaux créés par la communauté internationale soient à certains égards limités, par exemple dans l'étendue de leur compétence ou dans leur budget de fonctionnement, accroît l'importance du rôle des tribunaux internes et de la coopération

interétatique dans la prévention de ces crimes graves et dans la lutte contre l'impunité.

4. Sur la base de son analyse de la pratique telle qu'étayée par la doctrine des publicistes, la Rapporteuse spéciale conclut à juste titre qu'il n'est pas possible d'établir l'existence d'une règle coutumière consacrant des limites ou exceptions à l'immunité *ratione personae* ou d'identifier une tendance en ce sens. Toutefois, s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, elle conclut qu'il existe une règle coutumière en excluant l'applicabilité dans le cas des crimes internationaux les plus graves, ou au moins qu'une nette tendance en ce sens est en train de se faire jour.

5. Cette conclusion reflète l'évolution du droit pénal international depuis la Seconde Guerre mondiale, notamment l'adoption de traités exigeant des États qu'ils confèrent à leurs tribunaux internes compétence pour connaître des crimes internationaux. L'application de l'immunité *ratione materiae* aux crimes internationaux réprimés par des conventions existantes ou futures aura un impact majeur sur l'application et l'efficacité de ces conventions, puisque ceux qui commettent des crimes internationaux sont généralement des représentants de l'État.

6. Il serait regrettable que l'État de nationalité de représentants ou d'anciens représentants accusés de torture, par exemple, demande à l'État du for de ne pas extrader ces représentants mais de considérer qu'ils jouissent de l'immunité de juridiction parce que les actes de torture qui leur sont reprochés ont été commis à titre officiel. Une telle position serait en conflit avec les obligations que divers traités imposent aux États, par exemple l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

7. Une demande d'extradition concernant un tel représentant présentée par son État de nationalité ne serait en aucune manière en conflit avec l'obligation des États de prévenir et de réprimer ce crime grave. Toutefois, en l'absence d'autres mécanismes d'engagement de la responsabilité pénale, l'invocation de l'immunité *ratione materiae* pour faire obstacle à l'exercice de l'action publique contre le représentant concerné ouvrirait la porte à l'impunité. Le risque est que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne soit plus exclusivement un « obstacle procédural » mais devienne un « obstacle substantiel ». En ce sens, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont souligné dans leur opinion individuelle commune dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* que le droit international s'efforçait « de concilier cette valeur [l'immunité] avec la lutte contre l'impunité, et non de faire triompher une norme sur l'autre » (paragraphe 79 de l'opinion individuelle commune).

8. Selon la Rapporteuse spéciale, l'équilibre à réaliser entre ces normes implique que les représentants de l'État jouissent d'une immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère absolue, et jouissent en règle générale de l'immunité *ratione materiae* moyennant certaines exceptions et limites concernant les crimes les plus graves. Les exceptions et limites mentionnées par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport ne concernent donc que l'immunité *ratione materiae*.

9. La Rapporteuse spéciale propose à juste titre, pour le projet d'article 7, un texte comparable à celui retenu par la Commission dans son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[224]. Ce texte correspond également à la plus grande partie de la pratique des États et de la jurisprudence internationale, qui visent la « non-applicabilité » de l'immunité ou le fait que l'immunité « ne peut être invoquée » devant les tribunaux internes. M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il approuve la mention des crimes liés à la corruption et de l'« exception territoriale » dans le projet d'article.

10. S'agissant du programme de travail futur sur le sujet, l'analyse des aspects procéduraux de l'immunité devant figurer dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale sera très utile en ce qui concerne la prévention des poursuites politiquement motivées et l'invocation ou la levée de l'immunité par l'État de nationalité de l'accusé. L'orateur dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

11. M. MURPHY dit que trois questions clefs doivent être examinées dans le cadre du débat sur le sujet. La première est celle de savoir si le projet d'article 7 relève du droit positif (*lex lata*) ou est une proposition visant à créer une nouvelle règle juridique. La seconde est celle de savoir si le projet d'article 7 doit être assorti de garanties procédurales pour qu'il ne puisse faire l'objet d'abus. La troisième est de savoir si, étant donné l'importance et le caractère délicat de la question des limites et exceptions à l'immunité et la probabilité qu'elle suscite des opinions divergentes au sein de la Commission, tout projet d'article sur cette question ne devrait pas être examiné et élaboré en même temps que le commentaire y relatif.

12. Le projet d'article 7 ne relève pas du droit positif mais est une règle juridique nouvelle, comme il ressort de plusieurs aspects du rapport. Premièrement, la Rapporteuse spéciale fait valoir à maintes reprises qu'il existe « une tendance nette et croissante » en faveur d'exceptions à l'immunité ; en soulignant l'existence d'une tendance, elle reconnaît implicitement que le projet d'article 7 n'est pas fondé sur le droit positif mais est une proposition visant à créer une nouvelle règle juridique.

13. Deuxièmement, le rapport ne contient aucune évaluation empirique de l'existence de la tendance invoquée, et les quelques éléments de preuve qu'il invoque ne définissent aucun segment temporel particulier dans l'apparition d'exceptions ou de limites. En fait, certains éléments, par exemple des affaires portées récemment devant la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme, semblent donner à penser qu'une telle tendance n'existe pas, voire qu'il existe une tendance opposée, comme l'illustre la réduction récente du champ d'application de certaines lois nationales.

14. Troisièmement, bien qu'elle reconnaisse au paragraphe 20 *a* de son rapport que les États ne s'accordent pas quant à savoir dans laquelle des deux catégories (*lex lata* ou *lex ferenda*) classer les différentes questions relatives aux exceptions, la Rapporteuse spéciale minimise l'importance de cette observation en n'en tenant pas

[224] *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

compte lorsqu'elle examine si la pratique des États et l'*opinio juris* étayent l'existence, en droit positif, d'une règle sur les exceptions à l'immunité.

15. Quatrièmement, la jurisprudence des tribunaux internes ne corrobore pas le projet d'article 7. Bien que la Rapporteuse spéciale affirme que la jurisprudence interne confirme l'existence de certaines limites et exceptions à l'immunité *ratione materiae*, elle ne recense, sur les cinquante dernières années, que 11 affaires dans lesquelles une juridiction interne a refusé l'immunité *ratione materiae* à un représentant d'un État étranger dans une affaire pénale dans laquelle la commission d'un crime international était en cause. Du point de vue de la détermination du droit international coutumier, cette jurisprudence n'est ni répandue ni représentative.

16. De plus, la Rapporteuse spéciale affirme à tort dans son rapport que les tribunaux internes n'ont accordé l'immunité *ratione materiae* que dans « un petit nombre de cas » concernant des crimes internationaux graves. En réalité, ces cas sont nombreux, spécialement si l'on examine à la fois la jurisprudence pénale et la jurisprudence civile. On ne peut donc pas dire que la jurisprudence est sans équivoque favorable au projet d'article 7. De plus, pour évaluer scrupuleusement la jurisprudence interne, il aurait fallu prendre en compte non seulement les affaires dont ont connu les tribunaux internes, mais aussi les situations dans lesquelles il n'y a pas eu de poursuites et les raisons pour lesquelles il n'y en a pas eu, dont la conviction que le représentant concerné jouissait de l'immunité.

17. Cinquièmement, les législations nationales ne corroborent pas le projet d'article 7. Comme la Rapporteuse spéciale le note au paragraphe 44 de son rapport, il existe très peu de lois internes consacrées à l'immunité de juridiction, et il est pour cette raison difficile d'identifier le droit établi en ce qui concerne de quelconques exceptions à l'immunité. De plus, la plupart de ces lois concernent l'immunité de l'État, non l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale indique que, même lorsqu'elles concernent cette dernière, elles prévoient une « exception territoriale », laquelle impliquerait l'existence d'une exception analogue en matière pénale. Or force est de reconnaître que les législations nationales ne prévoient aucune exception à l'immunité en relation avec la commission d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre − un fait qui semble également pertinent. Bien que la Rapporteuse spéciale mentionne dans son rapport plusieurs lois récentes qui donnent effet au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, elle indique aussi que nombre d'entre elles ne sont applicables qu'à la remise de personnes à la Cour, et que cinq États seulement ont adopté des lois d'application de portée plus large.

18. Sixièmement, la jurisprudence internationale ne corrobore pas le projet d'article 7, et la Rapporteuse spéciale semble vouloir écarter les implications d'une jurisprudence internationale relativement constante qui rejette les exceptions à l'immunité des représentants d'États étrangers. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a nié l'existence d'exceptions, certes dans le contexte de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en exercice. Dans son arrêt relatif aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, elle a également rejeté ces exceptions dans le contexte de l'immunité de l'État. Bien que ces affaires ne concernent pas l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État, les décisions de la Cour attestent l'importance qu'elle attache au caractère procédural de l'immunité et son rejet de l'idée qu'il doit exister des exceptions à l'immunité pour certains crimes. Dans son arrêt relatif aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour affirme qu'« en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée » (paragraphe 84 de l'arrêt). La Cour fait également observer qu'un problème de logique se poserait si le refus de l'immunité était subordonné à la gravité de l'acte allégué puisque, au moment où l'immunité est refusée, la commission de l'acte en cause n'a pas encore été établie. Ces observations semblent avoir une influence dans le cadre des actions civiles intentées contre des représentants de l'État au plan interne. Bien que l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* ne concerne pas l'immunité des représentants de l'État, les implications de l'arrêt de la Cour semblent contredire le projet d'article 7, tout comme certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme concernant des actions civiles.

19. La Rapporteuse spéciale s'appuie en partie sur l'affaire *Blaškić*, dont a connu 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. Or cette affaire concerne la capacité du Tribunal de citer des représentants de l'État à comparaître, non celle d'un État d'exercer sa juridiction à l'égard du représentant d'un État étranger. En fait, les tribunaux internationaux ne semblent pas considérer qu'il existe d'autres exceptions aux normes régissant l'immunité devant les tribunaux internes que celles relatives à la coopération énoncées dans leurs statuts.

20. Septièmement, d'une manière générale la pratique conventionnelle ne corrobore pas le projet d'article 7. Le cinquième rapport est particulièrement inégal à cet égard, invoquant la pratique conventionnelle quand elle étaye le projet d'article mais la laissant de côté lorsqu'elle ne le fait pas. Par exemple, la Rapporteuse spéciale conclut que l'exception territoriale prévue dans des traités concernant l'immunité des États de la juridiction civile étaye l'existence d'une exception analogue en matière pénale sans tenir compte du fait que les traités relatifs au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre, à la torture, aux disparitions forcées ou à la corruption ne prévoient pas une telle exception.

21. L'absence dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de toute disposition autorisant des exceptions pour ces motifs ne corrobore pas l'existence d'une tendance en faveur de limites et d'exceptions. De plus, la Rapporteuse spéciale ne tient pas compte du fait que des traités que les États continuent de considérer comme totalement acceptables, par exemple la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les

relations consulaires, auxquelles 191 États et 179 États, respectivement, ont accédé, ne prévoient pas d'exceptions à l'immunité des diplomates ou des agents consulaires qui seraient accusés de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. De fait, l'immunité pour les actes accomplis par les intéressés dans l'exercice de leurs fonctions officielles subsiste même après qu'ils ont quitté ces fonctions.

22. Les traités qui concernent spécifiquement le crime de génocide, les crimes de guerre, les disparitions forcées et l'apartheid ne refusent pas non plus expressément l'immunité aux représentants de l'État. Nombreux sont ceux qui considèrent que l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne vise que la responsabilité pénale individuelle et non l'immunité de la juridiction pénale étrangère. Quoi qu'il en soit, la Rapporteuse spéciale aurait pu indiquer que, puisque l'article VI de la Convention dispose que les suspects ne peuvent être traduits que devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le génocide aurait été commis ou devant une juridiction pénale internationale, l'immunité ne peut leur être refusée que dans ce contexte plus étroit. Les conventions visant à lutter contre la corruption ne contiennent pas non plus de dispositions refusant l'immunité aux représentants d'États étrangers, bien qu'elles en contiennent sur l'immunité des représentants de l'État sur le territoire de leur État de nationalité. S'il existait réellement une tendance à refuser l'immunité de juridiction pénale étrangère aux représentants de l'État accusés d'être impliqués dans des disparitions forcées, par exemple, on aurait pu s'attendre à ce que les rédacteurs de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, un instrument relativement récent, y fassent figurer une disposition à cet effet ; or ils ne l'ont pas fait.

23. Certains traités peuvent exclure l'immunité des représentants de l'État lorsqu'un crime est défini de telle manière qu'il ne peut être commis que par un représentant de l'État et lorsque chaque État partie est tenu d'exercer sa compétence à l'égard d'un suspect présent sur son territoire. Même dans ce cas, il s'agit d'une exception à l'immunité purement conventionnelle, tenant essentiellement au fait que l'État de nationalité du représentant a accepté l'absence d'immunité lorsqu'il a accédé au traité, et elle ne s'applique que lorsque le suspect est présent sur le territoire de l'État du for.

24. Enfin, en ce qui concerne la pratique conventionnelle, il est nécessaire d'expliquer pourquoi certains traités répressifs universels sont considérés comme confirmant les exceptions prévues au projet d'article 7 alors que d'autres, comme ceux relatifs à l'esclavage sexuel, la prostitution des enfants et la pédopornographie, le trafic de stupéfiants, les attaques contre les diplomates, la prise d'otages, les attentats terroristes à l'explosif ou la cybercriminalité, ne le sont pas.

25. Huitièmement, le rapport manque de cohérence en ce qu'il invoque des affaires, des législations ou des traités sans rapport avec le droit pénal. D'une manière générale, il attache une importance considérable aux jugements des tribunaux civils lorsqu'ils étayent le projet d'article 7 parce qu'ils admettraient des exceptions à l'immunité, mais considère que certaines affaires dont a connu la Cour européenne des droits de l'homme, dans lesquelles les exceptions à l'immunité ont été rejetées, ne sont guère pertinentes puisqu'elles concernent des questions civiles et non pénales.

26. Neuvièmement, le rapport contient un examen, qui est finalement abandonné, de la distinction entre trois situations différentes : celle où l'acte en cause n'est pas officiel et où la question de l'immunité *ratione materiae* ne se pose donc pas, lorsqu'il y a une limite à l'immunité ; celle où l'acte en cause est officiel mais si odieux que l'immunité ne s'appliquerait pas, lorsqu'il y a une exception à l'immunité ; et celle dans laquelle l'immunité est refusée pour une autre raison, par exemple pour permettre l'indemnisation des victimes. Au lieu d'admettre que les différences dans la manière dont les États et les tribunaux envisagent les limites et exceptions à l'immunité montrent que le projet d'article 7 ne relève pas du droit positif, le rapport regroupe les trois situations dans ce projet d'article, qui n'est donc pas solidement fondé. M. Murphy pense avec d'autres membres qu'il serait peut-être préférable de traiter séparément des limites et des exceptions au lieu de les envisager dans une seule disposition sur la non-applicabilité de l'immunité.

27. S'agissant du texte du paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, M. Murphy doute qu'il existe dans la pratique des États une tendance consistante à considérer que l'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes visés dans cet alinéa. Certains États lèvent l'immunité, d'autres ne le font pas. Dans certains cas, le tribunal refuse d'accorder l'immunité pour des raisons autres que le sentiment qu'il existe une exception à l'immunité pour les crimes internationaux. Il importe donc de déterminer dans chaque affaire si le tribunal s'est senti lié par une règle du droit international coutumier ou si d'autres questions étaient en jeu.

28. Quant au paragraphe 1 *b* du projet d'article 7, les trois affaires citées dans le rapport dans lesquelles un tribunal interne aurait refusé l'immunité *ratione materiae* à un représentant d'un État étranger dans une affaire pénale de corruption ne constituent pas la pratique répandue et représentative nécessaire pour établir l'existence d'une norme de droit international coutumier. L'un des arguments les plus fréquents en faveur de l'inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae* dans les affaires de corruption est qu'un acte de corruption ne peut être un acte officiel. Le fait de ne pas le distinguer de celui avancé pour justifier l'inapplicabilité dans le cas des crimes internationaux visés à l'alinéa *a* crée une confusion quant au sens et au champ d'application du projet d'article.

29. Pour ce qui est du paragraphe 1 *c* du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale n'explique pas que l'exception territoriale à l'immunité de la juridiction civile découle de l'idée qu'il est raisonnable qu'un État étranger soit civilement responsable des risques assurables. Cette explication ne se traduit toutefois pas facilement en une exception à l'immunité en cas de comportement délictueux de représentants. Si la Rapporteuse spéciale admet dans son rapport que les lois nationales sur l'immunité de l'État autorisent des exceptions en faveur des actes de l'État de caractère commercial ou privé (*jure gestionis*), elle omet l'autre face de la médaille, à savoir la

préservation de l'immunité de l'État pour les actes publics (*jure imperii*). Si l'existence d'une exception territoriale dans ces lois est pertinente s'agissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, le maintien de l'immunité pour les actes publics, par exemple les activités militaires, semble également pertinente, un point qui a été relevé dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*.

30. Comme le projet d'article 7 ne reflète pas le droit positif mais propose de nouvelles règles de droit, la Commission serait plus libre dans son approche du sujet si la Rapporteuse spéciale le reconnaissait. Lorsqu'elle élabore de nouvelles règles juridiques sur cette question, la Commission devrait lier ses travaux à la question des garanties procédurales. Elle ne doit pas tenter de parvenir à un accord sur le projet d'article 7 sans savoir quelles garanties procédurales permettront de prévenir les abus. Elle pourra donc vouloir s'abstenir de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction, ou le lui renvoyer étant entendu que le Comité le gardera jusqu'à ce que la Rapporteuse spéciale ait remis son rapport suivant.

31. Le lien entre le projet d'article 7 et les questions procédurales est illustré par deux exemples. Le premier est la situation décrite au paragraphe 82 du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial[225]. Le second est fourni par une instance introduite aux États-Unis d'Amérique contre Ehud Barak, un ancien Ministre israélien de la défense, dans laquelle il était allégué que celui-ci avait autorisé la torture et l'exécution extrajudiciaire d'un ressortissant des États-Unis. Tant le Gouvernement israélien que le Gouvernement des États-Unis appuyaient l'invocation de l'immunité par M. Barak au motif qu'il avait agi en sa qualité officielle. Accordant l'immunité à M. Barak et déboutant les demandeurs, le tribunal de district du District central de Californie a jugé qu'un accusé jouissait de l'immunité lorsque l'État souverain avait officiellement reconnu l'acte de son représentant et l'avait fait sien. Ainsi, l'attitude adoptée dans la procédure par l'État concerné est pertinente s'agissant d'accorder ou de refuser l'immunité.

32. Étant donné les divergences de vues au sein de la Commission sur ce qui est une question importante et délicate, tout projet d'article concernant cette question devrait être examiné et élaboré en même temps que les commentaires y relatifs, soit au Comité de rédaction, soit dans le cadre d'un groupe de travail.

33. M. TLADI, se référant à l'observation de M. Murphy selon laquelle le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7 devrait être examiné en même temps que les aspects procéduraux de l'immunité, dit que l'affaire *Ahmet Doğan* et al. *v. Ehud Barak* semble concerner davantage la définition d'un acte officiel que les exceptions à l'immunité. La Commission a adopté une définition d'un «acte accompli à titre officiel» sans attendre d'avoir examiné les aspects procéduraux de l'immunité. En fait, par le passé, il n'est pas rare que la Commission ait adopté des projets d'article avant d'examiner les aspects connexes d'un sujet. M. Tladi n'est donc pas convaincu que la Commission doive, comme l'affirme M. Murphy, examiner les aspects procéduraux de l'immunité avant d'adopter le projet d'article 7.

34. M. MURPHY dit que la Commission a souvent examiné des projets d'article simultanément parce qu'il était utile de voir la relation qui les unissait. Examiner non un seul projet d'article mais un groupe de projets d'article permet à la Commission de se faire une idée de la manière dont un projet se développe. Les aspects procéduraux de l'immunité peuvent être directement et diversement liés aux exceptions à l'immunité. Nombreux sont ceux qui considèrent la levée de l'immunité comme une forme d'exception. Dans une affaire comme l'affaire *Ahmet Doğan* et al. *v. Ehud Barak*, la notion d'acte officiel, la capacité de maintenir l'immunité et la position de l'État invoquant l'immunité en tant qu'obstacle procédural sont liées. Pour cette raison, les projets d'article ne peuvent être envisagés isolément les uns des autres. M. Murphy souligne que l'immunité est une question très délicate et complexe sur laquelle la Commission a tenu un débat quelque peu explosif six ans auparavant. Il est lui-même extrêmement préoccupé par ce qui est et ce qui n'est pas le droit, et il indique que sa proposition visait à faciliter un accord, premièrement en décidant si le but de la Commission est de codifier le droit, deuxièmement en déterminant comment lier les exceptions aux questions procédurales, et troisièmement en déterminant comment traiter la question dans le commentaire.

35. M. JALLOH dit que, s'il comprend que les propositions de M. Murphy visent à réduire au minimum les divergences d'opinions au sein de la Commission, il lui semble quelque peu hasardeux de débattre des mécanismes procéduraux avant que la Rapporteuse spéciale ait présenté son sixième rapport.

36. M. HMOUD dit que la question de savoir s'il existe des exceptions ou limites substantielles n'a rien à voir avec la procédure.

37. M. MURPHY dit qu'il n'y aurait aucun inconvénient à suspendre l'examen du projet d'article 7 jusqu'à la session suivante, lors de laquelle le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale sera disponible, ou à renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction mais en l'y maintenant jusqu'à ce que la Commission ait examiné certains des aspects procéduraux de l'immunité. Les deux questions, les exceptions à l'immunité et la procédure, sont liées, parce qu'il est impossible de démontrer à partir de 11 affaires seulement qu'il existe une règle de droit établie sur les exceptions et les limites. Si la Commission veut dire le droit et bien le faire, elle doit veiller à ne pas ouvrir la porte à l'invocation pernicieuse de nouvelles exceptions. L'orateur dit qu'il ne pourrait appuyer le nouveau régime reposant sur le projet d'article 7 en l'absence de garanties procédurales propres à empêcher les procureurs ou juges d'instruction d'engager des poursuites punitives contre des représentants étrangers.

38. M. CISSÉ dit que la question substantielle des exceptions et la question formelle de la procédure vont de pair. La Rapporteuse spéciale a besoin de suffisamment de temps pour établir un rapport exhaustif sur les questions procédurales, étant donné en particulier le caractère délicat du sujet.

[225] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin), p. 447.

39. M. ŠTURMA dit qu'il pense comme plusieurs autres orateurs que les crimes liés à la corruption ne devraient pas figurer parmi les exceptions à l'immunité. Il appuie par contre l'exception territoriale, qui doit toutefois être assujettie à certaines conditions.

40. L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la pratique des tribunaux internes dans son cinquième rapport révèle une nette tendance à accepter l'idée que la commission de crimes internationaux fait obstacle à l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, soit parce que ces crimes ne peuvent être considérés comme des actes officiels, soit parce qu'ils sont si graves qu'ils portent atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble. Cette conclusion semble reposer sur deux types d'arguments, des arguments inductifs et des arguments déductifs.

41. L'argument inductif a trait à la pratique législative et judiciaire des États. Malgré la diversité des positions des tribunaux internes, on constate une tendance en faveur des exceptions à l'immunité. Si presque tous les tribunaux internes considèrent que les chefs d'État et certains représentants de haut rang jouissent de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, certains tribunaux ont jugé que l'immunité *ratione personae* pouvait cesser de s'appliquer si un traité international établissait clairement qu'il y avait été renoncé, qu'elle avait été levée ou qu'elle ne pouvait être invoquée, comme le fait l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il est toutefois manifeste que la jurisprudence est loin d'être uniforme sur la question de l'immunité *ratione materiae*.

42. La pratique pertinente des États peut être reflétée dans leurs législations nationales qui, bien que loin d'être uniformes, indiquent qu'une tendance en faveur de certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* est en train de se faire jour. Enfin et surtout, les opinions exprimées par diverses délégations à la Sixième Commission, qu'on les considère comme preuve de la pratique des États ou expression de l'*opinio juris*, appuient certaines exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Plusieurs États ont dit que les crimes internationaux devaient être considérés a priori comme ne bénéficiant pas de l'immunité.

43. Ces arguments inductifs indiquant l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État peuvent être complétés par plusieurs arguments déductifs fondés sur les tendances et valeurs du droit international contemporain. Premièrement, l'acceptation du caractère impératif des normes du *jus cogens* protégeant les valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble a amené certains tribunaux internes et de nombreux auteurs à interpréter ces normes comme permettant de limiter ou d'écarter l'immunité, nonobstant la décision rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, qui a rejeté cette position mais que l'orateur juge critiquable.

44. Deuxièmement, étant donné la nécessité de protéger les droits de l'homme, l'accès à la justice et le droit à réparation des victimes, certaines juridictions régionales, en particulier la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont jugé que, dans les affaires concernant les crimes internationaux exceptionnellement graves visés au paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, l'État était tenu d'enquêter et de punir les responsables de tels crimes. Dans de tels cas, l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État peut être considérée comme un obstacle au droit d'accès à la justice.

45. Troisièmement, l'engagement de la responsabilité pénale des individus en sus de celle des États pour la commission de crimes de droit international a influé sur les règles traditionnelles régissant l'immunité. Si la Cour internationale de Justice a, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, jugé que l'élargissement de la juridiction pénale d'un État en application d'une obligation *aut dedere aut judicare* énoncée dans une convention internationale ne modifiait pas les immunités au regard du droit international coutumier, la situation semble différente en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, qui couvre généralement tous les actes de tous les représentants. S'il n'y avait pas d'exception à cette immunité, il serait le plus souvent impossible d'engager des poursuites du chef de crimes internationaux contre des représentants de l'État.

46. Quatrièmement, l'obligation des États d'établir et d'exercer leur compétence pour connaître des crimes de droit international fournit un moyen de résoudre les éventuels conflits de normes par l'interprétation systémique du droit international. L'approche reposant strictement sur la hiérarchie des normes n'est adaptée que lorsqu'il existe un conflit direct entre deux normes incompatibles. Tel n'est pas le cas des règles relatives à l'immunité, qui ont un caractère procédural. On voit mal comment de telles règles pourraient être en conflit avec des normes du *jus cogens* interdisant des actes qui constituent des crimes au regard du droit international. La conclusion, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, selon laquelle un obstacle procédural à l'immunité n'aboutit pas à l'impunité n'est valide que lorsqu'une instance de droit pénal autre que les tribunaux de l'État du for, par exemple un tribunal de l'État du représentant ou une juridiction pénale internationale compétente, peut être saisie. En l'absence d'une telle instance, l'immunité de juridiction pénale étrangère perd son caractère exclusivement procédural.

47. Bien que la pratique des États offre divers exemples étayant l'idée qu'il existe des exceptions à l'immunité des représentants de l'État, cette pratique est loin d'être uniforme et offre également de bons arguments en sens contraire. Ainsi, les arguments inductifs en faveur des exceptions doivent être complétés par des arguments déductifs et mis en balance avec ceux-ci. Un dernier argument concerne la nécessité d'éviter la fragmentation et de promouvoir l'intégration systémique du droit international. Ce droit étant un ordre ou système juridique, il ne peut comprendre une règle imposant telle ou telle conduite et une autre l'interdisant ; or tel serait le résultat si l'immunité était considérée comme absolue. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées mentionnent expressément les représentants de l'État dans la définition des crimes en question. Comme les États sont tenus

d'établir et d'exercer leur compétence pour connaître de ces crimes, ils ne peuvent dans le même temps être empêchés de poursuivre les représentants de l'État par une immunité *ratione materiae* absolue. À la différence de l'argument fondé sur le *jus cogens*, cette approche ne définit pas la situation en termes absolus, comme imposant un choix entre l'interdiction impérative d'un crime et l'immunité. Elle prône une interprétation permettant aux deux règles d'avoir le plus large effet possible, conformément au principe de l'harmonisation.

48. S'il pense avec d'autres membres de la Commission qu'un rapport sur les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État aurait facilité le débat sur les exceptions, M. Šturma ne souhaite pas ajourner l'examen du projet d'article 7. Tant les paramètres substantiels des exceptions, au moins ceux concernant les principaux crimes de droit international, que les règles procédurales relatives à l'invocation de l'immunité ou la renonciation à celle-ci, y compris la renonciation implicite dans certaines situations, sont nécessaires à cette fin. Il importe d'examiner les critères concernant les exceptions à l'immunité, car en droit international contemporain l'immunité n'est pas considérée comme absolue, mais également les règles procédurales qui protègent les États et leurs représentants contre les abus de ces exceptions sous la forme d'enquêtes et de poursuites politiquement motivées ou légalement injustifiées diligentées par les autorités pénales d'autres États. M. Šturma recommande que les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 7 soient renvoyés au Comité de rédaction.

49. Mme LEHTO dit que la question extrêmement complexe et politiquement délicate des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État, examinée dans le cinquième rapport solidement argumenté et reposant sur une recherche approfondie présenté par la Rapporteuse spéciale, est un élément clé du sujet à l'examen. En se référant à des travaux antérieurs de la Commission sur d'autres aspects du sujet ainsi qu'aux traités, à la pratique législative des États et à la jurisprudence internationale et nationale en la matière, la Rapporteuse spéciale réalise l'équilibre voulu entre la nécessité de maintenir la stabilité des relations internationales et celle d'engager la responsabilité des auteurs des crimes internationaux les plus graves, concluant qu'il n'y a ni limites ni exceptions à l'immunité personnelle des chefs d'État ou de gouvernement et des ministres des affaires étrangères lorsqu'ils sont en fonctions mais qu'il peut y avoir des exceptions dans le contexte de l'immunité fonctionnelle.

50. Inévitablement, le régime coutumier des immunités a été influencé par l'évolution qu'a connue le droit pénal international ces dernières décennies, y compris la création de juridictions pénales internationales qui ne reconnaissent pas la qualité officielle ou les immunités comme faisant obstacle à l'engagement de la responsabilité et le rôle clef que jouent les tribunaux internes dans les enquêtes et les poursuites concernant les crimes internationaux. En outre, il existe maintenant des tribunaux internationalisés ou hybrides, des affaires sont renvoyées par des juridictions internationales à des tribunaux internes et le principe de complémentarité énoncé dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale veut que ce soit aux systèmes judiciaires nationaux qu'il incombe au premier chef d'enquêter sur les crimes graves et d'en poursuivre les auteurs. Tous ces facteurs exigent une approche de l'immunité cohérente et prévisible.

51. Lorsqu'elle analyse les exceptions à l'immunité, la Commission doit tenir compte des lois nationales adoptées pour donner effet au Statut de Rome. Par exemple, lorsque la Finlande a ratifié le Statut en 2000, elle a veillé à faire en sorte de pouvoir exercer sa compétence pour connaître du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et a modifié son Code pénal pour pouvoir également exercer la compétence universelle à l'égard de ces crimes.

52. Mme Lehto dit qu'elle ne partage pas les préoccupations exprimées par d'autres membres de la Commission au sujet de la longueur du cinquième rapport et du nombre d'affaires citées, car un tableau exhaustif de l'état du droit en matière d'exceptions est utile. En particulier, l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* confirme qu'il n'y a pas d'exception à l'immunité *ratione personae*, comme le stipule le paragraphe 2 du projet d'article 7. Cet arrêt invoque également l'argument fondé sur les voies de recours alternatives, que la Rapporteuse spéciale critique à juste titre au paragraphe 151 de son rapport. Lorsque de telles voies de recours ne sont pas disponibles ou efficaces, les règles relatives à l'immunité seront en conflit avec les normes interdisant les crimes internationaux, un obstacle procédural devenant ainsi un obstacle de fond. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale examine plusieurs aspects de ce conflit, y compris le caractère du *jus cogens* d'une telle interdiction, l'obligation et la responsabilité première des États d'enquêter sur ces crimes et d'en poursuivre les auteurs ainsi que le droit d'accès à la justice et le droit à réparation des victimes. L'analyse détaillée de la jurisprudence internationale a également l'intérêt de montrer que la question des exceptions n'a été envisagée que partiellement par différentes juridictions, dans les limites de chaque affaire particulière, et que certaines des conclusions ne sont donc pas pertinentes.

53. La Rapporteuse spéciale conclut, au paragraphe 121 de son rapport, qu'une tendance majoritaire se dégage dans la jurisprudence nationale en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité *ratione materiae*, mais qu'il n'en est pas moins difficile d'affirmer qu'il existe une règle de droit coutumier claire et incontestée en ce sens. Cela semble constituer une description valide de la situation, et la Commission est effectivement face à un choix qui relève pleinement de son mandat. Mme Lehto dit qu'elle pense comme la Rapporteuse spéciale que les crimes internationaux les plus graves doivent être considérés comme constituant une limitation ou exception aux règles procédurales ordinaires de l'immunité. Dans le même temps, l'immunité demeure la règle générale qui protège certaines fonctions spécifiques de l'État dans ses relations internationales, même si la responsabilité d'anciens représentants de l'État peut être engagée dans le cas peu probable où ils auraient commis de tels crimes.

54. La distinction entre limites et exceptions que fait la Rapporteuse spéciale est un outil analytique utile mais n'a pas de conséquences pratiques et ne devrait donc pas être reflétée dans le projet d'article 7. Mme Lehto appuie

l'inclusion de la liste de crimes figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article en tant que catégorie de crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas. La torture et les disparitions forcées sont des crimes contre l'humanité mais elles méritent d'être mentionnées séparément parce qu'elles ont leurs régimes conventionnels propres. Peut-être est-il possible d'ajouter d'autres catégories de crimes à cet alinéa, mais son champ d'application doit demeurer relativement limité. L'agression est indubitablement un crime international aussi grave que ceux visés à l'alinéa *a* et envisagés dans le Statut de Rome. La Finlande a ratifié les Amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression (les amendements de Kampala), et, bien que son Parlement ait souligné que la Finlande devait pouvoir exercer sa compétence pour connaître de ce crime, elle ne l'a pas ajouté à la catégorie des crimes à l'égard desquels la Finlande pouvait exercer la compétence universelle, faisant observer que ce crime n'était pas incontestablement un crime relevant de la compétence universelle. L'oratrice souscrit donc aux conclusions de la Rapporteuse spéciale figurant au paragraphe 222 du rapport à l'examen.

55. En ce qui concerne le paragraphe 1 *b* du projet d'article 7, M^me^ Lehto pense que les crimes liés à la corruption n'ont pas leur place dans le projet d'article. Le concept de corruption n'est pas clair et peut s'appliquer à beaucoup d'infractions différentes, y compris des crimes transnationaux qui ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils servent des intérêts privés. Pour ce qui est du paragraphe 1 *c*, l'oratrice convient qu'il y a suffisamment de raisons de dire qu'il n'y a pas d'immunité pour les crimes commis sur le territoire de l'État du for, mais c'est dans le commentaire que cette question devrait être traitée. Le paragraphe 2 est conforme aux travaux menés antérieurement par la Commission et rend compte de la *lex lata*. Quant au paragraphe 3, l'oratrice dit qu'elle est favorable à l'inclusion d'une clause « sans préjudice » mentionnant expressément les obligations de coopérer pouvant découler d'autres régimes par lesquels un État est lié.

56. Si les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont importants, il n'est pas vrai que la Commission ne peut pas examiner le projet d'article 7 tant qu'elle n'a pas reçu un rapport complet sur cette question. Le représentant de la Norvège à la Sixième Commission, parlant au nom des pays nordiques, a certes déclaré que des garanties procédurales solides étaient importantes pour l'ensemble du régime des immunités et des exceptions, mais il a également appuyé sans réserve et inconditionnellement le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7. L'oratrice recommande le renvoi de ce projet d'article au Comité de rédaction.

57. M. JALLOH dit que, comme la Rapporteuse spéciale l'a noté dans son cinquième rapport − un document réfléchi et créatif −, les limites et exceptions à l'immunité sont l'une des principales questions, sinon la principale question, que la Commission doit examiner dans le cadre de ses travaux sur le sujet controversé de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Comme plusieurs membres de la Commission l'ont dit, elle devrait pour cette raison s'efforcer de réaliser un équilibre entre, d'une part, la souveraineté, l'exercice de la compétence et les limites procédurales imposées par l'institution de l'immunité et, de l'autre, les impératifs contemporains de la justice, la responsabilité individuelle et les efforts que fait la communauté internationale pour lutter contre l'impunité.

58. Dans leurs observations sur le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, certains membres de la Commission ont mis en garde contre le risque d'atteinte à la stabilité des relations internationales et celui, encore plus grave, d'invocation abusive et politiquement motivée d'exceptions à l'immunité, en particulier à l'encontre des dirigeants d'États peu puissants. Récemment, plusieurs dirigeants africains ont fait écho à ces préoccupations, mais la plupart de ceux qui l'ont fait ont eux-mêmes été accusés d'avoir fomenté des atrocités criminelles. On invoque souvent le risque d'atteinte à la stabilité des relations internationales sans fournir des preuves empiriques, mais on omet de mentionner l'instabilité et les autres conséquences néfastes qu'ont de telles atrocités dans l'État touché, dans les États voisins et pour la communauté internationale dans son ensemble.

59. Il faut se souvenir que, peu après sa création, la Commission a conclu qu'il n'était pas possible de maintenir une distinction nette entre le développement progressif du droit international et sa codification, définis dans son statut comme l'objet de ses travaux. Ainsi, la Commission devrait se garder de donner à la codification la priorité sur le développement progressif. De fait, il est probable que la Commission aura davantage de chances d'aboutir sur le sujet à un résultat acceptable pour la plupart de ses membres, voire pour tous, si elle garde à l'esprit la position prudente, sage et pratique qui est historiquement la sienne en ce qui concerne l'impossibilité de maintenir une telle distinction.

60. En ce qui concerne la méthodologie, M. Jalloh pense avec d'autres membres de la Commission que la Rapporteuse spéciale a réuni sur la pratique quantité d'informations sur lesquelles repose le projet d'article et qui pourront à l'avenir se révéler utiles pour les publicistes et les praticiens aux niveaux national et international. L'approche adoptée dans le rapport suscite toutefois des préoccupations. M. Jalloh ne pense pas, et c'est l'essentiel, que le droit international coutumier prévoie actuellement des exceptions à l'immunité dont jouissent les représentants des États devant les tribunaux internes des autres États en cas de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide, comme l'a souligné à maintes reprises la Cour internationale de Justice depuis l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*.

61. Bien qu'il puisse, au niveau normatif, accepter la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il existe une « tendance nette et croissante » en faveur de limitations et d'exceptions à l'immunité, M. Jalloh n'est pas certain que les affaires citées pour étayer cette conclusion soient les plus pertinentes, car plusieurs d'entre elles concernent des questions civiles et non pénales. De plus, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, longuement examiné dans le rapport, semble contredire la conclusion selon laquelle il existe actuellement des limitations et exceptions juridiques expresses à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. L'orateur

n'en convient pas moins avec la Rapporteuse spéciale que l'arrêt rendu dans cette affaire est plus limité dans sa portée qu'on le pense souvent. Ainsi, s'il accepte la conclusion de la Rapporteuse spéciale, il n'est pas certain que celle-ci ait choisi les meilleurs moyens pour y parvenir. Peut-être aurait-elle dû suivre de plus près le processus établi pour déterminer le droit international coutumier décrit au paragraphe 183 du rapport à l'examen. Toutefois, si la Commission est engagée dans un processus de développement progressif, cette préoccupation disparaîtra en grande partie.

62. Le fait que le rapport soit parfois un peu hésitant, voire même un peu contradictoire, n'est pas fatal à la conclusion ultime de la Rapporteuse spéciale, à savoir qu'il existe une « tendance nette » en faveur de limitations et d'exceptions à l'immunité, au moins en ce qui concerne certains crimes graves tels que ceux visés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. De fait, il est possible d'aboutir à une telle conclusion sur la base de la pratique des juridictions internationales, nonobstant leur relation verticale avec les tribunaux internes.

63. S'agissant du projet d'article 7, M. Jalloh pense qu'il faut conserver l'alinéa *a* et supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1, et conserver les paragraphes 2 et 3.

64. D'une manière générale, M. Jalloh approuve l'alinéa *a* du paragraphe 1, qui dispose que l'immunité ne s'applique pas à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, les trois principaux crimes internationaux à l'égard desquels la Cour pénale internationale exerce actuellement sa compétence. Comme indiqué dans le préambule du Statut de Rome, ces crimes en sont venus à être considérés comme « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » qui « ne sauraient rester impunis ». Les explications de l'omission du crime d'agression de cet alinéa données par la Rapporteuse spéciale ne sont toutefois pas convaincantes. S'il est vrai que le crime d'agression, comme les crimes contre l'humanité, ne fait pas actuellement l'objet d'une convention distincte, le jugement du Tribunal de Nuremberg du 30 septembre 1946 a établi que déclencher une guerre d'agression était « le crime international suprême »[226]. L'adoption par l'Assemblée générale d'une définition de l'agression dans sa résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 et l'inclusion du crime d'agression dans le Statut de Rome montrent que ce crime peut donner lieu à des poursuites pénales devant les juridictions internes et internationales. De plus, il est inexact d'affirmer que très peu de lois nationales répriment le crime d'agression, puisque environ 40 États exercent actuellement leur compétence pour en connaître, et qu'une très large définition en a été incluse à l'article 28M du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme tel que modifié par le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo).

65. Si, comme il est fort probable, l'Assemblée des États parties au Statut de Rome vote pour permettre à la Cour pénale internationale d'exercer sa compétence pour connaître du crime d'agression en application des amendements de Kampala, la Cour sera automatiquement compétente pour connaître de ce crime. Les États parties au Statut de Rome peuvent toutefois décider de ne pas accepter les amendements de Kampala et la Cour ne sera pas compétente pour connaître du crime lorsqu'il est commis par des nationaux ou sur le territoire d'un État qui n'est pas partie au Statut de Rome. De plus, dans l'affaire *R v. Jones*, la Chambre des lords du Royaume-Uni a jugé en 2006 que le crime d'agression relevait du droit international coutumier mais ne pouvait faire l'objet de poursuites devant les tribunaux internes en l'absence d'une approbation législative.

66. Dans ce contexte, autoriser l'application de l'immunité à l'égard du crime d'agression tout en l'excluant à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre affaiblirait les amendements de Kampala. La Rapporteuse spéciale pourrait, dans le cadre du Comité de rédaction, ajouter le crime d'agression à la liste figurant au paragraphe 1 *a*, une solution qui aurait la préférence de l'orateur, ou au moins s'abstenir d'adopter une décision finale de ne pas inclure ce crime jusqu'à ce que la Commission ait eu la possibilité d'examiner la décision qui sera adoptée en décembre 2017 par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome. Si la Commission décide de ne pas ajouter le crime d'agression à la liste du paragraphe 1 *a*, elle laissera subsister une lacune juridique importante qui nuira à l'efficacité des enquêtes et des poursuites concernant ce crime. De plus, en établissant une hiérarchie entre le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité d'une part et le crime d'agression de l'autre, la Commission compromettra le statut du crime d'agression, réduisant ainsi le champ d'application et la portée du Statut de Rome, qui postule que des poursuites sont engagées devant les tribunaux internes en application du principe de complémentarité.

67. Si des préoccupations légitimes peuvent être exprimées en ce qui concerne la mention de la torture en tant que crime distinct au paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, eu égard en particulier au fait qu'en droit international coutumier la torture est de plus en plus considérée comme un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, cette mention est néanmoins justifiée eu égard au caractère présumé impératif de l'interdiction de la torture. Celle-ci est définie comme un crime distinct à l'article premier, paragraphe 1, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et, comme l'indiquent plusieurs jugements du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, les principaux éléments de cette définition sont généralement acceptés par la communauté internationale. L'orateur se félicite donc de la décision progressiste de mentionner la torture au paragraphe 1 *a*, qui signale une évolution juridique bienvenue à l'appui du consensus international tendant à considérer la torture comme un crime international distinct et odieux.

68. La mention des disparitions forcées au paragraphe 1 *a* est aussi justifiable et louable du point de vue du développement progressif. Certains États pourraient toutefois y être opposés. Le crime est défini à l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes

[226] Voir Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, vol. 22, Nuremberg, 1949, p. 456.

les personnes contre les disparitions forcées, à laquelle 56 États sont parties. Dans le jugement qu'il a rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que les disparitions forcées entraient dans la catégorie des « autres actes inhumains », et la jurisprudence du système interaméricain est particulièrement instructive à cet égard.

69. Au lieu d'énumérer les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, une formule plus générale peut être utilisée au paragraphe 1 *a* afin d'exclure l'application de l'immunité à l'égard des « crimes les plus graves au regard du droit international ».

70. En ce qui concerne le paragraphe 1 *b*, l'orateur dit qu'il n'est pas convaincu que la notion de crimes liés à la corruption soit tout à fait claire. Dans le système régional africain, des efforts ont été faits pour définir la corruption et les infractions connexes dans une disposition unique. La corruption et les infractions connexes, quelle que soit leur gravité, sont définies à l'article 4 de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, et cette définition est reproduite à l'article 28I du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme tel que modifié par le Protocole de Malabo, dans lequel elle est subordonnée à la condition que les actes visés soient « d'une nature telle qu'ils affectent la stabilité de l'État ». Cette condition vise à établir un seuil de gravité aux fins de la responsabilité pénale internationale. En fait, on peut arguer que le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ne rend pas suffisamment compte de la gravité du crime de corruption, qui a des conséquences de vaste portée pour les États et peut, selon certains auteurs, constituer un crime contre l'humanité. L'orateur doute néanmoins qu'il soit opportun de faire figurer la corruption au nombre des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas.

71. En ce qui concerne le paragraphe 1 *c*, il ne semble pas approprié de prévoir une exception territoriale, laquelle existe en matière civile mais non en matière pénale.

72. M. Jalloh dit qu'il ne partage pas la préoccupation de M. Tladi qui craint que les dispositions du paragraphe 3 ne compromettent des procédures judiciaires en cours, car l'obligation de coopérer avec un tribunal international ne s'impose qu'aux États parties au statut de ce tribunal et non aux autres États, à moins que cette obligation ne soit imposée par une résolution adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En ce qui concerne l'affaire *Al Bashir*, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a jugé, dans sa décision d'avril 2014 relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, que le fait même que la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité, en date du 31 mars 2005, avait renvoyé la situation à la Cour donnait naissance à une obligation de coopérer avec celle-ci, et que le Conseil de sécurité avait « implicitement levé les immunités dont jouissait Omar Al Bashir en vertu du droit international et qui s'attachaient à sa fonction de chef d'État » (paragraphe 29 de la décision). Pour l'orateur, le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome impose au Soudan une obligation générale de coopérer avec la Cour qui découle d'une résolution constituant une « décision » au sens de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies, obligation qui, en cas de conflit, doit prévaloir conformément à la clause de suprématie énoncée à l'Article 103 de la Charte. Quoi qu'il en soit, les dispositions du paragraphe 3 ne s'appliquent pas à la seule Cour, mais à tout « tribunal international », pénal ou non, et s'appliquent seulement à l'« État du for ».

73. Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Jalloh souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'examiner les aspects procéduraux de l'immunité dans son sixième et dernier rapport. Il estime que la mise en place de garanties procédurales comme celles prévues à l'article 18 du Statut de Rome répondra à nombre des objections formulées par des membres de la Commission. Il fait observer à cet égard que, dans une décision adoptée en 2009 par l'Assemblée de l'Union africaine, les États africains se sont déclarés convaincus de la nécessité de créer un organisme de réglementation international ayant compétence pour examiner et/ou traiter des plaintes ou des appels consécutifs à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle par différents États[227]. De plus, le Statut de Rome donne l'exemple d'un mécanisme permettant de surseoir à l'exécution d'une demande à raison d'une enquête ou de poursuites en cours. Quoi qu'il en soit, l'orateur exhorte la Rapporteuse spéciale à présenter dans son sixième rapport des propositions répondant aux préoccupations exprimées en ce qui concerne l'abus éventuel des exceptions à l'immunité. La Commission ne doit toutefois pas ajourner l'adoption du projet d'article 7 jusqu'à ce qu'elle ait examiné la question d'un mécanisme procédural.

74. M. Jalloh dit qu'il appuie pleinement le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction, à charge pour celui-ci de procéder aux amendements proposés par les membres de la Commission, y compris la suppression de la mention des crimes liés à la corruption et de l'exception territoriale.

La séance est levée à 13 h 5.

3363e SÉANCE

Mercredi 24 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

---

[227] Voir Décisions et déclarations de la treizième session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, 1er-3 juillet 2009, Syrte (Jamahiriya arabe libyenne), Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle [Doc.Assembly/AU/11 (XIII)], par. 5.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. M. TLADI rappelle que, à la 3361e séance de la Commission, il avait fait valoir que la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 3 du projet d'article 7 était en réalité entièrement préjudicielle. M. Jalloh, qui s'est efforcé de réfuter cet argument à la 3362e séance, a donné une interprétation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui montre précisément pourquoi le paragraphe 3 du projet d'article 7 est préjudiciel : cette disposition porte à croire quelque chose à propos du contenu de la règle de droit d'un autre régime qui est encore controversé. Pour sa part, M. Tladi estime qu'il s'agit d'une source de préoccupation profonde et juge donc inacceptable le paragraphe 3 du projet d'article 7. La seule solution serait d'avoir une clause « sans préjudice » qui s'applique au projet d'articles dans son ensemble plutôt qu'à une seule disposition.

3. M. JALLOH dit que ce qu'il a voulu montrer, c'est que le paragraphe 3 du projet d'article 7 contient une référence, non pas spécifiquement à la Cour pénale internationale, mais à une juridiction internationale qui n'a pas nécessairement à être pénale. S'il n'est pas convaincu qu'une large clause « sans préjudice » soit souhaitable, il est ouvert à une discussion plus approfondie sur cette question.

4. M. GÓMEZ ROBLEDO, se référant au cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, dit que la nécessité de traiter le sujet des exceptions à l'immunité ne fait aucun doute ; reste à savoir s'il faut éviter tout développement progressif du droit international, à tout prix et contre les souhaits de la communauté internationale, ou si la Commission doit faire preuve de la même hardiesse et de la même créativité que par le passé.

5. Les États qui ont fait des observations concernant le sujet au cours du dernier débat à la Sixième Commission ont exprimé des opinions divergentes, mais cette absence de consensus n'indique en aucun cas qu'ils sont opposés à l'examen du sujet, comme l'ont laissé entendre certains membres de la Commission du droit international (CDI). En outre, il serait prématuré de tirer une conclusion quelconque du débat à la Sixième Commission, car celui-ci sera influencé par le débat en cours au sein de la CDI. Comme indiqué au paragraphe 19 *a* du rapport, certains anciens membres ou membres actuels de la CDI ont soutenu qu'il n'existait aucune exception à l'immunité, mais ils n'ont été qu'une minorité.

6. Pour étudier le sujet, il importe de se reporter au début des discussions sur la responsabilité pénale individuelle tenues en 1950, lorsque la Commission a adopté les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[228] (Principes de Nuremberg). Dans son commentaire sur le principe III, la Commission a reconnu que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne pouvait s'appliquer à des actes condamnés en tant qu'actes criminels en droit international[229]. En 1996, elle a exprimé la même idée fondamentale dans son commentaire relatif à l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[230].

7. Dans ce projet de code, la Commission avait envisagé la compétence concurrente d'une cour pénale internationale pour compléter la compétence des juridictions nationales dont elle estimait la participation cruciale pour l'application effective du code. Cette idée a trouvé sa traduction dans le principe de complémentarité sur lequel repose le fonctionnement de la Cour pénale internationale. Conformément à ce principe, les juridictions nationales ont la priorité en matière de poursuite des auteurs de crimes visés par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ; il est donc essentiel de renforcer leur capacité à mener de telles poursuites.

8. Trois principes établis par la Commission et consacrés dans le Statut de Rome doivent être pris en considération, y compris par les tribunaux nationaux : la qualité de représentant n'est pas pertinente pour la détermination de la responsabilité pénale individuelle ; les immunités qu'accorde le droit national ou international ne s'appliquent pas devant la Cour pénale internationale ; l'obéissance aux ordres donnés par leurs supérieurs n'exempte pas les auteurs de leur responsabilité pénale.

9. S'il a bien conscience que le projet d'articles n'est en aucune façon lié à la création d'un tribunal international, M. Gómez Robledo se demande si la Commission peut ignorer l'évolution du droit qu'a induite le Statut de Rome. Ces faits nouveaux juridiques ne sont pas des valeurs vagues ou de simples « fragments », comme les a décrits M. Murphy ; ils constituent du droit positif et montrent que la communauté internationale est parvenue à un nouveau consensus sur la prévention et la répression des crimes internationaux les plus graves.

10. La Commission ne saurait méconnaître le contenu de différents traités internationaux de droit pénal ou relatifs aux droits de l'homme car ces traités prévoient expressément la responsabilité pénale individuelle des agents de l'État pour des crimes internationaux. De même, il importe de tenir compte de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*

---

[228] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[229] Voir document A/1316 (note précédente), par. 103.

[230] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50. Pour le commentaire relatif au projet d'article 7, voir ibid., p. 27 et 28.

et de l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée par l'Institut de droit international en 2009[231], en particulier son article 3, et des observations que la Commission elle-même a faites à l'Assemblée générale au sujet de la jurisprudence, qui sont mentionnées au paragraphe 31 du cinquième rapport. Bien que la Rapporteuse spéciale ait été critiquée pour n'avoir renvoyé qu'à une maigre jurisprudence, M. Gómez Robledo estime que le fait que si peu de condamnations aient été prononcées pour des crimes contre l'humanité devrait être considéré comme un bon signe.

11. Pour analyser le sujet, il convient de garder à l'esprit que la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle sont tellement différentes qu'il est impossible de les comparer dans le contexte de l'immunité. C'est la raison pour laquelle les arguments avancés en ce qui concerne l'immunité de l'État dans l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : (Grèce intervenant))* ne sont pas pertinents pour le sujet à l'examen.

12. Il existe, à l'évidence, une relation étroite entre immunité et impunité. Même si l'immunité revêt un caractère strictement procédural, son incidence sur l'établissement de la responsabilité individuelle pour des crimes internationaux ne saurait être négligée. Deux points doivent être pris en considération à cet égard. Tout d'abord, l'histoire a montré que, dans la plupart des affaires impliquant des crimes internationaux, les auteurs étaient des agents de l'État agissant à titre officiel, et c'étaient souvent les États eux-mêmes qui tentaient d'empêcher que ces agents soient tenus responsables par les tribunaux nationaux, devant lesquels ils n'auraient pas nécessairement bénéficié d'une forme quelconque d'immunité de juridiction. Deuxièmement, il existe actuellement des limites à la capacité de lutter contre l'impunité qu'ont les tribunaux pénaux internationaux, en particulier la Cour pénale internationale, devant laquelle les représentants de l'État ne bénéficient pas de l'immunité.

13. Si l'on tient compte de ces deux facteurs, on peut soutenir que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État constitue en effet un obstacle à la lutte contre l'impunité. L'objectif devrait être de veiller à ce que ce ne soit pas un obstacle insurmontable, en d'autres termes, à ce que l'immunité ne perde pas son caractère procédural et ne devienne pas un « obstacle substantiel » à l'attribution de la responsabilité pénale internationale. Si tel était le cas, il en résulterait un conflit de principes fondamentaux : d'une part, l'immunité, qui protège le principe de l'égalité souveraine des États, la bonne exécution des fonctions de l'État sans ingérence extérieure et la stabilité des relations internationales ; d'autre part, l'interdiction des crimes internationaux en tant que norme de *jus cogens* et la lutte contre l'impunité qui est l'une des valeurs et objectifs fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble.

14. La réponse appropriée consiste donc à adopter l'« interprétation conforme » élaborée par les juridictions internationales des droits de l'homme afin d'assurer un équilibre entre des valeurs et doctrines juridiques opposées. Cette interprétation conduit à deux conclusions distinctes qui vont dans la même direction. Premièrement, les crimes internationaux ne peuvent en aucun cas être considérés comme ayant été commis à titre officiel et, par conséquent, l'immunité *ratione materiae* ne leur est pas applicable. Deuxièmement, dans des circonstances graves dans lesquelles les valeurs juridiques fondamentales de la communauté internationale sont compromises, l'immunité devrait être levée.

15. M. Gómez Robledo convient avec la Rapporteuse spéciale que la pratique des États fait apparaître une tendance nette à considérer la commission de crimes internationaux comme un motif de non-application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. C'est pourquoi, à la lumière des deux conclusions qu'il vient d'exposer, il est favorable à l'inclusion du projet d'article 7 sur la non-applicabilité de l'immunité et estime que celui-ci doit être renvoyé sans condition au Comité de rédaction. Il est en outre fermement opposé à l'imposition de toute restriction aux travaux de la Rapporteuse spéciale. S'il n'y a pas de consensus au sein de la Commission, la question devra être mise aux voix, mais il est convaincu qu'une telle mesure ne sera pas nécessaire.

16. M. Gómez Robledo note avec intérêt que les crimes liés à la corruption figurent parmi les crimes pour lesquels l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État ne s'applique pas. Il partage l'avis de la Rapporteuse spéciale, selon qui la répression de la corruption aux niveaux national et international constitue un objectif essentiel de la coopération internationale. Si la corruption était tellement différente des principaux crimes de droit international, M. Murphy, Rapporteur spécial pour le sujet des crimes contre l'humanité, n'aurait eu aucune raison de prendre les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption pour modèle de son projet d'article sur l'entraide judiciaire.

17. Il convient de souligner qu'un acte lié à la corruption ne peut être commis à titre officiel, puisqu'il s'agit d'un acte illégal *ultra vires* au bénéfice exclusif de l'auteur et au détriment de son État de nationalité. Une attention particulière doit être accordée, à cet égard, à la résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international[232], adoptée en 2001 par l'Institut de droit international, qui dispose que le chef d'État qui n'est plus en fonctions ne bénéficie d'aucune inviolabilité sur le territoire d'un État étranger lorsque les actes qui lui sont reprochés ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs et des ressources de l'État.

18. Même si la pratique des États ne va pas dans le sens de l'existence d'une règle coutumière prévoyant

[231] Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 à 230. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[232] Résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 à 755. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

une exception à l'immunité pour les infractions liées à la corruption, la pratique découlant des décisions des juridictions internes, de la coopération internationale et du droit conventionnel universel et régional est une raison suffisante pour que la Commission recommande aux États d'établir cette exception au moyen d'un traité.

19. M. Gómez Robledo souscrit à la conclusion sur laquelle repose le paragraphe 2 du projet d'article 7, à savoir le fait qu'aucune exception à l'immunité *ratione personae* ne peut être déduite de la pratique des États. Cette opinion a été adoptée par les États eux-mêmes dans leurs observations sur les travaux de la Commission sur le sujet. L'assertion de la Cour internationale de Justice, qui, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, a dit que l'immunité *ratione personae* de juridiction de tribunaux étrangers est absolue, revêt une importance particulière.

20. Compte tenu des objectifs de l'immunité en droit international, et compte tenu du principe de l'égalité souveraine des États et de la nécessité de garantir la stabilité des relations internationales, d'une part, et la lutte contre l'impunité, d'autre part, il convient de conclure que l'immunité *ratione personae* des membres de la troïka doit être respectée tout au long de leur mandat.

21. Passant à l'obligation de coopérer avec les tribunaux internationaux, M. Gómez Robledo dit qu'il est favorable à l'inclusion de l'alinéa *b* du paragraphe 3 du projet d'article 7. Comme on l'a noté, l'immunité *ratione personae* de juridiction pénale étrangère est accordée essentiellement en raison du rôle que les membres de la troïka jouent en tant que représentants de l'État dans les affaires internationales, ce qui signifie qu'elle peut être justifiée par le principe *par in parem non habet imperium*. Cependant, ce principe ne s'applique pas aux tribunaux internationaux, qui opèrent au niveau supranational et ne menacent donc pas le principe de l'égalité souveraine des États. C'est la raison pour laquelle le projet d'article 7 devait faire référence aux juridictions internationales.

22. M. Gómez Robledo souhaite pour conclure poser une question plus pertinente que celle de savoir s'il convient de donner à la *lex lata* la priorité sur la *lex ferenda*, question qui a tendance à monopoliser l'attention de la Commission et qui est, en réalité, un prétexte pour empêcher les travaux sur le sujet d'avancer. La Commission doit-elle contribuer à établir une règle de droit qui relèvera en dernier ressort des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, ou doit-elle risquer d'être accusée de ne pas avoir l'audace de proposer quelque chose de concret à l'appui de la lutte contre l'impunité ?

23. M. MURASE, notant que, selon certains membres, l'immunité est une question à caractère procédural qui n'a rien à voir avec celle de la responsabilité, laquelle relève du droit positif, dit qu'il est en désaccord avec cette opinion. L'immunité et la responsabilité sont intrinsèquement liées. Rien dans l'histoire du droit, la doctrine ou la pratique ne permet de soutenir que l'immunité est une simple question de nature procédurale, séparée de la question de la responsabilité. Le sujet de l'immunité devrait avoir pour objectif, non pas de protéger les représentants de l'État ayant commis des crimes internationaux graves afin qu'ils ne fassent pas l'objet de poursuites, mais plutôt d'empêcher l'impunité de ces représentants, quel que soit leur rang ou leur statut. La Commission devrait consacrer ses efforts à éliminer tout obstacle aux procédures devant les juridictions nationales, y compris à la levée des immunités. Le projet d'articles sur le sujet devrait être conforme au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Or les projets d'articles 3 à 6[233] adoptés provisoirement par la Commission sont diamétralement opposés à ce que prévoit cette disposition.

24. M. Murase est heureux de constater que le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale et la proposition de projet d'article 7 sur les exceptions remédient à ce problème. Il est entièrement d'accord avec l'approche de la Rapporteuse spéciale et avec l'affirmation, au paragraphe 142 du rapport, selon laquelle, puisque le droit international est un véritable système normatif, il n'est pas possible ni souhaitable qu'en élaborant un ensemble de projets d'article la Commission introduise des déséquilibres dans des secteurs importants de l'ordre juridique international dont le développement est associé à son identité. Il est gratifiant de voir qu'un équilibre approprié est restauré par l'incorporation dans le projet d'articles d'exceptions à l'immunité. M. Murase appuie donc avec enthousiasme le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

25. La Cour pénale internationale fait face à de sérieux problèmes, mais ceux-ci résultent en partie de l'incertitude actuelle des règles juridiques internationales relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Dans ces circonstances, la Commission peut, en précisant quelles sont les limites et exceptions à l'immunité, permettre que des avancées décisives soient réalisées, contribuant ainsi à ouvrir la voie à la Cour dans ses efforts pour lutter contre l'impunité.

26. M. RAJPUT dit que les conclusions auxquelles est parvenue l'actuelle Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport sont diamétralement opposées à celles qu'avaient tirées le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[234]. Si sa liberté de traiter le sujet comme elle l'entend ne saurait être contestée, la Rapporteuse spéciale aurait dû indiquer en détail pourquoi elle ne souscrit pas aux conclusions du précédent Rapporteur spécial et souhaite que la Commission emprunte une nouvelle direction qui va à l'opposé de la précédente.

27. Dans la section du rapport consacrée à la pratique conventionnelle, la Rapporteuse spéciale s'efforce de faire valoir deux arguments : premièrement, il existe une exception territoriale fondée sur des traités relatifs au personnel diplomatique et consulaire et, deuxièmement, la simple existence de traités relatifs à certains crimes internationaux signifie qu'il y a des exceptions à l'immunité. Or les traités invoqués à l'appui du premier argument portent sur les relations diplomatiques et consulaires, domaine qui ne relève pas du sujet à l'examen. Quant au deuxième argument, les traités incriminant des actes

[233] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 46 et 51 (projets d'articles 3 et 4) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 155 (projet d'article 5) ; et *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 229 (projet d'article 6).

[234] *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin).

spécifiques sont tous muets sur la question de l'immunité. L'argument avancé par la Rapporteuse spéciale et certains autres, à savoir que le fait de permettre l'immunité aurait une incidence sur l'obligation *aut dedere aut judicare*, méconnaît le caractère procédural de l'immunité. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice au paragraphe 59 de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, 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.

28. Les paragraphes 96 à 108 du cinquième rapport font référence à des affaires dont des juridictions pénales internationales ont eu à connaître pour faire passer l'idée qu'il existe des exceptions à l'immunité lorsque des crimes internationaux sont commis. Mais s'appuyer sur de telles affaires pour en tirer des analogies revient à comparer des pommes et des poires. Personne ne nie que cette immunité n'existe pas devant un tribunal international, mais la portée du sujet actuel est limitée aux procédures pénales devant les tribunaux nationaux d'un État étranger. Cela vaut également pour les renvois, faits aux paragraphes 123 à 140, aux travaux antérieurs de la Commission : là aussi, la Commission s'était occupée de l'immunité devant les juridictions internationales, et non devant les juridictions nationales. Aux paragraphes 42 à 59 de son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale fait référence à la pratique législative nationale, mais le matériel présenté ne permet pas d'étayer l'analyse des exceptions à l'immunité et soulève une importante et sérieuse question de méthodologie : la Commission peut certes prendre note d'une situation au regard du droit interne et d'affaires jugées par des tribunaux nationaux, mais elle ne saurait interpréter le droit interne. Les paragraphes 57 à 59 renvoient à des lois adoptées pour incorporer des dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dans le droit interne, mais, là encore, la législation en question a trait à un tribunal international devant lequel l'immunité ne s'applique pas et ne permet pas d'avancer que l'immunité devant les tribunaux nationaux n'est généralement pas autorisée.

29. La seule partie du rapport qui pourrait étayer l'affirmation selon laquelle il existe des exceptions à l'immunité dans les cas de crimes internationaux, ce sont les paragraphes 109 à 121, consacrés à la jurisprudence interne. Or même les trois affaires sur lesquelles la Rapporteuse spéciale a mis l'accent ne viennent pas à l'appui de cette position. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu qu'elle n'apercevait aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture. Elle est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*. Alors que ce sont des affaires civiles, la Rapporteuse spéciale a tenu à s'en servir pour conclure, au paragraphe 95 de son rapport, que la prohibition de la torture est une norme de *jus cogens* et constitue une interdiction absolue. Quant à l'affaire *Pinochet*, il ne s'agissait pas de poursuite devant les tribunaux du Royaume-Uni, mais d'extradition. La Chambre des lords a examiné la situation non pas au regard du droit international, mais exclusivement au regard du droit interne. Cette affaire ne saurait étayer une proposition générale indiquant que des exceptions à l'immunité existent devant les juridictions nationales. Enfin, l'affaire *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others* jugée en mars 2016 par la Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud est une affaire relevant du droit interne et en aucun cas une source jurisprudentielle permettant d'affirmer qu'il existe des exceptions à l'immunité en vertu du droit international. La question de l'immunité *ratione materiae* n'a jamais été évoquée dans cette affaire.

30. La Rapporteuse spéciale avance qu'un certain nombre de décisions rendues par des juridictions nationales, qui sont citées pour l'essentiel à la note de bas de page appelée au paragraphe 114 après les mots « en présence de crimes internationaux », ont créé une tendance. Comme M. Murphy l'a déjà montré, parmi toutes ces affaires, 11 seulement ont entraîné le rejet de l'immunité, et M. Rajput a des doutes même au sujet de ces affaires. La Rapporteuse spéciale n'indique pas dans combien de cas, et dans lesquels, l'immunité a été rejetée *ratione materiae* et, dans la plupart des affaires, le lecteur ne sait même pas si l'accusé a été jugé dans son État de nationalité ou dans un État étranger, si l'immunité a été invoquée puis rejetée et quels étaient les faits de la cause. Comme l'a souligné M. Murphy, certaines de ces décisions ont été infirmées en appel. Il n'y a aucune affaire jugée par des tribunaux asiatiques ou africains. Ce matériel est-il réellement suffisant ? En réalité, il est demandé à la Commission de dire aux très nombreux membres de la communauté internationale que les décisions d'une poignée de tribunaux sont constitutives d'une « tendance nette ».

31. La Rapporteuse spéciale n'insiste pas non plus sur le fait que l'immunité est une question de nature procédurale, nonobstant la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice. Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour a souligné qu'immunité de juridiction pénale étrangère et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts et que, alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. Ce point de vue a été confirmé dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a réaffirmé que les règles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Or, au paragraphe 150 de son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale affirme que cette façon de voir l'immunité comme un simple obstacle procédural s'avère difficile à maintenir, en particulier en matière pénale.

32. La Rapporteuse spéciale et certains membres de la Commission ont proposé que celle-ci passe outre la jurisprudence de la Cour. La Commission peut-elle le faire ? Elle l'a fait une fois par le passé, dans l'*Affaire du* « Lotus ». Par la voix prépondérante de son Président, la Cour permanente de Justice internationale, allant directement à l'encontre du droit de l'État du pavillon d'exercer

des poursuites pour des faits survenus en haute mer, avait jugé que la Turquie était fondée à exercer une juridiction pénale. Or, dans cette affaire, la pratique des États était en faveur de la compétence exclusive de l'État du pavillon. La Commission souhaite-t-elle passer une nouvelle fois outre la jurisprudence de la Cour et créer une exception au caractère procédural de l'immunité qui soit fondée sur la pratique de quelques juridictions internes ?

33. Des questions de politique expliquent le caractère procédural de l'immunité. Que se passerait-il si un procès avait lieu et que l'on se rendait compte ensuite que le représentant d'un État qui avait été jugé dans un autre État n'était pas coupable ? Qu'en serait-il de la liberté de cette personne dans l'intervalle ? Y a-t-il des assurances que le procès dans un pays étranger est équitable ? Quid s'il s'agit d'un simulacre de procès ? Il sera trop tard si l'on obtient ces réponses après la fin du procès. Au stade de la compétence, l'on pourra au mieux effectuer une détermination indicative ou *prima facie*, mais pour que le procès soit équitable la conclusion préliminaire ne doit en aucun cas dicter la conclusion finale, qui doit être fondée sur une analyse indépendante du fond de l'affaire. Il ne peut y avoir de présomption de violation du *jus cogens* tant qu'il n'y a pas encore de détermination définitive de la violation d'une norme de *jus cogens*. Dans de telles conditions, M. Rajput ne souhaite pas soutenir une proposition visant à passer outre à la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice et estime que la Commission devrait examiner quelles seraient les conséquences si elle allait dans ce sens.

34. M. Rajput n'est pas sûr que la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* soit pertinente aux fins du débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette notion a été développée dans un contexte différent pour distinguer les actes commerciaux de l'État de ses actes souverains. En conséquence, le terrain sur lequel se trouve une société appartenant à l'État peut être investi en exécution d'une décision judiciaire, mais le terrain sur lequel se trouve une ambassade ne peut pas l'être. Cette exception à l'immunité repose sur le postulat que lorsqu'un État conclut un contrat il renonce à son immunité en ce qui concerne les conséquences commerciales de ses actes. M. Rajput ne voit pas comment un tel cadre pourrait s'appliquer à des actes criminels individuels. Dans le cas d'*acta jure gestionis*, l'acte est celui de l'État, et non celui d'un individu. Affirmer autre chose reviendrait à admettre implicitement que même les actes criminels sont des actes de l'État et non des actes de l'individu, ce qui compromettrait l'argument *ratione materiae*. De fait, en 1964, la Cour suprême autrichienne a considéré, dans l'affaire *Prince of X Road Accident*, que les actes considérés comme *acta jure gestionis* étaient couverts par l'immunité. En outre, les États ne font pas tous la distinction. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 8 juin 2011 en l'affaire *Democratic Republic of the Congo and others v. FG Hemisphere Associates LLC*, la Cour d'appel en dernier ressort de la Région administrative spéciale de Hong Kong n'a pas reconnu cette distinction, au motif qu'après le rétablissement de la souveraineté de la Chine les lois de Hong Kong devaient toutes être alignées sur celles de la Chine, de sorte que l'immunité absolue devait être reconnue même dans les procédures civiles.

35. Passant à la question de savoir si des considérations de politique valables justifient de passer outre aux travaux de la Commission et de la Cour internationale de Justice dans le domaine de l'immunité et de les défaire, M. Rajput souligne qu'en droit international privé les juridictions municipales invoquent la doctrine du *forum non conveniens* pour se déclarer incompétentes, même lorsqu'elles sont compétentes. La philosophie qui sous-tend la règle du *forum non conveniens* est que, même si un tribunal étranger est compétent, il ne sera peut-être pas en mesure de mener un procès efficace. Par exemple, il pourra lui être difficile de réunir des preuves ; la plupart des témoins seront probablement indisponibles ; aucune visite sur le site ne sera possible, et les règles de la procédure pénale seront différentes. De plus, dans les procès pénaux, le seuil de la preuve est habituellement plus élevé, car l'objectif est de parvenir à mener un procès équitable et non à obtenir une condamnation. Mais dans les affaires de crimes internationaux, les faits sont souvent complexes, et un tribunal étranger se heurtera naturellement à des problèmes d'accès à des preuves documentaires et à des témoignages essentiels. Si des procès sont engagés et menés à la hâte, il y a davantage de risques qu'ils aboutissent à un acquittement faute de preuves, ce qui va à l'encontre du but même des poursuites.

36. Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* citée au paragraphe 61 du rapport, la majorité a estimé qu'immunité ne signifiait pas impunité et qu'un représentant pouvait être jugé soit dans l'État d'origine, soit devant un tribunal international ou dans un État étranger, si son immunité était levée. Ces possibilités, que certains jugent peut-être insuffisantes, permettent de mener des poursuites sans compromettre la stabilité des relations internationales. L'on peut citer un certain nombre d'exemples récents : la levée de l'immunité de Hissène Habré par les autorités de son propre pays pour empêcher le Sénégal de le protéger ; la poursuite de Saddam Hussein par les autorités de son propre pays ; les poursuites engagées par les autorités bangladaises contre les auteurs de crimes de guerre et de génocide pendant le conflit au Pakistan ; les poursuites engagées par les autorités cambodgiennes avec l'aide des Nations Unies. Les travaux du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda offrent d'autres exemples. Il n'y a donc aucune raison de priver les autorités nationales de la possibilité de poursuivre elles-mêmes les auteurs de crimes. Lorsque cela est impossible, un tribunal international peut être créé. En permettant à un tribunal étranger ignorant de l'histoire, du contexte, de la structure sociale et des sensibilités d'une juridiction, de juger ce type d'affaires, on risque davantage de favoriser l'animosité entre les États que de lutter contre l'impunité. En outre, la plupart de ces poursuites n'aboutiront probablement pas à des condamnations, mais feront peser un risque sur les relations internationales. En 2006, des tribunaux français ont engagé des poursuites contre des représentants rwandais, ce qui a entraîné une rupture des relations diplomatiques jusqu'en novembre 2009. En 2006 également, des tribunaux espagnols ont engagé des poursuites contre des représentants chinois pour génocide, ce qui a là aussi eu pour résultat de tendre les relations.

37. M. Rajput convient avec la Rapporteuse spéciale que l'impunité doit être combattue, mais il n'est pas sûr, pour des raisons juridiques et politiques, que le projet d'article 7 soit le bon moyen de le faire. Il ne peut donc pas appuyer le renvoi du projet d'article au Comité de rédaction.

38. M. LARABA dit qu'il convient de féliciter la Rapporteuse spéciale des efforts qu'elle a faits pour produire un rapport objectif, impartial et équilibré sur un sujet particulièrement complexe et sensible. Il n'est cependant pas certain qu'elle ait atteint son objectif. Nombre des aspects juridiques traités dans le rapport sont le sujet de points de vue différents et de débats qui vont parfois au-delà du droit. La caractéristique la plus frappante du rapport est le décalage entre son contenu, et principalement les chapitres II et IV, et le contenu du projet d'article 7. La Rapporteuse spéciale a examiné de nombreux aspects des deux thèses avancées dans la doctrine sur les limites et exceptions aux règles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, pour en conclure qu'il existe des limites et exceptions, tout en reconnaissant que tout le monde ne partage pas son point de vue. Malheureusement, elle n'a pas apporté d'arguments tranchants pour fonder juridiquement sa conclusion. Dans l'ensemble, son cinquième rapport se caractérise par une forme de volontarisme juridique qui l'a conduite à minimiser les aspects juridiques allant à l'encontre des conclusions auxquelles elle a voulu parvenir.

39. Le chapitre II du rapport traite de la pratique conventionnelle et de la pratique législative. En ce qui concerne la pratique législative des États, la Rapporteuse spéciale affirme au paragraphe 42 que « [l]a plupart des États ne consacrent expressément aucun texte » à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants et que la matière est « laissée à l'appréciation des tribunaux », soulignant l'importance qu'elle attache à la jurisprudence dans son appréhension du sujet.

40. En ce qui concerne la pratique judiciaire des juridictions internationales, M. Laraba dit qu'en insistant sur l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal et les opinions dissidentes du juge Al-Khasawneh et de la juge ad hoc Van den Wyngaert dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* dont la Cour internationale de Justice a eu à connaître, la Rapporteuse spéciale s'attache à minimiser l'importance de cet arrêt. Les renvois systématiques à cette opinion individuelle commune font que l'on oublie aisément qu'il ne s'agit pas d'une opinion dissidente et que l'arrêt lui-même a été approuvé par une majorité. De plus, ce n'est pas un arrêt isolé. Dans des décisions subséquentes, telles que l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a également rejeté l'idée qu'il existe des exceptions à la règle de l'immunité.

41. Au paragraphe 95 de son rapport, qui porte sur l'évolution de la pratique judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, la Rapporteuse spéciale écrit que l'on n'est pas fondé à conclure des arrêts de la Cour que les représentants de l'État jouissent d'une immunité de juridiction civile étrangère absolue, ou qu'il n'existe aucune exception à cette immunité. Pour M. Laraba, cependant, il est instructif d'examiner l'arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour a confirmé l'application large de l'immunité des représentants de l'État. Il convient également de noter que l'arrêt rendu dans cette affaire a été moins contesté que l'arrêt rendu en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*.

42. Des difficultés sont aussi soulevées par l'analyse que la Rapporteuse spéciale fait de la jurisprudence interne : l'importance que la Rapporteuse spéciale accorde au rôle de cette jurisprudence se manifeste au paragraphe 187, où elle affirme que les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, malgré leur grande importance, « ne sauraient en aucun cas remplacer les tribunaux nationaux dans le processus d'élaboration de la coutume ». Selon la Rapporteuse spéciale, l'étude de la jurisprudence interne est donc déterminante pour trancher la question de savoir s'il existe des exceptions à la règle de l'immunité des représentants de l'État. Le choix de la Rapporteuse spéciale de solliciter les décisions jurisprudentielles internes pour arriver aux conclusions souhaitées se manifeste aussi aux paragraphes 109 à 122 et 179, 183 et 187, entre autres. Au paragraphe 179, la Rapporteuse spéciale affirme, s'agissant de la pratique des tribunaux nationaux, que « [m]ême si elle varie, on y observe une tendance claire à considérer la commission de crimes internationaux comme l'un des motifs de non-application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Cela pose la question de savoir comment concilier variabilité et clarté. L'alinéa *a* du paragraphe 184 est ambigu, car la Rapporteuse spéciale y affirme que « [m]algré la diversité des positions adoptées par les juridictions nationales dans les affaires examinées plus haut, la balance semble pencher en faveur de l'existence de l'exception ». Là aussi, on se demande comment concilier cette diversité avec le mouvement du balancier en faveur des exceptions. Compte tenu de l'importance accordée aux décisions des tribunaux nationaux − « élément indispensable au moment de déterminer ce qu'un État considère comme droit international », si l'on en croit le paragraphe 187 − une plus grande attention aurait dû être accordée à la variabilité et à la diversité des décisions des tribunaux nationaux relevées par la Rapporteuse spéciale elle-même. Au lieu de quoi, celle-ci a proposé un projet d'article qui ne rend pas pleinement compte de la réalité.

43. Si le projet d'article 7 est envoyé au Comité de rédaction, il importe de définir clairement l'objectif poursuivi, comme d'autres membres l'ont déjà noté. La Commission souhaite-t-elle traiter le sujet dans une perspective de *lex lata* ou de *lex ferenda*, voire les deux ? Dans l'état actuel des choses, M. Laraba ne peut pas appuyer le projet d'article 7, mais il est ouvert aux solutions qu'un débat plus approfondi permettra de dégager et il est convaincu que la Rapporteuse spéciale sera en mesure de faire des propositions plus équilibrées de nature à réaliser un consensus.

44. M. PETER dit qu'il souscrit dans l'ensemble à la manière dont la Rapporteuse spéciale traite des limites et exceptions à l'immunité. D'une manière générale, il n'est pas favorable aux immunités, car elles placent certaines catégories de personnes au-dessus des lois et permettent à des criminels d'échapper au châtiment simplement en raison de leurs positions. À son avis, ce qui compte c'est que tout le monde − sans exception − doit répondre de ses actes devant les tribunaux. C'est l'essence même de l'état de droit et de l'égalité devant la loi. C'est aussi l'essence même de

l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui prévoit que le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle, et que les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne. Le Statut a été ratifié par 124 États − près des deux tiers de la totalité des États Membres de l'Organisation des Nations Unies. Cela étant, les États restants qui ne sont pas parties au Statut, ou qui l'avaient ratifié mais s'en sont par la suite retirés, ne soutiennent à l'évidence pas ses objectifs. D'un point de vue démocratique, c'est le Statut de Rome qui doit fixer la norme, et non une tradition ou coutume obscures, dont l'évolution, l'établissement et l'acceptation sont discutables.

45. Le paragraphe 1 du projet d'article 7, qui est présenté comme une exception à la règle générale de l'immunité, est conforme à la lettre et à l'esprit du Statut de Rome en ce qu'il identifie clairement les types de crimes pour lesquels l'immunité ne s'applique pas. Trois de ces crimes relèvent directement de l'article 5 du Statut, mais la Rapporteuse spéciale y a ajouté la torture et les disparitions forcées, les crimes liés à la corruption et les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens. La torture, la disparition forcée et les crimes qui portent atteinte aux personnes ou aux biens sont proches des crimes les plus graves relevant du Statut de Rome et peuvent donc être facilement accueillis. Par contre, il sera peut-être difficile de justifier l'inclusion des crimes liés à la corruption, d'autant que nombre de ces infractions, comme la petite corruption, ne sont pas nécessairement qualifiées de crimes graves. La référence aurait dû être la grande corruption, qui correspond mieux aux crimes les plus graves visés par le Statut de Rome.

46. Le fait que le paragraphe 2 de l'article 7 prévoie que ceux qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat jouissent d'une immunité totale, même s'ils commettent tous les crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7, pose problème à deux égards. Premièrement, les personnes qui occupent un poste de haut rang ont la possibilité d'influencer le niveau d'immunité dont elles jouissent et peuvent ainsi créer un filet de sécurité une fois qu'elles ont pris leurs fonctions et consolidé leur pouvoir. Deuxièmement, dans certains pays en développement, le terme « pendant leur mandat » est dépourvu de sens car certains dirigeants restent en fonctions leur vie entière et certains monarques, qui règnent à vie, disposent des pleins pouvoirs exécutifs. S'il comprend que la Rapporteuse spéciale ne puisse pas faire plaisir à tout le monde, M. Peter ne voit pas bien, pour ne pas dire vraiment pas, pourquoi une personne qui a commis des crimes graves pourrait échapper à la justice parce qu'elle bénéficie de l'immunité *ratione personae*. Peut-être la Rapporteuse spéciale voudra-t-elle donc examiner le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 7 et celui du paragraphe 2 du projet d'article 4, lequel a déjà été adopté provisoirement par la Commission. Le premier mentionne l'immunité *ratione personae* « pendant leur mandat », tandis que le second indique « au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci[235] ». La Rapporteuse spéciale pourra peut-être rafraîchir la mémoire de M. Peter en lui indiquant pourquoi les actes que commet un représentant avant d'occuper un poste sont couverts par l'immunité. Après tout, une personne peut postuler à une fonction et se servir de son statut nouvellement obtenu pour se protéger des poursuites pour actes commis antérieurement. En outre, si la formulation du paragraphe 2 du projet d'article 4 est appropriée, pourquoi n'a-t-elle pas été reprise au paragraphe 2 du projet d'article 7 ?

47. Il a été proposé que le projet d'article 7 ne soit pas renvoyé au Comité de rédaction et soit suspendu en attendant que les aspects procéduraux soient examinés lorsque la Rapporteuse spéciale présentera son rapport suivant. À l'appui de cette proposition, il n'a pas été avancé d'autre raison de fond qu'un obscur précédent de la Commission il y a quelques années. M. Peter est d'accord avec d'autres membres pour dire que cette proposition n'a aucun sens. La logique veut que la Commission commence par le fond puis passe aux aspects procéduraux pour orienter ses travaux sur le fond, et non l'inverse.

48. M. Peter a remarqué que les rapporteurs spéciaux ont tendance à éviter de traiter les questions qui vont à l'encontre de leurs thèses. Il espère donc que la Rapporteuse spéciale traitera avec sincérité les questions soulevées lors du débat. En conclusion, il recommande que le nouveau projet d'article élaboré par la Rapporteuse spéciale soit renvoyé au Comité de rédaction.

Organisation des travaux de la session (*suite)**

[Point 1 de l'ordre du jour]

49. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres de la Commission sur le programme de travail révisé pour la dernière semaine de la première partie de la session, qui prévoit une séance plénière supplémentaire consacrée au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite l'adopter.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

3364e SÉANCE

Vendredi 26 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

---

[235] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51 (paragraphe 2 du projet d'article 4).

* Reprise des débats de la 3360e séance.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. M^me^ ORAL dit qu'elle apprécie la méthodologie utilisée pour établir le cinquième rapport sur le sujet ainsi que le degré de détail et l'exhaustivité de ce document. Elle constate qu'à la session en cours le débat a été axé sur trois questions principales : premièrement, la nature des travaux de la Commission ; deuxièmement, la question de savoir si la Rapporteuse spéciale avait démontré l'existence d'une règle de droit international coutumier consacrant des exceptions à l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ; et, troisièmement, les arguments pour et contre la consécration de telles exceptions par la Commission.

2. Sur le premier point, on s'est demandé si le projet d'article 7 exprimait le droit positif ou énonçait de nouvelles règles juridiques. À cet égard, l'oratrice pense comme M. Jalloh que la Commission n'a pas pour pratique d'indiquer si ses travaux relèvent de la codification ou du développement progressif du droit international. Elle n'en doit pas moins, bien entendu, s'acquitter de son mandat prudemment et consciencieusement.

3. Sur le deuxième point, il ressort de l'examen de la pratique législative et judiciaire des États figurant dans le rapport que le droit est bien établi en ce qui concerne l'immunité *ratione personae* des chefs d'État et de certains représentants de haut rang, mais qu'il ne l'est pas s'agissant de leur immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère. Il est de fait contestable que la proposition voulant que le droit coutumier autorise des exceptions à cette dernière immunité soit suffisamment étayée. Bien qu'un certain nombre d'affaires pénales et civiles dont ont connu les tribunaux internes semblent indiquer une tendance en ce sens, il n'existe aucune norme permettant de déterminer effectivement ce qui constitue une tendance dans le domaine de la pratique juridique. Les décisions des juridictions internationales ne donnent pas non plus d'indications claires en la matière. L'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* concerne la reconnaissance de l'immunité *ratione personae*, par opposition à l'immunité fonctionnelle, d'un ministre des affaires étrangères. L'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* et l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* concernent l'immunité de l'État, non l'immunité *ratione materiae* de personnes physiques. En fait, dans cette dernière affaire, la Cour internationale de Justice a souligné que la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'immunité pouvait être invoquée dans une instance pénale introduite contre le représentant d'un État n'était pas en cause. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme citées dans le rapport, qui concernent pour la plupart des dommages civils, ne donnent non plus aucune indication sur le statut juridique de l'immunité *ratione materiae* en relation avec la juridiction pénale étrangère.

4. Sur le troisième point, si les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures, de même que la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales, sont des arguments de politique générale en faveur de l'immunité, ils doivent être mis en balance avec l'intérêt qu'a la communauté internationale à assurer l'application du principe de responsabilité et à prévenir l'impunité dans le cas des crimes internationaux les plus graves. À cet égard, l'oratrice partage l'opinion de M. Jalloh concernant l'impact des atrocités criminelles sur la paix et la sécurité. De fait, les 124 États qui sont parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale ont expressément reconnu dans le préambule de celui-ci que les crimes graves menaçaient la paix, la sécurité et le bien-être du monde. Bien que l'égalité souveraine soit un important principe consacré dans la Charte des Nations Unies et de nombreux autres instruments, l'oratrice estime comme M. Hmoud que la protection des droits de l'homme fondamentaux est également importante pour préserver la paix et éviter la guerre, et que la justice n'est pas incompatible avec le respect des obligations découlant du droit international.

5. S'agissant de la procédure, bien qu'elle pense comme M. Huang que la justice substantielle ne doit pas être réalisée au détriment de la justice procédurale, l'oratrice craint que l'immunité n'ait été placée plus haut qu'elle ne le mérite dans la hiérarchie des normes juridiques. La justice procédurale est associée aux règles fondamentales de la justice auxquelles aucune dérogation n'est permise, alors que l'article 27 du Statut de Rome montre qu'il peut être dérogé à l'immunité. Même si l'immunité n'est pas applicable à l'égard de certains crimes, la justice procédurale ne doit pas pour autant être déniée à leurs auteurs, ce qui signifie qu'il faut mettre en place des garanties procédurales propres à assurer que les poursuites reposent sur des preuves suffisantes. Dans le même temps, un renforcement de la justice substantielle par l'application du principe de responsabilité et la prévention de l'impunité pourraient fournir une raison impérieuse de lever l'immunité ou de reconnaître une exception à une règle de procédure telle que l'immunité *ratione materiae* à laquelle il peut être dérogé lorsque des règles du *jus cogens* ont été violées. Le fait qu'à la différence de l'immunité *ratione personae*, dont le bénéficiaire ne jouit que durant son mandat, l'immunité *ratione materiae* est perpétuelle constitue une autre raison d'y autoriser une exception limitée.

6. Au paragraphe 57 de son deuxième rapport, le précédent Rapporteur spécial constatait que l'idée que les crimes graves au regard du droit international ne pouvaient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel et n'étaient donc pas couverts par l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère s'était « assez largement répandue[236] ». Cette opinion est corroborée par le paragraphe 155 du jugement rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*, par les conclusions de la Cour suprême et de la cour d'appel des États-Unis pour le quatrième circuit dans l'affaire *Samantar c. Yousuf*, par celles d'un tribunal de district des États-Unis dans l'affaire

[236] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin), p. 436.

Xuncax c. Gramajo et par le paragraphe 212 de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*. On peut donc considérer que la consécration d'une exception à l'immunité *ratione materiae* dans le cas des crimes internationaux les plus graves ou des violations de règles du *jus cogens* est légitime, d'autant plus que des représentants l'ont appuyée à la Sixième Commission. Dans le même temps, la crainte qu'une exception à l'immunité *ratione materiae* fasse l'objet d'abus doit être dissipée en élaborant des règles de procédure propres à écarter ce danger.

7. L'oratrice dit qu'elle appuie le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, même si elle se demande pourquoi d'autres crimes internationaux graves n'y sont pas mentionnés. Comme les crimes visés ne sont pas définis dans le projet d'articles, elle souhaiterait savoir si le texte renverra à une source précise, par exemple des conventions existantes. La corruption est un crime extrêmement grave, mais, en son état actuel, l'alinéa *b* est trop largement rédigé. L'oratrice dit qu'elle peut accepter l'alinéa *c*, bien qu'il soit fondé sur le droit civil. La nécessité du paragraphe 2 du projet d'article 7 est contestable, puisque la matière dont il traite est envisagée dans des projets d'article qui ont déjà été provisoirement adoptés. L'oratrice dit qu'elle peut accepter dans son principe la proposition tendant à ce qu'une clause « sans préjudice » générale soit élaborée pour l'ensemble du projet d'articles. En conclusion, elle appuie le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

8. M. GROSSMAN GUILOFF dit que le sujet est d'une importance capitale parce que la détermination de limites et d'exceptions à l'immunité peut contribuer à réaliser l'équilibre essentiel entre les règles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère, qui découlent de l'égalité souveraine des États, et les principes du droit pénal international et du droit international humanitaire, fondés sur la volonté commune de lutter contre l'impunité.

9. Les décisions des organes internationaux influencent la réflexion sur le sujet. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice a énoncé des critères clairs pour distinguer l'immunité et l'impunité. Elle a ainsi jugé que l'immunité d'un ministre des affaires étrangères était de caractère procédural, que l'intéressé n'en bénéficiait que lorsqu'il était en fonctions et qu'elle était limitée aux actes *jure imperii*. De plus, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont défendu l'idée que les crimes internationaux graves ne pouvaient être considérés comme des actes officiels. La pratique des organes conventionnels est également pertinente. C'est ainsi que, dans l'affaire *Suleymane Guengueng et consorts c. Sénégal*, le Comité contre la torture a adopté une décision confirmant qu'un État partie était tenu de poursuivre ou d'extrader un ancien chef d'État accusé d'actes de torture. Dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour internationale de Justice a à son tour souligné que l'interdiction de la torture était devenue une norme impérative et que les auteurs d'actes de torture ne devaient pas rester impunis. Elle a ce faisant confirmé les conclusions de la Chambre des lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Pinochet*, à savoir que le général Pinochet ne jouissait pas de l'immunité *ratione materiae* pour les actes de torture et l'instigation à commettre de tels actes dont il était accusé, des conclusions qui ont marqué un tournant dans la théorie juridique. Toutefois, lorsqu'elle examine le précédent établi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Rapporteuse spéciale distingue à juste titre son caractère d'*obiter dictum* de son application dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen, puisque cette affaire concernait l'immunité de l'État et non l'immunité de la juridiction pénale de personnes physiques.

10. Dans le chapitre qu'elle consacre à l'étude de la pratique, la Rapporteuse spéciale aurait dû non seulement accorder davantage d'attention au rejet de l'immunité dans le cas des crimes de guerre, mais également procéder à une analyse des règles régionales en matière d'immunité, car elles fournissent des éléments utiles. Dans les affaires *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *Barrios Altos c. Pérou*, *La Cantuta c. Pérou*, *Gelman c. Uruguay*, *Gomes Lund et autres c. Brésil*, *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, « *Massacre de Mapiripán* » *c. Colombie* et *Goiburú et autres c. Paraguay* dont a connu la Cour interaméricaine des droits de l'homme, priorité a été donnée à la protection des droits de l'homme dans les procédures d'extradition de personnes soupçonnées de violations graves de ces droits. De même, il conviendrait de tenir compte des décisions de la Cour suprême du Chili dans l'affaire *Fujimori* et de la Cour suprême d'Argentine dans les affaires *Arancibia Clavel* et *Priebke*, dans lesquelles l'extradition de ressortissants étrangers accusés de meurtre ou d'actes de torture était en cause. Toutes ces affaires attestent une évolution du droit coutumier interaméricain relatif aux droits de l'homme en ce qui concerne l'immunité et le principe de la nationalité passive. La Commission devrait également tenir compte de la contribution des organes conventionnels des Nations Unies à l'élaboration des règles relatives à l'immunité.

11. Dans le rapport à l'examen, la Rapporteuse spéciale a correctement défini la portée de l'immunité *ratione personae* de certains représentants de l'État sur la base du droit coutumier et du droit conventionnel et a fait observer à juste titre que certains jouissaient de l'immunité *ratione materiae* pour les actes *jure imperii*. Bien que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ait maintenu la doctrine voulant que les actes de l'État ne saurait engager la responsabilité pénale devant les tribunaux étrangers de ceux qui les accomplissent au nom de l'État, le moment est venu de s'en écarter, et donc de consacrer des exceptions à l'immunité en cas de violations graves du droit international humanitaire, y compris dans les États où les crimes allégués n'ont pas été commis. À cette fin, la Commission pourrait s'inspirer des dispositions relatives aux sanctions pénales des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, et de l'article 87, paragraphe 1, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), en date du 8 juin 1977. L'absence d'immunité pour les crimes internationaux est de plus étayée par la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux[237] adoptée en

[237] Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 à 230. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

2009 par l'Institut de droit international et par l'article cité dans la note de bas de page appelée à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 215 du rapport à l'examen, qui suggère que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants serve de modèle à des exceptions conventionnelles à l'immunité. Dans son article intitulé « When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case[238] », le professeur Cassese a de même cité diverses affaires dans lesquelles l'immunité n'avait pas fait obstacle aux poursuites.

12. Tout l'impact de l'exception à l'immunité *ratione materiae* établie dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est devenu manifeste dans le raisonnement des lords Browne-Wilkinson, Saville of Newdigate, Millett et Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *Pinochet*. Mis à part les arguments juridiques purement formels, la question centrale était de savoir si des représentants de l'État ou d'anciens représentants de l'État dont on pouvait raisonnablement soupçonner qu'ils avaient violé l'interdiction de la torture pouvaient circuler librement sur le territoire de 161 États sous la protection de l'immunité *ratione materiae*.

13. L'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras* dont a connu la Cour interaméricaine des droits de l'homme montre également comment l'interprétation d'un traité − en l'espèce la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » − dans le strict respect des règles établies par la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) peut avoir un impact sur la question de l'impunité et des immunités. La Cour internationale de Justice et les juridictions régionales ont été unanimes à souligner que les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être interprétés à la lumière de leur objet.

14. Pour M. Grossman Guiloff, il semble que l'existence d'une tendance en faveur des exceptions à l'immunité *ratione materiae* dans le cas des crimes internationaux ne puisse être niée.

15. Les normes, développements et valeurs invoqués par la Rapporteuse spéciale ne peuvent être écartés comme de simples aspirations. Il faut trouver le moyen de les concilier avec les principes de l'immunité qui assurent l'égalité des États, tout en reconnaissant que, conformément au principe *erga omnes*, la violation de normes impératives est une préoccupation pour tous.

16. S'il importe qu'en vue d'aider les États, la Commission soit aussi claire que possible dans le cadre de ses travaux, il n'est pas nécessaire qu'elle essaye dans chaque cas de distinguer entre *lex lata* et *lex ferenda*. L'important est qu'elle procède avec la prudence voulue pour que tous les intérêts soient pris en considération et respectés. À cet égard, il importe effectivement de prévenir les abus de l'exercice de la juridiction pénale à des fins politiques ; il existe de larges possibilités d'examiner cette question et d'autres au sein de la Commission, et l'orateur est persuadé que la Rapporteuse spéciale les prendra dûment en considération.

17. S'agissant du projet d'article 7, M. Grossman Guiloff appuie son renvoi au Comité de rédaction. Dans ce contexte, il souhaiterait que la Rapporteuse spéciale explique pourquoi le crime d'agression ne figure pas dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité n'est pas applicable. Par ailleurs, les crimes liés à la corruption devraient être définis plus précisément. Bien que l'exception territoriale s'applique principalement en matière civile, sa mention dans le projet d'article doit être conservée, car elle est étayée par la pratique internationale, sur la base de la juridiction territoriale. L'orateur dit qu'il a été surpris par l'argument selon lequel le paragraphe 3 ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction parce qu'il risque de compromettre des procédures en cours et souhaiterait donc en connaître le fondement.

18. M. CISSÉ remercie la Rapporteuse spéciale pour son rapport détaillé, fruit de recherches approfondies et qui, quoiqu'un peu long, est un document d'une lecture très agréable sur un sujet complexe et politiquement délicat.

19. Le droit des immunités en lien avec la responsabilité pénale des représentants de l'État connaît une certaine stabilité qui peut s'observer par la constance de la jurisprudence tant nationale qu'internationale, qui a contribué dans une large mesure à la cristallisation du droit international coutumier applicable au régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En effet, les grands principes de droit international concernant notamment la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, avec leurs implications juridiques respectives, ne sont, dans une large mesure, pas remis en cause. De fait, le régime n'a pas connu de changements majeurs, même si des opinions dissidentes ont parfois été exprimées par des juges et des auteurs contre l'application mécanique de cette distinction dès lors que sont commis de graves crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le génocide. Certains juristes appuient également l'inclusion d'autres crimes, tels que la torture, l'agression, les disparitions forcées et la corruption au nombre des crimes internationaux les plus graves qui ne sauraient bénéficier de l'immunité.

20. La question qui se pose à la Commission est de savoir si la pratique des États, telle qu'elle est décrite et analysée par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport, est suffisamment générale, constante et uniforme pour revêtir le statut de norme coutumière d'application *erga omnes*. Au paragraphe 42 du rapport à l'examen, la Rapporteuse spéciale conclut que la plupart des États ne consacrent expressément aucun texte à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants et que la matière est laissée à l'appréciation des tribunaux. À la lumière de cette conclusion, il n'est pas douteux qu'il n'y a pas de règle coutumière, dans la mesure où il existe au plan interne une trop grande variabilité de la pratique aussi bien législative que judiciaire. C'est pourquoi, en l'absence de pratique établie interdisant toute codification, la Commission doit prendre la voie du développement progressif et tenir compte dans ses travaux des nouveaux défis auxquels la communauté internationale est confrontée, y compris la criminalité transnationale telle que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, souvent

[238] A. Cassese, « When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 853 à 875.

perpétrés avec la bénédiction et la complicité de certains représentants de l'État de haut rang, toujours prompts à revendiquer leur immunité pour se mettre à l'abri des poursuites. L'immunité ne peut pas et ne doit pas être accordée comme un laissez-passer.

21. Si l'objectif est de combattre l'impunité et l'arbitraire, il faut se garder d'étendre à d'autres représentants de l'État l'immunité de juridiction *ratione personae* dont jouissent les membres de la troïka, à savoir le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Les membres de la troïka doivent certes être protégés, mais uniquement par l'immunité *ratione personae* et dans le seul but d'éviter l'anarchie dans les relations interétatiques et les incidents diplomatiques. Immunité ne signifie pas impunité, puisque même les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* peuvent être traduits devant des tribunaux étrangers une fois qu'ils ont quitté leurs fonctions.

22. Il importe de rappeler que la question de l'immunité de fond qui fait l'objet du rapport à l'examen va de pair avec l'immunité procédurale, qui sera examinée dans un rapport futur. En tout état de cause, l'immunité juridictionnelle n'a véritablement de sens et de portée que lorsque le champ du droit applicable est clairement défini. La question est donc de savoir si le droit applicable en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère relève de la *lex lata* et/ou de la *lex ferenda*. Le rapport réalise-t-il un équilibre entre l'une et l'autre ? Les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 7 répondent à ces questions.

23. Le paragraphe 1 du projet d'article 7 stipule que l'immunité ne s'applique pas à l'égard du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées. Il conviendrait d'indiquer dans ce paragraphe que l'immunité en question est l'immunité *ratione materiae*. Comme plusieurs autres membres, M. Cissé considère que le crime d'agression doit être ajouté à la liste, que lui-même compléterait en y incluant les crimes de destruction du patrimoine culturel mondial et de terrorisme dans lesquels de hauts représentants de l'État sont directement ou indirectement impliqués.

24. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 précise que le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat. Pour l'orateur, ce paragraphe ne crée pas du droit nouveau et ne tente pas d'en créer. De fait, il ne fait que refléter fidèlement le droit international coutumier qui reconnaît aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* une immunité absolue, même en cas de crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

25. Les débats au sein de la Commission sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ont mis en lumière la gravité de cette problématique et l'importance qu'elle revêt pour le bon fonctionnement des relations interétatiques. Le défi auquel la Commission est confrontée consiste à trouver un équilibre acceptable entre tendance conservatrice et tendance progressiste dans le contexte du droit international relatif à l'immunité de juridiction et à la responsabilité pénale internationale des représentants de l'État. Le projet d'article 7 semble avoir concilié ces deux tendances, dans la mesure où le paragraphe 2 contient des éléments *de lege lata* et le paragraphe 1 des éléments *de lege ferenda*. La codification et le développement progressif du droit international ne peuvent pas et ne doivent pas être considérés comme deux fonctions antinomiques totalement séparées. Techniquement, rien ne s'oppose à ce qu'un même instrument multilatéral contienne des dispositions de codification et des dispositions de développement progressif ; la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer fournit un bon exemple à cet égard.

26. L'expression « crimes liés à la corruption » employée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 7 a le défaut de donner l'impression que la corruption elle-même n'est pas une infraction pénale. Elle risque de prêter à confusion puisqu'il n'y a aucune définition des actes constituant des crimes liés à la corruption ; le blanchiment de capitaux, par exemple, pourrait être considéré comme un crime lié à la corruption. Cet alinéa devrait donc être reformulé comme suit : « Les crimes de corruption et autres infractions connexes ou infractions assimilées ».

27. À la différence de certains membres de la Commission, M. Cissé considère que le crime de corruption doit être mentionné dans le projet d'article 7. Ce crime, qui prive les États de ressources qui leur sont indispensables, est suffisamment grave pour être élevé au rang des crimes à l'égard desquels l'immunité ne saurait s'appliquer. Si l'on admet que la corruption ne constitue pas un acte accompli à titre officiel, rien ne s'oppose à ce qu'on la considère comme une exception à l'immunité *ratione materiae* dont jouissent les représentants de haut rang une fois qu'ils ont quitté leurs fonctions. Développer progressivement le droit international relève du mandat de la Commission et celle-ci fera bien si elle propose à la communauté internationale un texte érigeant la corruption en crime ne bénéficiant d'aucune immunité.

28. L'orateur dit qu'il n'est pas favorable à la proposition faite par certains membres de traiter du crime de corruption dans le commentaire du projet d'article 7 plutôt que dans le corps de la disposition. La Commission risquerait ce faisant de banaliser ce fléau d'une extrême gravité. Une large majorité d'États ont adopté des lois contre la corruption et mis en place des institutions administratives et judiciaires pour la prévenir et la sanctionner. En Afrique, par exemple, des instruments juridiques ont été adoptés aux niveaux régional et sous-régional pour y remédier. Sur le plan multilatéral, des dispositions conventionnelles ont été adoptées et appliquées pour combattre la corruption, notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption.

29. La Commission doit faire œuvre de développement progressif tout en réalisant un équilibre, certes délicat, entre le principe de l'égalité souveraine des États et la nécessité de lutter contre l'impunité. Elle fera ainsi le choix sage, progressiste et sans ambiguïté de se placer du côté de la justice et de l'état de droit aux niveaux national et international plutôt que de l'impunité.

30. Compte tenu de ce qui précède, l'orateur recommande le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

31. M. JALLOH demande à M. Cissé comment faire en sorte que, lorsque des individus sont poursuivis devant

des tribunaux étrangers du chef de corruption, l'une des principales infractions économiques, les biens mal acquis puissent être recouvrés par l'État victime. Il indique qu'il pose cette question parce qu'une exception à l'immunité a été proposée pour des crimes économiques de cette nature et que la confiscation des biens des personnes qui en sont reconnues coupables est parfois ordonnée. Et, dans certains cas, lorsque les auteurs de telles infractions sont poursuivis devant les tribunaux d'États tiers, les produits du crime, qui appartiennent au peuple souverain de l'État victime, dont les richesses ont été pillées, sont dissimulés dans des pays lointains n'ayant juridiquement aucun droit à les conserver.

32. M. CISSÉ dit que tout dépend de la volonté politique de la communauté internationale et des acteurs concernés. Dans le cadre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, par exemple, lorsque des institutions financières étrangères ne peuvent identifier les bénéficiaires économiques de fonds déposés sur un compte, ces fonds peuvent être recouvrés par l'État d'où ils viennent.

33. M. HUANG dit que les observations qu'il va faire sur le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale complètent les observations préliminaires qu'il a faites à la session précédente. Le sujet à l'examen est important et délicat, et le rapport a suscité un intérêt considérable et de vifs débats. Le moment est maintenant venu pour la Commission de décider si elle souhaite ou non renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction. À cet égard, l'orateur dit que quatre arguments militent au stade actuel contre le renvoi de ce projet d'article au Comité de rédaction.

34. À titre préliminaire, M. Huang souhaite faire des observations sur deux questions. Premièrement, il remercie M. Murphy pour sa déclaration détaillée, fruit de recherches approfondies, qui contenait de nombreux arguments convaincants contre le projet d'article 7. Deuxièmement, il dit qu'à la séance précédente, il a été choqué d'entendre un membre de la Commission attaquer l'ensemble des dirigeants africains et les systèmes politiques de pays d'Afrique. Les membres de la Commission peuvent certes être ou ne pas être d'accord dans le cadre d'un débat, mais ils ne doivent pas violer les principes fondamentaux du droit international, par exemple en s'ingérant dans les affaires intérieures des États sous le couvert de la lutte contre l'impunité.

35. Le premier argument concerne l'importance du consensus. Comme il n'y a pas de consensus parmi les membres de la Commission, M. Huang ne peut au stade actuel appuyer le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Il est extrêmement important que la Commission respecte l'esprit de consensus au début d'un nouveau quinquennat. Depuis sa création il y a près de soixante-dix ans, elle a toujours, par principe et en tant que règle procédurale fondamentale, pris ses décisions sur les questions de fond par consensus. Elle doit maintenir cette tradition inappréciable. Le renvoi de projets d'article au Comité de rédaction est vital pour les travaux de la Commission, car le Comité de rédaction non seulement fournit des indications quant à l'orientation de ces travaux, mais il pose aussi les fondements de la plus large acceptation possible de leur résultat par la communauté internationale. C'est pourquoi, s'agissant de renvoyer des projets d'article au Comité de rédaction, la Commission ne doit pas prendre hâtivement une décision définitive lorsqu'il existe encore d'importantes divergences d'opinions parmi ses membres. Il ne faut jamais oublier qu'il est souhaitable de réunir le plus large consensus possible. Lorsque des questions sont controversées, des consultations doivent être organisées pour parvenir à un consensus. Si un accord n'est pas possible, il est préférable d'ajourner la décision jusqu'à ce qu'une solution adéquate ait été trouvée.

36. En ce qui concerne le projet d'article 7, des vues divergentes ont été exprimées tant à la Commission qu'à la Sixième Commission. Des divergences de vues fondamentales et importantes continuent de diviser les membres de la Commission. Comme celle-ci n'est pas en mesure de s'entendre sur le point de savoir si le projet d'article doit ou non être renvoyé au Comité de rédaction, de nouvelles délibérations et consultations sont nécessaires, et aucun effort ne doit être ménagé pour parvenir à un consensus. Certains membres de la Commission proposent de mettre le renvoi du projet d'article aux voix, mais procéder ainsi ne contribuera pas à concilier les opinions divergentes et ne fera que les rendre manifestes aux yeux de la Sixième Commission et du public en général. On peut douter que cela soit souhaitable.

37. Le deuxième argument concerne le respect des différentes opinions et positions des États Membres. Comme plusieurs États Membres se sont vigoureusement opposés à l'élargissement des exceptions à l'immunité des représentants de l'État, M. Huang dit qu'il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Le droit international est dans son essence fondé sur le consensus des États. De fait, l'une des caractéristiques fondamentales de l'élaboration du droit sur le plan international est le fait que les coutumes et traités internationaux doivent leur existence aux États mêmes qu'ils lieront. Ainsi, le développement progressif du droit international et sa codification ont inévitablement un caractère diplomatique et pragmatique et non un caractère académique et dogmatique. La Commission ne doit jamais l'oublier si elle veut réaliser ses objectifs.

38. L'objet des travaux de la Commission est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification, principalement en rédigeant des projets d'articles sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États, ou en formulant avec plus de précision et en systématisant les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales. Les États jouent un rôle essentiel à chaque stade de ce processus. Bien que la Commission soit techniquement indépendante, elle doit toujours travailler en coopération étroite avec les autorités politiques des États, sous la direction et la supervision politiques de l'Assemblée générale. Pour cette raison, la Commission doit respecter les opinions et positions exprimées et défendues par les États Membres à la Sixième Commission.

39. À la Sixième Commission, des délégations ont fait observer que le sujet touchait des principes fondamentaux d'une importance pratique réelle pour les États

et que la Commission devait procéder avec prudence et rigueur. De fait, plusieurs États ont à maintes reprises et avec constance exprimé leur préoccupation quant à la proposition selon laquelle les crimes internationaux graves constituaient une exception à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ils ont souligné que le droit international coutumier ne corroborait pas une telle exception et que la volonté politique nécessaire pour en créer une faisait défaut. De nombreux États ont souscrit à la conclusion à laquelle le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin, était parvenu en 2010 dans son deuxième rapport, à savoir qu'il n'existait en droit international aucune norme coutumière ni aucune tendance en faveur de l'établissement d'une telle norme et que de nouvelles restrictions à l'immunité, même *de lege ferenda*, n'étaient pas souhaitables parce qu'elles compromettraient la stabilité des relations internationales. Cette conclusion était fondée sur une analyse approfondie des normes pertinentes du droit international et de la pratique des États et a posé des fondements solides pour l'examen par la Commission des exceptions à l'immunité. La Commission doit tenir compte des préoccupations et des différentes opinions exprimées par les États Membres. À défaut d'avancées majeures dans la pratique internationale depuis 2010, il est impératif d'adhérer au principe de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Les exceptions à ce principe doivent être étayées par une pratique des États suffisante et ne doivent pas être élargies à la légère.

40. Le troisième argument concerne l'observation des principes fondamentaux du droit international. Comme l'élargissement proposé des exceptions à l'immunité des représentants de l'État érode les principes fondamentaux du droit international et s'en écarte, M. Huang n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Ces principes, consacrés dans la Charte des Nations Unies, sont la pierre angulaire de relations internationales justes et équitables. La Commission, organe subsidiaire de l'Assemblée générale, est pleinement résolue à défendre ces principes, y compris les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, tous deux d'une importance critique pour la stabilité des relations internationales. Les États jouissent de droits sur la base de l'indépendance et sur un pied d'égalité, et ils assument leurs obligations et leurs responsabilités sur la base du respect mutuel. Ils doivent en tout temps honorer leurs obligations internationales concernant l'immunité des États, de leurs biens et de leurs représentants. Les manquements à ces obligations portent atteinte au principe de l'égalité souveraine et risquent d'exacerber les tensions. L'exercice par un État de sa juridiction pénale à l'égard du représentant d'un autre État sans le consentement de cet État constituerait un tel manquement.

41. Il est notoire que l'immunité de juridiction des représentants de l'État repose également sur l'immunité de l'État, qui n'est pas un privilège ni un avantage qu'un État accorde à un autre mais un droit intrinsèque fondé sur le principe de l'égalité souveraine. Étant donné l'absence de pratique étatique universelle et d'*opinio juris*, l'établissement malavisé d'exceptions à l'immunité mettrait le principe de l'égalité souveraine en péril et le subordonnerait à d'autres règles. L'exercice abusif de la compétence universelle a ces dernières années également suscité des préoccupations au sein de la communauté internationale. Par exemple, certains pays occidentaux invoquent fréquemment la prétendue compétence universelle pour engager des poursuites, voire décerner des mandats d'arrêt, contre des dirigeants et hauts représentants d'États africains, et des organisations antigouvernementales et des particuliers introduisent fréquemment des instances abusives devant les tribunaux de pays occidentaux. L'établissement inconsidéré d'exceptions à l'immunité faciliterait l'exercice abusif de la compétence universelle. Récemment, de plus en plus de pays ont déclaré que l'exercice de cette compétence devait respecter les règles du droit international relatives à l'immunité. Des pays occidentaux ont également commencé à modifier leur législation pour limiter l'exercice de la compétence universelle et empêcher certains types de procédures contre les représentants de haut rang d'États étrangers. Le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), adopté en 2014, rend compte des préoccupations des États africains à cet égard. Cette évolution reflète une tendance dont la Commission ne peut pas ne pas tenir compte dans ses travaux sur le sujet.

42. Or, dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a considérablement élargi les règles sur les exceptions aux immunités des représentants de l'État. Le projet d'article 7 vise, en tant qu'exceptions à l'immunité de la juridiction pénale étrangère, non seulement les crimes internationaux graves énumérés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais aussi des violations des droits de l'homme telles que la torture et les disparitions forcées, les crimes liés à la corruption et même des crimes de droit commun qui sont commis dans certaines circonstances et portent atteinte aux personnes ou aux biens. Mise à part la question de savoir si cet élargissement correspond à la pratique des États, si de nombreuses exceptions à l'immunité sont autorisées, elles auront inévitablement de graves effets sur les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États. Il semble que le projet d'article 7 aille trop loin à cet égard, et M. Huang ne peut donc l'appuyer.

43. Le quatrième argument concerne la cohérence de la méthodologie et la qualité des travaux de la Commission. Étant donné l'incohérence de la méthodologie utilisée pour établir le rapport à l'examen et l'absence d'éléments de preuve justifiant l'élargissement proposé des exceptions à l'immunité, M. Huang dit qu'il n'appuie pas le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

44. L'examen par la Commission de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est, comme celui d'autres sujets, étroitement lié à la codification du droit positif, la *lex lata*, et au développement progressif du droit, la *lex ferenda*. Or, dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a indûment, dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet, privilégié le développement progressif, ce qui a causé un déséquilibre et a amené la Rapporteuse spéciale à s'écarter de la méthode de travail systématique, ordonnée et structurée qu'elle avait elle-même proposée et qui avait été approuvée par la Commission. La Rapporteuse spéciale n'a pas

accordé l'attention voulue aux principes fondamentaux du droit international et aux normes du droit international coutumier, en particulier les principes de l'égalité souveraine et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, ni aux décisions de la Cour internationale de Justice et à la jurisprudence interne. Elle a décidé de limiter l'application de l'immunité en élargissant les exceptions à celle-ci pour régler le prétendu problème de l'impunité. Cette approche est toutefois erronée. Non seulement elle s'écarte de la direction que la Commission avait fixée pour l'examen du sujet, mais il est également peu probable qu'elle recueille l'appui de la majorité des membres de la communauté internationale.

45. De plus, il règne une certaine confusion au sujet de concepts fondamentaux comme les crimes de droit international et crimes de droit interne, les juridictions pénale et civile, la compétence universelle, les juridictions internationales et internes et la juridiction des États tiers, ainsi que l'immunité de l'État, l'immunité des représentants et l'immunité diplomatique.

46. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale insiste à de nombreuses reprises sur le problème de l'impunité. Or, comme l'ont à juste titre fait observer de nombreux autres membres de la Commission, l'impunité n'est pas nécessairement liée à l'immunité de juridiction. Adhérer au principe de l'immunité n'a pas pour objectif de soustraire les représentants de l'État soupçonnés d'avoir commis des crimes à la sanction pénale. L'immunité de juridiction n'est qu'une règle procédurale qui n'exonère pas les représentants de l'État de leur responsabilité de fond ; elle n'entraîne pas la commission de crimes internationaux, pas plus qu'elle ne favorise l'impunité. Les causes de celle-ci sont nombreuses, et pour la plupart de nature politique. Les mesures visant à éliminer l'impunité devraient commencer aux niveaux politique et national, et non en essayant de nier, de supprimer ou de limiter l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, un principe du droit international établi de longue date. M. Huang considère que l'impunité ne doit donc pas être invoquée pour limiter l'immunité.

47. En conclusion, M. Huang dit qu'il souscrit à nombre des observations et suggestions faites par d'autres membres de la Commission, en particulier M. Murphy. Il souscrit pleinement à l'observation de celui-ci selon laquelle même l'existence d'une « tendance » n'a pas été effectivement établie dans le rapport, aucun consensus des États n'a été démontré et le projet d'article 7 n'est étayé ni par la jurisprudence et la législation internes, ni par la jurisprudence internationale et la pratique conventionnelle. M. Huang ne pense donc pas que le projet d'article 7 soit prêt à être renvoyé au Comité de rédaction à la session en cours.

48. Quant au programme de travail futur, étant donné les divergences d'opinions existant en son sein, et dans un esprit de coopération et de compromis, la Commission devrait s'efforcer d'arriver à une solution globale, qui comprendrait les éléments suivants : ajourner pour le moment la décision finale concernant le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction, créer un groupe de travail à composition non limitée aux fins de consultations informelles, prier la Rapporteuse spéciale d'élaborer un commentaire du projet d'article 7 pour examen par la Commission à sa session suivante et envisager la question des limites ou exceptions à l'immunité dans le contexte des garanties procédurales en la matière, qui doivent faire l'objet du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale.

49. Enfin, l'orateur dit qu'il souhaite aborder brièvement un sujet connexe, à savoir l'extradition des fugitifs, pour montrer que la lutte contre l'impunité dépend de la coopération judiciaire et policière entre les États. Ces dernières décennies, les autorités chinoises ont intensifié leurs efforts pour obtenir le rapatriement de citoyens chinois ayant fui le pays. Au cours des trois années écoulées, des milliers de fugitifs chinois, pour la plupart d'anciens représentants de l'État, ont été renvoyés en Chine par plus de 100 pays étrangers. Dans tous les cas, l'extradition a été obtenue par les mécanismes traditionnels d'entraide judiciaire et non par l'exercice de leur juridiction pénale par les États concernés. Ce n'est pas le fait que les États n'exercent pas leur juridiction pénale qui fait obstacle à l'extradition des fugitifs, mais l'absence de volonté d'offrir l'assistance judiciaire et juridique requise. En 2015, les autorités chinoises ont rendu publique une liste des 100 fugitifs chinois les plus recherchés, dont environ 60 se cachent dans des pays qui ne veulent pas les renvoyer en Chine. La principale question qui se pose est donc celle de la volonté politique des États de coopérer et de déférer les fugitifs à la justice.

50. M. TLADI dit qu'il tient à souligner que l'article 46A *bis* du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme tel que modifié par le Protocole de Malabo et l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont sans pertinence pour le débat en cours, car ces dispositions visent une institution particulière, à savoir la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et la Cour pénale internationale, respectivement. S'agissant du projet d'article 7, il précise que s'il ne souscrit pas à certains aspects de la méthodologie employée par la Rapporteuse spéciale et n'appuie pas le paragraphe 3, il estime que l'alinéa *a* du paragraphe 1 devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

51. M. GÓMEZ ROBLEDO, répondant à M. Huang, dit que le « consensus » n'est défini dans aucun instrument international. Les grandes puissances ont inventé ce concept dans les années 1970 pour s'opposer aux majorités dites « automatiques » du tiers monde. Il n'est mentionné ni dans la Charte des Nations Unies ni dans le règlement intérieur de l'Assemblée générale. Le règlement intérieur de certaines conférences internationales stipule que les participants doivent s'efforcer d'aboutir à l'accord le plus large possible mais que, si leurs efforts sont vains, un vote peut avoir lieu. Les grandes avancées du droit international, y compris la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Convention de Vienne de 1969 et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, sont le résultat d'un vote, un fait qui ne compromet aucunement leur autorité et leur valeur. Même la Cour internationale de Justice procède régulièrement à des votes. L'orateur dit qu'il ne suggère en aucune manière que la Commission doit automatiquement mettre ses décisions aux voix, et il est totalement convaincu que le Président a les capacités nécessaires pour susciter le consensus par d'autres moyens, mais il doit néanmoins être possible de procéder

à un vote. De fait, accorder une voix à chaque membre de la Commission serait la manière la plus nette de mettre en œuvre au niveau individuel le principe de l'égalité souveraine, cher à tous les membres. Il ne doit toutefois être procédé à un vote qu'en dernier recours.

52. M. RAJPUT dit que la Commission a pour pratique de rechercher le consensus de ses membres et qu'il serait regrettable qu'elle mette régulièrement ses décisions aux voix. Le point de départ d'un débat ne peut pas être qu'il existe une opinion majoritaire et qu'il faut donc procéder à un vote sans tenir compte de la minorité. Aucun effort ne doit être ménagé pour comprendre l'opinion, majoritaire ou minoritaire, de tous les membres, et pour en tenir dûment compte.

53. M. HUANG dit que l'esprit de consensus est non seulement une importante tradition mais qu'il est aussi essentiel pour les travaux de la Commission. Il n'est pas nécessairement opposé au vote, mais il estime que la Commission doit d'abord s'efforcer d'arriver au plus large consensus possible par des consultations formelles ou informelles.

54. M. PETER dit qu'il importe d'avoir à l'esprit le statut des différents instruments internationaux mentionnés au cours du débat. Le Protocole de Malabo, par exemple, a été adopté par l'Union africaine en 2014 mais n'a été signé que par neuf États et n'a encore été ratifié que par un seul.

55. M. MURASE rappelle que la Commission est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale et applique donc le règlement intérieur de celle-ci, qui prévoit que les décisions sur les questions importantes sont mises aux voix. La prétendue règle du consensus ne confère pas un pouvoir de veto aux minorités. Si la Commission ne doit ménager aucun effort pour parvenir à un consensus avant de procéder à un vote, elle doit néanmoins avoir la possibilité de le faire. Au cours des décennies précédentes, la Commission a souvent procédé à des votes indicatifs, et elle devrait maintenir cette pratique.

56. M. HASSOUNA dit que, dans la pratique de l'Assemblée générale comme dans celle de la Commission, le consensus n'a jamais été assimilé à l'unanimité. Par le passé, la Commission a à l'occasion procédé à un vote lorsque, malgré tous ses efforts, elle n'avait pu parvenir au consensus. Peut-être la Commission pourrait-elle examiner la question dans le cadre du Groupe de travail sur les méthodes de travail, qui doit se réunir à la session en cours.

57. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il pense comme d'autres membres de la Commission que le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale contient des éléments relevant de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Dans ses travaux sur le sujet, la Commission doit envisager la codification et le développement progressif du droit international de manière intégrée et non les considérer comme deux catégories distinctes.

58. Comme le note à juste titre la Rapporteuse spéciale au paragraphe 142 de son rapport, le droit international doit être considéré comme un système réalisant un équilibre entre, d'une part, des considérations fondamentales classiques, comme le respect de l'égalité souveraine des États et l'harmonie des relations internationales, et, d'autre part, la nécessité de tenir compte des progrès réalisés durant les dernières décennies dans les domaines du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit pénal international. La Commission peut se montrer à la hauteur de ce défi, à savoir préserver et consolider les acquis du passé tout en envisageant la situation contemporaine complexe et évolutive avec l'esprit ouvert.

59. En ce qui concerne l'immunité des membres de la troïka, l'orateur souligne l'importance de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui indique clairement que l'immunité *ratione personae* protège totalement les membres de la troïka d'un État contre tout acte d'autorité d'un autre État qui entraverait l'exercice de leurs fonctions, sans faire de distinction entre les actes accomplis à titre officiel et ceux accomplis à titre privé. Cette immunité prend fin lorsque le représentant quitte ses fonctions. Comme indiqué au paragraphe 67 du rapport, la Cour elle-même indique dans son arrêt que celui-ci ne concerne que l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice. Il n'est donc pas possible d'en appliquer les conclusions aux représentants de l'État qui ne sont pas membres de la troïka.

60. De même, comme cela est indiqué au paragraphe 85 du rapport, la décision rendue par la Cour internationale de Justice sur le fond dans son arrêt relatif aux *Immunités juridictionnelles de l'État* concerne l'immunité juridictionnelle de l'État *stricto sensu* lorsque l'État agit *jure imperii*. Il importe de distinguer entre l'immunité de l'État *stricto sensu* dans les situations où une instance civile est introduite contre un État devant les tribunaux d'un autre État et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. S'agissant de cette dernière, il faut distinguer entre les membres de la troïka, qui jouissent de l'immunité *ratione personae* durant leur mandat, et les représentants de l'État ou anciens représentants de l'État, y compris les anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* à raison des actes accomplis à titre officiel. La Rapporteuse spéciale insiste sur ces distinctions dans son quatrième rapport[239] ainsi qu'aux paragraphes 153 et 154 de son cinquième rapport, dans lesquels elle appelle l'attention sur le fait qu'un même acte peut donner lieu à deux types distincts de responsabilité − internationale pour l'État et pénale pour l'individu – dont l'existence se traduit par deux types d'immunité − celle de l'État et celle des représentants de l'État, avec leurs régimes juridiques respectifs.

61. Évoquant l'affaire *Pinochet*, qui a été jugée au Royaume-Uni, au paragraphe 87 de son arrêt sur les *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice relève que dans cette affaire la distinction entre l'immunité d'un représentant de l'État et celle de l'État a été soulignée par plusieurs juges. Elle fait également observer que, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia*, la Chambre des lords a

[239] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

précisé cette distinction, Lord Bingham of Cornhill ayant qualifié la différence entre procédures pénales et procédures civiles de « fondamentale aux fins de la décision[240] » rendue en l'affaire *Pinochet*.

62. De plus, au paragraphe 91 de son arrêt sur les *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour souligne 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. Les conclusions auxquelles parvient l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies corroborent donc celles présentées par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport en ce qui concerne les limitations et exceptions à l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

63. Il importe aussi de souligner que l'immunité juridictionnelle a un caractère essentiellement procédural. Il est donc justifié, conformément aux arguments avancés dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, de faire une distinction entre l'immunité de juridiction des représentants de l'État et leur responsabilité. Cette distinction est clairement illustrée par le fait que les membres de la troïka ne jouissent plus de l'immunité *ratione personae* lorsqu'ils ont quitté leurs fonctions et voient leur immunité limitée aux actes accomplis à titre officiel − ce qu'explique fort bien la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 148 et 149 de son rapport.

64. Néanmoins, comme indiqué aux paragraphes 150 à 152 et 205 de ce rapport, en pratique l'immunité *ratione materiae* ne sera plus purement procédurale s'il n'y a pas d'autres moyens de recours que la juridiction pénale étrangère et si l'invocation de cette immunité fait obstacle à l'engagement de poursuites pénales contre des représentants de l'État soupçonnés d'être impliqués dans la commission de crimes internationaux abominables. Dans un tel cas, l'immunité acquiert une portée substantielle et aboutit à l'impunité de facto des auteurs de ces crimes tout en entravant la lutte contre les violations flagrantes du *jus cogens*. Une telle situation dénaturerait le sens de l'immunité et l'obligation énoncée dans divers traités de punir les responsables de ces crimes, quelle que soit leur qualité officielle.

65. La Rapporteuse spéciale souligne qu'il existe une tendance nette à cet égard, qui est reflétée dans les résolutions de l'Institut de droit international. Il est significatif que, dans la résolution qu'il a adoptée en 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international[241], l'Institut distingue entre le traitement devant être accordé aux chefs d'État et chefs de gouvernement en exercice et celui devant être accordé aux anciens chefs d'État et anciens chefs de gouvernement. Le paragraphe 2 de l'article 13 de cette résolution limite la portée de l'immunité de juridiction des anciens chefs d'État aux actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles, et stipule que les intéressés peuvent être poursuivis et jugés lorsque les actes qui leur sont reprochés constituent un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs d'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État. L'article 1 de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée par l'Institut en 2009 dispose qu'aux fins de cette résolution l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves de droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre, ainsi que cela ressort des traités applicables ou du statut et de la jurisprudence des juridictions internationales.

66. L'orateur dit qu'il souscrit à ce qui est dit aux paragraphes 170 à 175 du rapport à l'examen, à savoir que les conséquences pratiques des exceptions et limites à l'immunité *ratione materiae* sont similaires à la non-application de cette immunité. Il n'en considère pas moins la distinction conceptuelle comme importante.

67. Il est possible de parler d'exceptions en ce qui concerne les crimes internationaux, et M. Ruda Santolaria dit qu'il souscrit aux arguments formulés par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 124 et 125 de son quatrième rapport, ainsi qu'à ceux formulés par le précédent Rapporteur spécial aux paragraphes 60 et 61 de son deuxième rapport[242]. Dans son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale soulignait à juste titre que ces crimes sont commis au moyen de l'appareil de l'État, avec l'appui de l'État, et que la participation de représentants de l'État était un élément essentiel de la définition de certains des comportements qualifiés de crimes internationaux. Tel est le cas, par exemple, de l'article premier, paragraphe 1, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de l'article II de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, et de l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

68. Par contre, les crimes liés à la corruption relèvent de la catégorie des limitations à l'immunité *ratione materiae*. L'orateur dit qu'il estime lui aussi que ces crimes ne doivent pas être considérés comme des actes officiels puisque, bien qu'ils impliquent des représentants de l'État, ils visent le bénéfice ou le gain personnel.

69. En ce qui concerne le projet d'article 7 proposé, M. Ruda Santolaria dit qu'il approuve la liste des crimes internationaux à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 1, ainsi que l'utilisation de cette expression. Comme d'autres membres, il considère que le crime d'apartheid devrait figurer dans cette liste. Il doute par contre sérieusement de l'opportunité d'y inclure le crime d'agression. Étant donné ses caractéristiques particulières, il serait préférable

[240] Voir *Jones v. Saudi Arabia*, p. 729, par. 32.

[241] Résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 à 755. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[242] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin), p. 438.

d'envisager ce crime dans le cadre des Amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression. À cet égard, la décision que prendra la prochaine Assemblée des États Parties au Statut de Rome conformément aux articles 15 *bis* et 15 *ter* de cet instrument sera cruciale.

70. L'orateur dit qu'il approuve l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 7, estimant qu'une politique de tolérance zéro devrait être mise en œuvre en ce qui concerne la corruption qui, entre autres choses, touche particulièrement les segments les plus pauvres de la population. Sont remarquables à cet égard l'arrêt rendu le 11 juillet 2007 par la Cour suprême du Chili dans l'affaire *Fujimori* et une décision rendue dans les années 1960 par des tribunaux des États-Unis d'Amérique en réponse à une demande d'extradition de l'ex-Président vénézuélien Marcos Pérez Jiménez. L'orateur dit qu'il peut accepter la portée de l'exception territoriale prévue à l'alinéa *c* du paragraphe 1 et qu'il souscrit à la teneur du paragraphe 2. En ce qui concerne le paragraphe 3, il pense comme d'autres membres que l'on pourrait envisager d'élaborer une clause « sans préjudice » applicable à tous les projets d'article. Dans le même temps, il partage l'idée que l'obligation de coopérer devrait être axée sur la Cour pénale internationale et les tribunaux internationaux créés par décision du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Enfin, il estime que, dans le cadre de la poursuite des travaux sur le sujet, la Commission doit examiner avec soin les aspects procéduraux de l'immunité afin de prévenir les manipulations politiques et les abus. À la lumière de ces observations, il approuve le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

71. M. ARGÜELLO GÓMEZ dit qu'il semble que de l'avis général il existe une catégorie de crimes, qualifiés en termes généraux de crimes internationaux, qui sont identifiés comme tels parce qu'ils ont des conséquences différentes de celles des autres infractions. Le projet d'article 7 envisage l'une de ces conséquences, à savoir le fait que l'auteur d'un crime international n'est pas protégé par l'immunité de juridiction pénale.

72. Dans le cadre de travaux sur l'immunité juridictionnelle, il est logique de commencer par recenser les crimes entrant dans la catégorie des crimes internationaux pour, ensuite, déterminer la manière dont la juridiction doit être exercée à l'égard de ces crimes. Ainsi, la seule tâche qui incombe à la Commission au stade actuel est de recenser les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. L'orateur dit qu'à cet égard il n'a entendu aucun orateur nier que les crimes visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 7 soient des crimes internationaux.

73. Il n'est nul besoin, dans le projet d'article, d'énoncer également les règles de procédure régissant la mise en œuvre des exceptions ni d'analyser les exceptions possibles aux exceptions à l'immunité. Certains membres de la Commission craignent certes que ces exceptions soient utilisées à des fins politiques, mais tel est précisément l'équilibre que la Commission doit réaliser : prévenir l'impunité tout en veillant à ce que le refus de l'immunité ne devienne pas une arme politique. À cet égard, dans certains pays le pouvoir d'engager des poursuites est la prérogative de l'exécutif et donc l'action pénale ne peut être exercée en l'absence de décision de l'exécutif, qui est bien entendu une autorité politique. Toutefois, en dernière analyse, si la Commission entend établir des mécanismes pour éviter l'invocation de ces exceptions à des fins politiques, peut-être est-il préférable de traiter ces questions dans des projets d'article distincts.

74. S'agissant de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 7, il convient de se demander si la liste des crimes internationaux qui y figure est ou non exhaustive. L'orateur rappelle que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en ce qui concerne les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'emploi abusif de la force, en d'autres termes l'agression, était interdit par le droit international coutumier. Il ne voit donc aucune raison pour que l'agression ou l'emploi illicite de la force ne figure pas dans la liste des crimes internationaux.

75. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 1, la corruption est un problème complexe et peut-être celui qui se prête le plus à des manipulations politiques ; il faut donc être très prudent s'agissant de l'inclure dans le projet d'article 7. De plus, le texte est quelque peu ambigu, et il conviendrait de préciser que c'est la corruption sur une grande échelle touchant le pays d'origine du représentant de l'État concerné qui est visée. L'alinéa *c*, qui vise les représentants de l'État qui ont commis un crime sur le territoire de l'État du for, ne semble pas compatible avec l'objectif du projet d'article 7, qui concerne les crimes commis hors de l'État du for. Peut-être la question devrait-elle être traitée dans un nouveau projet d'article placé dans une section différente.

76. Au paragraphe 3, seul l'alinéa *a* est nécessaire aux fins du projet d'article, sauf si l'alinéa *b* vise à indiquer que les États qui ne sont pas parties au statut de la cour ou du tribunal international concerné n'en doivent pas moins s'acquitter de l'obligation de coopérer avec cette cour ou ce tribunal. L'orateur dit que, si telle est l'intention, en principe il n'appuiera pas cette disposition. En conclusion, il recommande le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

77. M. OUAZZANI CHAHDI dit que la question envisagée dans le rapport est une question délicate, que la Commission doit aborder avec prudence. La difficulté tient au fait que plusieurs exigences doivent être satisfaites, notamment le respect de l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales, la protection des droits de l'homme et la lutte contre l'impunité, puisque l'immunité des représentants de l'État ne doit pas être invoquée pour échapper à des poursuites pénales. C'est précisément à ce niveau qu'interviennent les exceptions et limites. Pour élaborer son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale s'est appuyée sur la doctrine et la jurisprudence et a procédé à une étude de la pratique des États. Elle a également tenu compte des travaux antérieurs de la Commission et des vues exprimées par les États à la Sixième Commission. Ce cinquième rapport relève du développement progressif du droit international.

78. Au chapitre II de ce rapport, la Rapporteuse spéciale cite, dans le cadre de la pratique conventionnelle, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,

de 1961, la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de 1963, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de 1975, et la Convention sur les missions spéciales, de 1969. Aux paragraphes 24 et 173 de son rapport, elle conclut que ces conventions ne prévoient aucune exception en matière pénale à l'immunité *ratione materiae* résiduelle. La seule limite à l'immunité prévue dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont l'adoption a marqué le début de la codification de certains aspects du droit diplomatique, est la déclaration d'un diplomate *persona non grata*. L'étude de ces conventions montre que le sujet des limites et exceptions à l'immunité concerne à la fois la codification et le développement progressif du droit international, car tout n'a pas été codifié à Vienne en 1961.

79. Seule la Convention sur les missions spéciales intéresse directement le rapport à l'examen, puisque son article 21 dispose que le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent dans l'État de réception des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international. D'autres conventions citées par la Rapporteuse spéciale contiennent des dispositions sur l'immunité mais non sur les exceptions et les limites à celle-ci.

80. S'agissant des législations nationales, la Rapporteuse spéciale reconnaît au paragraphe 44 de son rapport qu'il existe très peu de lois internes consacrées à l'immunité de juridiction et que celles qui existent portent essentiellement sur les immunités de l'État. Au paragraphe 54, elle cite la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire adoptée par la Belgique en 1993 et amendée en 1999 puis en 2003 suite à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Cette loi concerne toutefois un cas particulier, tout comme la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux citée au paragraphe suivant. Il semble difficile de tirer des conclusions sur la seule base de ces deux textes.

81. S'agissant de la jurisprudence, la Rapporteuse spéciale cite essentiellement la jurisprudence des tribunaux internes. Elle cite toutefois aussi la jurisprudence internationale étant donné l'influence qu'elle peut avoir au niveau national. À cet égard, seul l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* est directement pertinent car, comme l'indique la Rapporteuse spéciale au paragraphe 66 de son rapport, la Cour a dans cette affaire dégagé un régime de l'immunité de juridiction pénale des ministres des affaires étrangères ayant valeur de modèle.

82. Il est difficile de mettre les opinions dissidentes citées par la Rapporteuse spéciale aux paragraphes 68 et suivants de son rapport au même niveau que les décisions de la Cour internationale de Justice elle-même. L'orateur dit qu'il approuve néanmoins le raisonnement et les conclusions de la Rapporteuse spéciale en ce qui concerne les *Immunités juridictionnelles de l'État* figurant aux paragraphes 74 et suivants. S'agissant de la jurisprudence interne, le résumé qui en est fait au paragraphe 121 est intéressant.

83. En ce qui concerne le chapitre III du rapport, et en particulier les paragraphes 170 et suivants, qui traitent de la notion de limites et exceptions à l'immunité, les explications que donne la Rapporteuse spéciale doivent être développées. Les limites et exceptions à l'immunité doivent être clairement identifiées et définies afin d'en faciliter l'invocation par les États, et il est regrettable que cela n'ait pas été fait dans le rapport.

84. S'agissant du projet d'article 7, l'orateur dit que, comme d'autres membres de la Commission, il aimerait savoir quels critères la Rapporteuse spéciale a utilisés pour établir la liste de crimes internationaux qu'elle propose. Comme de précédents orateurs, il estime que les crimes d'agression et d'apartheid devraient y figurer. S'agissant de la corruption, le commentaire du projet d'article devrait peut-être expliquer que c'est la corruption sur une grande échelle qui est visée, et fournir davantage de détails.

85. L'orateur dit qu'il convient qu'il est important de préciser au paragraphe 2 que le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat, puisque, ainsi que l'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, c'est précisément pour permettre à ces personnes de s'acquitter efficacement de leurs fonctions que l'immunité leur est accordée.

86. En conclusion, l'orateur dit qu'il est favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 55.

3365e SÉANCE

Mardi 30 mai 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du cinquième rapport établi par la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701).

2. S'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, M. Nolte dit que l'établissement du principe de la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux a été l'une des grandes réalisations de l'après-guerre, qui visait en particulier à répondre aux guerres d'agression et aux atrocités sans précédent auxquelles s'était livrée l'Allemagne nazie. Des progrès ont été réalisés dans la mise en place d'un système efficace à plusieurs niveaux permettant de juger les auteurs de crimes internationaux grâce à la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, de la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux internationaux ou hybrides et à l'engagement de poursuites à l'échelle nationale. Malgré cela, des crimes internationaux continuent d'être perpétrés à une échelle effroyable, et les mécanismes juridiques et les dispositifs de coopération mis en place à l'échelle nationale et internationale demeurent insuffisants. Les travaux de la Commission sur les crimes contre l'humanité et sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'inscrivent dans le cadre de l'action entreprise par la communauté internationale pour mettre en place un cadre juridique de lutte contre l'impunité qui soit plus clair et plus solide. M. Nolte soutient le projet actuel d'établissement d'une responsabilité individuelle pour les crimes internationaux tout en défendant également le droit international en général. Il approuve l'approche systémique retenue par la Rapporteuse spéciale car à ses yeux le droit doit être développé de manière à servir et concilier les valeurs et intérêts en jeu. Il estime que la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux doit être mise en œuvre de manière à garantir une coopération internationale durable et des relations pacifiques entre les États.

3. Dans ce contexte, le principe fondamental du droit international propre à garantir une coopération internationale durable est l'égalité souveraine des États, dont l'un des aspects les plus importants est qu'en règle générale les tribunaux d'un État ne sont pas fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre État, ce qui garantit que les jugements des tribunaux nationaux soient respectés par les États tiers. En effet, si les tribunaux d'un État pouvaient statuer sur des requêtes visant des actes officiels d'un État tiers, cela pourrait aisément créer une impression de partialité. La Cour internationale de Justice et d'autres juridictions ont reconnu à maintes reprises que de telles requêtes devaient être rejetées, qu'elles soient ou non fondées. S'il en allait autrement, il y aurait un risque que les deux États concernés s'accusent mutuellement, que l'objectivité des procureurs et du pouvoir judiciaire de l'État du for soit mise en cause, et que des représailles soient exercées, ce qui compromettrait les relations pacifiques et la coopération entre les États.

4. Bien entendu, le principe de l'immunité de l'État n'est pas absolu, mais l'enjeu consiste à définir avec précision le point d'équilibre et les limites et à déterminer à quelle autorité cette tâche sera confiée. Il n'y a pas de solution facile, mais ce sont en définitive les règles du droit international coutumier qui doivent permettre de réaliser l'équilibre entre deux principes d'une importance fondamentale. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale s'est demandé quelles étaient les règles pertinentes du droit international coutumier. Ce n'est toutefois pas le seul aspect de la question qui importe puisque, comme la Rapporteuse spéciale le relève à juste titre, le rôle de la Commission ne se résume pas à déterminer le droit existant mais consiste également à contribuer au développement progressif d'un droit international nouveau. M. Nolte abordera ces deux aspects, tout d'abord en commentant l'analyse de la pratique pertinente présentée dans le rapport puis en examinant le point de savoir si des considérations plus générales d'ordre juridique ou politique devraient influer sur la conclusion tirée de cette analyse.

5. Selon ce qui est dit dans le rapport, la pratique pertinente fait ressortir une exception à la règle générale de l'immunité des représentants de l'État agissant à titre officiel lorsqu'il est allégué que, dans le cadre de ses fonctions officielles, un représentant de l'État a commis un crime international. Il est affirmé que, même si cette conclusion n'est pas acceptée, la pratique révèle l'existence d'une « tendance claire » dans ce sens. M. Nolte partage toutefois l'avis exprimé par les membres de la Commission qui ont présenté une analyse détaillée des raisons pour lesquelles on ne peut pas parler d'une pratique établie qui étayerait les exceptions proposées par la Rapporteuse spéciale ou confirmerait l'existence d'une tendance.

6. En ce qui concerne la pratique judiciaire nationale, M. Nolte se dit en désaccord avec l'affirmation figurant au paragraphe 121 du rapport selon laquelle « s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, on peut conclure qu'une tendance majoritaire se dégage en faveur de certaines limitations et exceptions à l'immunité ». Premièrement, la détermination d'une « tendance majoritaire » dépend à l'évidence des décisions prises en compte. La Rapporteuse spéciale se fonde sur certaines affaires dénuées de pertinence, comme celles dans lesquelles un représentant de l'État a invoqué son immunité à l'égard de l'État pour lequel il exerçait ou avait exercé des fonctions, notamment les affaires *Fujimori*, *Hailemariam* et *Adamov*. Il faudrait également mettre de côté les affaires où le tribunal s'est fondé sur une limitation de l'immunité prévue par un traité, par exemple, les affaires *Bouzari*, *Pinochet*, *Jones v. Saudi Arabia* , et *Fang c. Jiang Zemin*, dans lesquelles les tribunaux ont refusé d'accorder l'immunité *ratione materiae* au motif que la définition de la torture donnée dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants montrait que les États parties à la Convention étaient convenus de lever l'immunité dans les affaires pénales. Les limitations à l'immunité prévues par traité ne reflètent pas l'état du droit international coutumier.

7. L'identification d'une tendance majoritaire dépend en outre, à l'évidence, des affaires considérées comme reflétant la tendance minoritaire. Les notes de bas de page du paragraphe 118 du rapport de la Rapporteuse spéciale renvoient à des affaires dans lesquelles les tribunaux ont refusé de faire une exception à l'immunité *ratione materiae* pour des crimes internationaux. Il existe toutefois davantage d'affaires de ce type, comme celle dans laquelle le parquet français a décidé de ne pas poursuivre l'ancien Secrétaire d'État à la défense Donald Rumsfeld[243], et l'affaire des poursuites engagées contre l'ancien

[243] Voir la lettre du Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris en date du 16 novembre 2007 (https://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf) et celle du Procureur général près la cour d'appel de Paris du 27 février 2008 (https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/Rumsfeld_FrenchCase_%20Prosecutors%20Decision_02_08.pdf).

Président chinois Jiang Zemin devant la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud (Australie), dans laquelle l'immunité de l'ancien chef d'État a prévalu[244]. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale n'aurait dû retenir que les affaires dans lesquelles l'État a effectivement invoqué en vain l'immunité *ratione materiae* de l'un de ses représentants ; cela aurait démontré clairement qu'il n'existe pas un nombre important ni une majorité de décisions judiciaires nationales allant dans le sens de la reconnaissance d'une exception applicable aux crimes internationaux.

8. En outre, les jugements de tribunaux nationaux cités à l'appui de l'hypothèse de l'existence d'une exception à l'immunité pour les crimes internationaux, ou de l'émergence d'une telle exception en droit international coutumier, sont fondés sur des raisonnements très différents que la Rapporteuse spéciale ne soumet malheureusement pas à une analyse critique. Si, dans certaines affaires, le *jus cogens* a été invoqué comme fondement d'une exception, dans d'autres, il a été conclu que certains actes, en particulier les crimes internationaux, ne pouvaient pas être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. La Rapporteuse spéciale semble affirmer que, considérés conjointement, ces jugements individuels, fondés sur des raisonnements différents et parfois contestables, constituent une série d'affaires qui, en définitive, contribuent à l'institution d'une exception à une règle de droit international coutumier ou du moins à la formation d'une tendance à l'émergence d'une telle exception. Or la somme de deux ou plusieurs arguments discutables ne produit pas un argument convaincant.

9. Pour ces raisons, et pour celles qu'ont données d'autres membres de la Commission, il est évident que les exceptions à l'immunité en cas de crimes internationaux proposées dans le rapport ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier. Une tendance a pu émerger par le passé mais ce n'est plus le cas. Le jugement rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* a effectivement suscité un débat il y a vingt ans, et plusieurs jugements rendus par des tribunaux nationaux pourraient être interprétés comme l'expression d'une « tendance » à la reconnaissance d'exceptions à l'immunité pour les principaux crimes de droit international. Cependant, ces jugements ont rapidement été contredits par d'autres, qui ont remis en cause l'existence de la tendance en question. D'ailleurs, la majorité des décisions de tribunaux nationaux citées dans le rapport ont été rendues avant que les juridictions internationales et nationales soient parvenues à la conclusion que certains des arguments sur lesquels étaient fondés les jugements précédents ne reflétaient pas les règles du droit international coutumier. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie (Grèce intervenant))*, la Cour internationale de Justice a déclaré que les normes de *jus cogens* ont une nature matérielle et, en tant que telles, n'entrent pas en conflit avec les règles régissant l'immunité de l'État, qui sont de nature procédurale. Ce raisonnement s'applique nécessairement aussi à l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État. La Cour européenne des droits de l'homme a consolidé sa jurisprudence avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Oleynikov c. Russie*, selon lequel les règles de droit international relatives à l'immunité constituent des restrictions inhérentes du droit d'accès aux tribunaux. Dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia*, la Chambre des lords a aussi expliqué les raisons pour lesquelles les règles relatives à l'immunité perduraient. Les décisions judiciaires de la dernière décennie ne reflètent pas une tendance ; au contraire, les juridictions internationales et nationales ont étoffé les arguments en faveur du maintien de l'immunité, même pour les principaux crimes de droit international. Il semble que les préférences de principe de la Rapporteuse spéciale l'aient amenée à minimiser l'importance de l'évolution contraire amorcée plus récemment. Or la Commission devrait se montrer transparente et décrire avec précision l'état actuel des choses, sans nourrir l'illusion que le monde est le même qu'à la fin des années 1990 ou au début du XXIe siècle.

10. M. Nolte convient avec la Rapporteuse spéciale qu'il faut envisager le système juridique international dans son ensemble et déterminer si l'évolution que connaît le droit pénal international appelle l'institution d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*. Cependant, le projet d'une justice pénale internationale a été jusqu'ici soigneusement élaboré grâce à des instruments et des décisions spécifiques dans le but de garantir son acceptation par les États. Dans une perspective systémique, il faudrait procéder de même pour l'immunité des représentants de l'État. Il faut également mesurer pleinement l'importance du principe de l'égalité souveraine dans le contexte du droit pénal international. Fort heureusement, les États renoncent souvent volontairement à certains aspects de leurs droits souverains et s'engagent par traité à être liés par des décisions rendues à l'étranger de manière à renforcer la coopération. Malgré cela, on ne peut s'attendre à ce qu'ils acceptent une décision d'un tribunal étranger qui justifie la mise en poursuite de l'un de leurs représentants ayant agi à titre officiel si cela n'a pas été convenu à l'avance. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que certains États aient déjà réagi fortement et remis en question des relations bilatérales dans de telles affaires. M. Nolte craint que les tensions entre États ne se multiplient et ne s'intensifient si le projet d'article 7 était adopté par la Commission puis appliqué comme étant le droit par les tribunaux nationaux sans avoir été accepté par les États dans le cadre d'un traité.

11. M. Nolte n'est pas convaincu que l'objectif de la lutte contre l'impunité justifierait de telles tensions ; au contraire, les tensions à venir risqueraient, dans la pratique, de conduire à un système de justice à deux niveaux, dans lequel les États les plus puissants seraient en mesure de protéger leurs représentants contre d'éventuelles poursuites, tandis que les plus faibles ne le seraient pas. Une telle situation risquerait d'aggraver les problèmes actuels, les États africains se plaignant déjà de ce que la Cour pénale internationale se montre sélective et concentre ses efforts sur l'Afrique. Les soupçons d'inégalité de traitement pourraient desservir la cause de la justice pénale internationale dans son ensemble. M. Nolte demande si la Commission souhaite réellement courir un tel risque. Il convient avec d'autres membres de la Commission que les exceptions à l'immunité sont inextricablement liées aux garanties procédurales, lesquelles constituent un élément essentiel de l'approche systémique. Partant, il est impossible de traiter correctement la question des exceptions sans connaître les règles procédurales qui leur seraient applicables.

[244] Affaire *Zhang v. Jiang Zemin and Others*, décision du 14 novembre 2008.

12. Étant donné que les exceptions pour les principaux crimes de droit international proposées par la Rapporteuse spéciale ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier, M. Nolte se demande si la Commission pourrait au moins indiquer que le droit n'est pas clair, et rappeler qu'elle a pour mandat d'œuvrer à la fois à la codification et au développement progressif du droit international. La question de la teneur du droit existant pourrait alors être laissée en suspens, et la Commission pourrait proposer une exception fondée, du moins partiellement, sur une préférence de principe en faveur de l'existence d'une exception. Un membre a fait valoir que la Commission avait pour pratique de ne pas distinguer clairement entre codification et développement progressif mais que cela remontait à une époque où elle s'employait principalement à élaborer des instruments, car dans un tel exercice il importait peu de savoir si une règle proposée reflétait le droit coutumier existant ou constituait une règle nouvelle. Il appartient en définitive aux États participant aux négociations de définir le contenu d'un traité et de décider d'adopter ou non l'instrument. Cela étant, dans le cadre du sujet à l'examen, il ne semble pas que la Commission soit en train d'élaborer un instrument. Les opinions qu'elle exprime sur le droit existant peuvent être utilisées par des juridictions nationales et internationales, qui ont besoin de connaître le contenu de ce droit. La Commission doit donc être transparente quant au point de savoir si elle énonce le droit existant ou si elle propose un droit nouveau. Elle n'a pas encore clairement décidé si elle va proposer ou non un projet d'instrument mais, le cas échéant, elle devra réfléchir attentivement à la question de savoir si un instrument contenant le projet d'article 7 sous sa forme actuelle serait largement ratifié. Avant d'adopter ce projet d'article, elle doit examiner attentivement quelles en seraient les incidences, et quelles seraient les garanties éventuelles. Étant donné que les exceptions proposées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 7 ne reflètent pas l'existence d'une règle établie de droit international coutumier, la Commission doit dire clairement que le droit n'est pas encore établi et traiter au titre du développement progressif la question du contenu souhaitable du nouveau droit.

13. M. Nolte serait favorable à ce que la Commission prenne la décision audacieuse de proposer un instrument par lequel les États conviendraient de lever l'immunité de leurs représentants pour les principaux crimes de droit international, ce qui permettrait de poursuivre tous les criminels présumés et de renforcer la lutte contre l'impunité. Cela aurait pour effet de clarifier la situation et de dissiper les préoccupations touchant à l'égalité souveraine que pourraient avoir les parties à un tel instrument. La levée de l'immunité a déjà été acceptée par les États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais elle ne s'applique pas aux procédures qui ne relèvent pas du Statut. Si la Commission ne souhaite pas prendre le risque de demander aux États d'accepter des exceptions à l'immunité *ratione materiae* par la voie conventionnelle, elle devrait s'efforcer de proposer une solution qui tienne compte, dans le cadre du droit existant, de la nécessité de punir les auteurs de tous les crimes internationaux, y compris les représentants de l'État, dans l'intérêt général.

14. C'est dans cet esprit que M. Nolte souhaite faire une proposition constructive fondée sur l'obligation de poursuivre. Il n'est pas exagéré d'affirmer l'existence d'une obligation de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, ancrée dans le droit international coutumier. Bien que la Commission n'ait pas abordé cette question dans le cadre de ses travaux sur le sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », la Cour internationale de Justice, le Comité international de la Croix-Rouge et l'Assemblée générale ont confirmé l'obligation coutumière de poursuivre les auteurs présumés de crime de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Les États ne peuvent échapper à cette obligation en invoquant l'immunité de leurs représentants. Les États tiers ont un intérêt légitime à contribuer à faire en sorte qu'un État qui invoque l'immunité *ratione materiae* de l'un de ses représentants engage effectivement des poursuites contre l'intéressé s'il existe des preuves suffisantes pour ouvrir une enquête, dans le respect des garanties de procédure. La Commission devrait donc proposer aux États une autre solution consistant en quelque sorte à les pousser à poursuivre leurs propres représentants pour les principaux crimes de droit international, que l'on pourrait appeler « obligation de lever l'immunité ou de poursuivre ». La Commission devrait rappeler aux États qu'il existe une obligation de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, et que les règles sur l'immunité ont pour objectif d'empêcher l'impunité. Les États doivent pouvoir exercer leur droit d'invoquer l'immunité de leurs représentants agissant à titre officiel d'une manière compatible avec la nécessité de poursuivre les auteurs présumés des principaux crimes de droit international, et ils devraient donc être contraints de choisir entre la levée de l'immunité de leurs représentants devant les tribunaux d'un État tiers et l'engagement d'exécuter leur obligation de poursuivre leurs propres représentants. Une telle obligation de lever l'immunité ou de poursuivre pourrait être énoncée après un paragraphe rappelant aux États les limites et exceptions à l'immunité généralement acceptées, y compris la levée de l'immunité et ce que la Rapporteuse spéciale nomme l'« exception territoriale ».

15. Sur cette base, M. Nolte propose que le projet d'article 7 se lise comme suit :

« Limites et exceptions

« 1. L'immunité ne s'applique pas :

« *a*) si l'État du représentant lève l'immunité de celui-ci dans un cas précis ou en vertu d'un traité ;

« *b*) dans le cas où les crimes allégués portent atteinte aux personnes … s'ils ont été commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État était présent sur ce territoire au moment où ces crimes ont été commis.

« 2. L'État du représentant lève l'immunité ou soumet l'affaire à ses propres tribunaux aux fins de poursuites lorsque les crimes suivants sont allégués :

« *a*) le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture ;

« *b*) [autres crimes éventuels].

« 3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat.

« 4. [Clause sans préjudice]. »

16. Cette formulation offre une solution de compromis appropriée et équitable entre la nécessité de respecter le principe d'égalité souveraine et de préserver la stabilité des relations internationales, d'une part, et les exigences de l'établissement des responsabilités et de la lutte contre l'impunité pour les principaux crimes de droit international, d'autre part. Elle est conforme au cadre établi par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*. Ainsi, l'État dans lequel un criminel présumé est arrêté ou poursuivi pourrait, lorsqu'un État tiers invoque l'immunité de l'intéressé, demander des assurances quant au fait que les accusations donneront lieu à des poursuites dans l'État dont le criminel présumé est représentant. Cette solution comporte certes le risque que l'État qui invoque l'immunité ne fasse pas procéder à une enquête en bonne et due forme mais ce risque est inhérent à tous les mécanismes comparables fondés sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

17. Il paraît manifeste pour M. Nolte et quelques autres membres de la Commission que bien peu d'éléments viennent étayer l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la tendance inverse se confirme de plus en plus, et que des arguments méthodologiques de poids incitent à la prudence. Dans sa déclaration liminaire à la session en cours, la Rapporteuse spéciale a fait référence à la question posée à la soixante-huitième session par M. McRae, qui voulait savoir de quel côté de l'histoire la Commission souhaitait se situer. Or l'expérience a montré qu'il est important de faire preuve de modestie et de prudence lorsque l'on tente d'envisager l'avenir, de ne pas se fonder sur de vagues affirmations au sujet du passé, de ne pas sous-estimer la pérennité de certains principes et pratiques et de ne pas agir prématurément au risque d'engendrer par inadvertance des effets contre-productifs. Même s'il est vrai, comme un membre l'a suggéré, qu'il serait impensable que le régime coutumier des immunités reste imperméable à l'évolution que connaît le droit pénal international depuis un quart de siècle, il n'est pas certain que la suite logique en soit l'établissement d'une exception telle que celle proposée dans le rapport.

18. En conclusion, M. Nolte ne peut recommander le simple renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. La Commission doit clarifier certains paramètres fondamentaux de ses futurs travaux relatifs à la proposition formulée dans le cinquième rapport et parvenir à un accord sur ce point à la lumière du débat qui a eu lieu en plénière. Étant donné les avis divergents exprimés par les membres de la Commission sur une question d'une importance fondamentale, si les travaux se poursuivaient dans un tel désaccord, c'est l'autorité de l'ensemble des travaux de la Commission qui en serait compromise. Conformément à la définition du terme « consensus » adoptée par la Commission à sa précédente session, il est essentiel de ne ménager aucun effort pour parvenir à un accord général.

19. M. TLADI dit que M. Nolte critique le projet proposé par la Rapporteuse spéciale parce qu'il ne reflète pas la pratique mais que, dans sa propre proposition, il envisage l'exception territoriale et l'obligation pour les États de poursuivre les auteurs des principaux crimes de droit international. Or ces exceptions correspondent certainement aux préférences de principe de M. Nolte plutôt qu'à la pratique effective.

20. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, répond à la remarque de M. Tladi en disant que, s'il existe une obligation de poursuivre, les États ont implicitement le choix d'engager des poursuites ou de lever l'immunité. Ce choix découle d'une certaine façon de la *lex lata*. Quant à l'« exception territoriale », elle doit être définie de manière plus précise mais, pour M. Nolte, l'essentiel de cette notion peut être considéré comme relevant du droit international coutumier.

21. M. JALLOH dit qu'il partage les préoccupations de M. Nolte quant à l'éventuelle instabilité dans les relations internationales qui pourrait résulter d'un nombre important d'exceptions à l'immunité. Ces questions pourraient toutefois être traitées en temps voulu dans le cadre de l'examen des mécanismes procéduraux appropriés. Il n'y a pas de raison d'anticiper le débat sur le projet d'article 7 alors que la Commission sait que le rapport suivant de la Rapporteuse spéciale traitera de ces mécanismes. La Commission pourra ensuite se pencher sur l'équilibre à trouver entre le respect du principe de souveraineté et la réponse à l'appel général en faveur de l'établissement des responsabilités, y compris celles des personnes occupant les plus hautes fonctions.

22. M. HASSOUNA félicite M. Nolte pour son analyse et sa déclaration pertinente qui résument l'avis de nombreux membres de la Commission et mettent en évidence la difficulté à dégager un consensus sur les limites et exceptions à l'immunité. Néanmoins, il ne partage pas sa conclusion selon laquelle le projet d'article ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction. Après tout, l'expérience montre que le Comité de rédaction est précisément l'organe où les opinions divergentes peuvent être conciliées et un consensus obtenu. M. Hassouna se demande si M. Nolte songe à un autre type de procédure.

23. M. ŠTURMA fait savoir que les vues de M. Nolte sont très semblables aux siennes, en particulier en ce qui concerne l'application d'une levée exceptionnelle de l'immunité à l'égard des principaux crimes de droit international et l'« exception territoriale ». Il partage ses préoccupations quant à la suite que la Commission donnera à ses travaux sur le sujet.

24. M. SABOIA, relevant que M. Nolte a prononcé ses déclarations pertinentes en sa qualité de membre de la Commission, dit que la discussion semble s'orienter vers des sujets qu'il conviendrait plutôt d'examiner au cours du débat qui suivra le résumé que fera la Rapporteuse spéciale, lorsque la Commission prendra une décision sur la manière de poursuivre les travaux. Il s'inquiète du flou procédural qui entoure la discussion en cours.

25. Le PRÉSIDENT dit qu'il convient avec M. Saboia qu'il faut distinguer entre son intervention en tant que

membre de la Commission, d'une part, et le débat sur la manière de poursuivre les travaux lorsque la Rapporteuse spéciale aura présenté son résumé, d'autre part. Il a cru comprendre que, parmi les dernières interventions, certaines avaient trait à la proposition concernant la poursuite des travaux qu'il avait présentée en sa qualité de membre de la Commission, mais il partage aussi pleinement l'avis de M. Saboia qui estime que les réactions à son intervention ne devraient pas empiéter sur le débat général qu'engagera la Commission à propos de la décision à prendre.

26. Mme LEHTO dit qu'elle salue la déclaration de M. Nolte mais qu'au vu des observations de M. Saboia elle préférerait attendre que la Rapporteuse spéciale ait présenté son résumé du débat avant d'exposer son propre point de vue.

27. Mme ORAL dit qu'elle tient à remercier M. Nolte de son analyse et de son exposé objectif mais qu'elle se demande si la formulation de propositions de projets d'article en séance plénière est une pratique nouvelle.

28. M. RAJPUT dit qu'il convient avec M. Saboia qu'il faudrait entendre la Rapporteuse spéciale avant de poursuivre la discussion. Il ne partage toutefois pas l'avis de M. Hassouna qui propose de déléguer au Comité de rédaction la tâche ardue de parvenir à un consensus. Il est important que les membres qui nourrissent de sérieuses réserves à l'égard du projet d'article proposé puissent exprimer leurs préoccupations, et il devrait y avoir une discussion sur leurs opinions avant que le projet d'article ne soit renvoyé au Comité de rédaction, d'autant qu'ils remettent en cause les fondements mêmes de ce texte.

29. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il convient avec M. Saboia que la Commission devrait laisser la Rapporteuse spéciale présenter son résumé des débats avant d'examiner plus en détail la voie à suivre. Il ne pense pas que les différences d'opinion entre membres soient une raison de ne pas renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction car celui-ci, par le passé, a déjà réussi à concilier des avis divergents sur différents sujets.

30. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle siège à la Commission depuis six ans et qu'elle ne se souvient d'aucun cas dans lequel le débat sur la procédure à suivre a eu lieu avant que le Rapporteur spécial ne présente le résumé du débat et ne soumette une proposition. Bien entendu, le Président a le droit de se prononcer en tant que membre de la Commission sur l'opportunité de renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction ; cependant, la discussion en cours, qui porte uniquement sur une proposition faite par un membre, constitue un écart considérable par rapport à la pratique habituelle.

31. Le PRÉSIDENT, répondant à l'observation de M. Saboia, dit que les membres n'ont fait que répondre à son intervention en qualité de membre de la Commission, au cours de laquelle il a fait une proposition sur la voie à suivre. Il souscrit pleinement à l'idée qu'il importe de ne pas empiéter sur le débat qui suivra le résumé de la Rapporteuse spéciale. Son intention n'était certainement pas d'« anticiper » le débat sur les exceptions, comme M. Jalloh semble le penser.

32. En s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, M. Nolte a fait ce que d'autres membres ont déjà fait, à savoir formuler une proposition et répondre aux observations s'y rapportant. En tant que Président, il a l'obligation de donner la parole aux membres qui souhaitent s'exprimer dans le cadre du mini-débat mais il n'a jamais eu l'intention d'empiéter sur le débat général. D'ailleurs, il a très soigneusement pesé ses mots en disant qu'il ne pouvait pas consentir à un « simple » renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. Selon lui, le Comité peut choisir de traiter le sujet comme relevant soit de la *lex ferenda*, auquel cas la proposition doit faire l'objet d'un débat assorti des garanties procédurales appropriées, soit de la *lex lata*, une solution qui a sa préférence. Il n'a pas de position arrêtée quant à la marche à suivre mais, étant donné que la Commission s'exprime sur un sujet qui concerne directement les tribunaux, notamment les tribunaux nationaux, elle doit être tout à fait claire quant à la direction qu'elle a choisi de prendre.

33. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), résumant le débat consacré à son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, dit que, comme cela était prévisible pour un sujet aussi controversé que les limites et exceptions à l'immunité, le débat a été vaste, et que beaucoup plus de membres ont exprimé leur opinion qu'à la session précédente. Quelques critiques ont été émises quant à la longueur du rapport, question qui, de son avis, est du ressort du Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission. Des critiques ont également été formulées quant au contenu même du rapport et à son utilité pour le traitement du sujet par la Commission. Pour M. Tladi, certaines parties du rapport étaient redondantes, ne faisant que répéter la précédente analyse de la Rapporteuse spéciale ou résumer les positions des membres de la Commission ou de la Sixième Commission, ou traitaient de questions sans rapport avec le sujet à l'examen, en particulier les passages concernant la relation entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales. La Rapporteuse spéciale ne peut souscrire à ce point de vue, car toutes ces questions ont été analysées sous l'angle des limites et exceptions à l'immunité dans l'intention de proposer aux membres de la Commission une base sur laquelle fonder leur opinion. Elle n'est pas non plus d'accord avec Sir Michael Wood, qui estime que la section consacrée à l'analyse systémique des crimes internationaux comme exception à l'immunité ne présente pas d'intérêt pour la Commission, puisqu'elle ne fait selon lui que reprendre des théories choisies qui sont favorables à la reconnaissance d'exceptions à l'immunité. Elle pense sincèrement que de telles affirmations reflètent une vision plutôt étroite des travaux de la Commission et de ses rapporteurs spéciaux. De fait, la majorité des membres de la Commission ont souligné l'utilité du contenu du rapport.

34. Plusieurs membres ont évoqué l'utilisation qui avait été faite dans le rapport de l'excellent mémorandum du Secrétariat sur le sujet[245] et des trois rapports du précédent

[245] Document A/CN.4/596 et Corr.1, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie).

Rapporteur spécial, M. Kolodkin[246]. M. Rajput, en particulier, a critiqué le contenu du rapport et la méthode employée, affirmant que la Rapporteuse spéciale s'était écartée de certains des raisonnements suivis par son prédécesseur sans fournir d'explication. Toutefois, si, en tant que nouvelle Rapporteuse spéciale, elle s'était distanciée des projets d'article qui avaient été adoptés par la Commission − et pas seulement des travaux de son prédécesseur −, elle aurait dû justifier son approche, mais tel n'est pas le cas. M. Kolodkin lui-même a fait remarquer que ce sont les arguments qu'il a mis en avant dans son deuxième rapport et ceux qu'elle a mis en avant dans son cinquième rapport qui importent. La Rapporteuse spéciale est en partie d'accord avec lui sur le fait qu'aucun nouvel élément qui justifierait un changement d'approche n'est apparu depuis qu'il a achevé son troisième rapport six ans plus tôt. Le problème est en fait que, depuis dix ans que la Commission travaille sur le sujet, aucune tendance n'a clairement émergé dans un sens ou dans l'autre, et que les débats n'ont abouti à aucun consensus sur l'acceptation ou le refus des limites et exceptions à l'immunité.

35. Une majorité de membres de la Commission ont dit que le cinquième rapport contenait une étude importante de la pratique et constituait une bonne base pour des travaux ultérieurs. Nombre d'entre eux ont trouvé utile l'analyse de la pratique judiciaire nationale et internationale, soulignant notamment l'importance qu'il convenait de donner aux décisions des juridictions internationales dans l'identification des règles de droit international coutumier. D'autres membres ont toutefois soutenu que seule la pratique judiciaire internationale était pertinente, car elle seule était constante et cohérente et affirmait sans équivoque l'existence de limites et d'exceptions à l'immunité. Cet avis a été contesté par d'autres membres, qui considéraient, avec la Rapporteuse spéciale, que les décisions de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme méritaient une lecture plus attentive, d'autant qu'elles ne portaient que sur l'immunité *ratione materiae* ou renvoyaient exclusivement à l'immunité de l'État, même si elles ne concernaient pas l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il convient d'ajouter qu'il s'est produit, dans les affaires les plus récentes, notamment avec l'arrêt que la Cour européenne des droits de l'homme a rendu dans *Jones et autres c. Royaume-Uni*, une évolution juridique considérable que les États devraient suivre de près.

36. La Rapporteuse spéciale prend note de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur laquelle deux membres de la Commission ont attiré son attention.

37. La plupart des membres s'accordent sur la nécessité d'analyser la pratique judiciaire nationale en lien avec le sujet, mais la Rapporteuse spéciale prend note de la position d'une minorité de membres qui ne trouvent pas cette pratique pertinente car elle est très limitée, s'étend sur une longue période, n'est pas constante et concerne en outre tant les juridictions civiles que les juridictions pénales. La Rapporteuse spéciale tient toutefois à souligner que les procédures engagées devant les juridictions nationales méritent d'être analysées précisément parce qu'elles sont au cœur des questions abordées dans le cadre du sujet à l'examen. Après tout, si la pratique judiciaire nationale était vraiment si peu pertinente, il serait difficile de comprendre pourquoi les États soulignent régulièrement l'importance du sujet de l'immunité des représentants de l'État et suivent d'aussi près les travaux de la Commission. La Rapporteuse spéciale ne voit donc pas comment cette pratique pourrait être écartée au motif qu'elle est dénuée de pertinence.

38. Abstraction faite des commentaires sur la manière dont la pratique judiciaire nationale était citée dans le rapport, sa présentation a permis aux membres de la Commission de prendre connaissance des affaires citées et de se forger une opinion à leur sujet. Les commentaires de certains membres sur les affaires prises en compte dans l'étude de la pratique devraient être envisagés sous cet angle. Il vaudrait mieux laisser au Comité de rédaction le soin d'analyser en détail chaque affaire.

39. La Rapporteuse spéciale prend note des commentaires concernant le manque de références à la jurisprudence de certaines régions du monde, comme l'Afrique ou l'Asie, et la nécessité d'analyser plus en détail certaines questions soulevées dans le rapport. Elle remercie en particulier M. Nguyen pour ses efforts qui lui ont permis de disposer d'informations complémentaires sur les décisions de justice relatives à l'immunité rendues en Asie et accepte volontiers la proposition que lui ont faite d'autres membres de lui fournir des renseignements supplémentaires sur les décisions de ce type rendues ailleurs dans le monde.

40. Plusieurs membres de la Commission ont estimé que l'analyse de la pratique législative des États figurant dans le rapport n'était pas pertinente car toutes les lois relatives à l'immunité qui y étaient examinées concernaient l'immunité de l'État et aucune ne prévoyait de limites ou d'exceptions à l'immunité. La Rapporteuse spéciale estime néanmoins que l'étude de ces lois est pertinente pour plusieurs raisons : premièrement, elles permettent d'établir une distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État, laquelle, d'une manière générale, ne fait l'objet de règles que dans le cas des chefs d'État ; deuxièmement, l'analyse démontre que même l'immunité de l'État n'est pas considérée comme absolue, et que des exceptions ont été établies ; troisièmement, l'analyse éclaire l'exception dite « territoriale ». La Rapporteuse spéciale tient en outre à attirer l'attention sur un point qui n'a pas été soulevé pendant le débat : l'article 23 de la loi organique n° 16/2015, du 27 octobre 2015, la loi espagnole régissant l'immunité des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, reconnaît une exception à l'immunité *ratione materiae* dans les cas de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de disparitions forcées.

41. Une deuxième critique formulée par certains membres est qu'il n'est pas pertinent d'analyser les lois mettant en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, car elles ne font que régir l'exécution des obligations découlant d'un instrument international. De

[246] Rapports du premier Rapporteur spécial, M. Kolodkin : *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

l'avis de la Rapporteuse spéciale, cette interprétation est erronée. Le Statut de Rome ne fait pas obligation aux États d'adopter des mesures législatives autres que celles établissant des mécanismes de coopération avec la Cour pénale internationale. Toute loi de portée plus générale visant à mettre en œuvre le Statut de Rome au niveau national est adoptée librement et volontairement par l'État partie concerné et n'a pas d'autre objectif que de permettre à celui-ci de bénéficier du principe de complémentarité. En effet, si l'État partie ne transpose pas les infractions définies dans le Statut de Rome dans son droit interne ou n'établit pas sa compétence sur ces infractions, il ne pourra jamais contester la compétence de la Cour pénale internationale. Or le fait est que les États parties adoptent des textes d'application, ce qui mène à la conclusion qu'ils considèrent que les juridictions nationales devraient être les premières à exercer leur compétence sur ces crimes odieux. Vue sous cet angle, l'analyse de la manière dont les textes d'application traitent de l'immunité de juridiction des représentants de l'État présente un intérêt certain aux fins des travaux de la Commission. Ces textes sont un exemple d'adoption d'une pratique conventionnelle par un État n'y étant nullement contraint. On pourrait dire la même chose de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui a été citée plusieurs fois au cours du débat.

42. Certains membres de la Commission ont affirmé qu'il était nécessaire de tenir compte d'autres formes de pratique des États, en particulier des décisions des procureurs et des autorités ayant le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites, d'une part, et des procédures diplomatiques, d'autre part. Ce type de pratique a toutefois tendance à être confidentiel, ce qui fait qu'il est difficile, voire impossible, d'en prendre connaissance. La Rapporteuse spéciale a donc de sérieux doutes quant à sa pertinence aux fins du sujet. En tout état de cause, la pratique négative, c'est-à-dire le silence ou l'omission, n'est d'aucune aide pour l'identification d'une coutume ou d'une tendance. Les commentaires de la Rapporteuse spéciale ne s'appliquent pas aux autres formes de pratique diplomatique telles que les déclarations devant la Sixième Commission et d'autres organes, dont elle a dûment tenu compte dans son rapport.

43. L'analyse que fait la Rapporteuse spéciale de la distinction entre limites et exceptions a été globalement bien accueillie, mais deux critiques principales ont été exprimées. La première est qu'il est impossible d'établir une distinction claire, ce qui prive l'analyse de pertinence. La seconde est qu'il n'est pas cohérent d'établir une distinction dans le rapport pour ensuite proposer un projet d'article contenant une formule simplifiée qui renvoie seulement à la non-applicabilité de l'immunité.

44. En ce qui concerne le premier point, la Rapporteuse spéciale tient à souligner que la plupart des membres de la Commission s'accordent à dire que l'analyse figurant dans le rapport est utile et nécessaire. La distinction entre exceptions et limites n'est pas un simple exercice théorique, mais a d'importantes incidences pratiques et elle est étroitement liée à la perception du droit international comme un système juridique plutôt que comme un enchevêtrement de normes. Si seule la notion de limites était retenue, la Commission affirmerait l'existence d'un régime juridique autonome où rien en dehors de l'immunité ne serait pertinent. Si seule la notion d'exceptions était retenue, la Commission pourrait risquer de penser qu'elle peut laisser de côté des éléments étroitement liés au régime de l'immunité telles que l'importance de la stabilité des relations internationales ou la nécessité de garantir que certains représentants de l'État soient en mesure de remplir sans entrave leurs fonctions de représentation internationale. En résumé, ce n'est qu'en analysant les deux notions que la Commission pourra être certaine d'avoir pris en considération tous les principes, valeurs et normes juridiques pertinents.

45. Néanmoins, le fait que cette analyse soit nécessaire d'un point de vue méthodologique n'empêche pas la Commission de rechercher des solutions pragmatiques aux problèmes qui pourraient se poser lors de l'examen du sujet. Compte tenu de ces considérations, le titre du projet d'article 7 est « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ». Les mots « ne s'applique pas » constituent une solution pragmatique à un véritable problème, à savoir l'absence de consensus sur la question de savoir si les crimes internationaux peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel. Malgré cette absence de consensus, plusieurs membres de la Commission, ainsi que certains États et certaines juridictions nationales, sont arrivés à la conclusion que les crimes internationaux qui révoltent la conscience de l'humanité constituent invariablement une limite ou une exception à l'immunité. Le titre du projet d'article 7 couvre les deux possibilités, ce qui devrait être mentionné dans le commentaire afin d'éviter toute confusion et tout malentendu. La Rapporteuse spéciale tient à souligner que la Commission a adopté une solution pragmatique comparable dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens[247]. En conséquence, elle ne pense pas que l'établissement d'une distinction entre les notions de limites et d'exceptions soit incompatible avec le concept de non-applicabilité de l'immunité, qui a de plus été approuvée par de nombreux membres de la Commission.

46. La question de savoir s'il existe une règle coutumière créant des limites ou des exceptions à l'immunité est l'une des plus controversées dont la Commission ait eu à débattre. Un groupe de membres soutient qu'il n'y a ni coutume ni tendance allant dans ce sens. Un second groupe nourrit des réserves quant à l'existence d'une coutume, mais croit à l'existence d'une pratique dont il ressortirait une tendance en faveur des exceptions. Ces deux points de vue valent pour les crimes internationaux et sont en partie différents des avis exprimés au sujet des crimes liés à la corruption et de l'« exception territoriale ». Pour formuler ses propres conclusions, la Rapporteuse spéciale s'est appuyée sur les travaux que la Commission a consacrés au sujet de la détermination du droit international coutumier, et elle tient à souligner que les commentaires des projets de conclusions 2, 3, 4, 8, 10 et 14[248], notamment, qui ont été provisoirement adoptés sur ce sujet, vont dans le sens des arguments qu'elle avance dans son cinquième rapport.

47. Le fait que plusieurs membres aient observé une tendance claire en faveur des exceptions à l'immunité

[247] *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

[248] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 65 et suiv., par. 63.

soulève la question de ce que l'on entend par « tendance ». Ce terme signifie qu'il n'existe pas de norme établie, ou *lex lata*, mais plutôt une norme émergente, une *lex ferenda*, que certains États contribuent à façonner.

48. La qualification de la pratique analysée dans le rapport de la Rapporteuse spéciale comme *lex lata* ou *lex ferenda* peut être débattue, ce qui est précisément le rôle de la Commission. Toutefois, l'affirmation selon laquelle il n'existe aucune tendance, et donc aucun élément de *lex ferenda*, que la Commission puisse examiner n'est pas étayée par la pratique, sauf à considérer que toutes les juridictions nationales qui ont reconnu une forme de limite ou d'exception se sont trompées ou, pis encore, ont agi en dehors, ou en violation, du droit international. Les conséquences d'une telle affirmation méritent une analyse plus détaillée que celle qu'ont proposée pendant le débat les membres de la Commission qui niaient l'existence d'une tendance.

49. Certains membres ont parlé, dans leurs interventions, de « nouvelles règles juridiques ». Abstraction faite d'autres considérations, la Rapporteuse spéciale trouve difficile d'accepter l'idée que cette expression puisse servir de fondement aux travaux de la Commission sans aucune sorte de clarification. Quelques questions lui viennent à l'esprit. Ces règles sont-elles nouvelles par opposition aux règles existantes ou en découlent-elles ? S'agit-il de règles qui n'existent pas encore, qui sont en cours de formation ou qui doivent être établies indépendamment de la pratique ? On ignore en outre si l'expression « nouvelles règles juridiques » signifie que le projet d'article 7, non seulement n'existe pas en tant que norme, mais n'a de plus aucun lien avec le droit positif, ni aucune valeur technique ou juridique. Si tel est le cas, la Rapporteuse spéciale ne peut se ranger à l'avis selon lequel la seule tâche de la Commission devrait être de définir de « nouvelles règles juridiques » régissant le système des limites et exceptions à l'immunité.

50. Le débat au sein de la Commission devrait plutôt viser à déterminer s'il existe ou non une *lex lata* et, dans l'affirmative, si elle est bien définie. Il faudrait parallèlement s'efforcer de déterminer si l'on peut parler d'une *lex ferenda* qui permettrait à la Commission de proposer des solutions à un problème intéressant les États en se fondant sur des éléments de la pratique et sur une analyse systémique du droit international. La Rapporteuse spéciale a le sentiment que la plupart des membres de la Commission sont favorables à une telle approche.

51. La relation entre codification et développement progressif a également fait l'objet de vifs débats au sein de la Commission. La Rapporteuse spéciale souhaite à cet égard attirer l'attention sur le fait que, comme dans le cas d'autres projets préparés par la Commission, certaines normes contenues dans les projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État relèvent de la codification et d'autres du développement progressif. Il ne semble pas cohérent avec le mandat de la Commission d'utiliser systématiquement la notion de développement progressif comme moyen de réduire la portée ou la valeur de certaines propositions. La codification et le développement progressif ont la même valeur technique et juridique.

52. L'analyse systémique des limites et exceptions à l'immunité − qui, à la surprise de la Rapporteuse spéciale, a alarmé certains membres de la Commission et suscité chez eux une réaction de rejet − était simplement une tentative de mettre en œuvre dans le cadre du sujet à l'examen le mandat de développement progressif et de codification du droit international confié à la Commission, et ce d'une manière cohérente et non contradictoire.

53. Il est évident que le choix entre codification et développement progressif n'est pas une simple question de préférence. Il existe des règles techniques et juridiques qui indiquent quand l'une ou l'autre option est plus appropriée. Bien que la codification exige de prouver la préexistence d'une norme, le développement progressif ne saurait être envisagé comme une simple proposition qui ne serait étayée ni par des précédents ni par une pratique antérieure.

54. Les déclarations faites au cours du débat montrent que la majorité des membres préférerait que les travaux de la Commission ménagent un équilibre entre le respect de l'égalité souveraine et la nécessité d'éviter que l'immunité ne fasse obstacle à l'établissement des responsabilités pour les crimes internationaux les plus graves.

55. La Rapporteuse spéciale souscrit pleinement à l'opinion générale selon laquelle il importe de traiter les aspects procéduraux de l'immunité de manière adéquate. Les raisons en sont multiples, et comprennent la nécessité d'éviter tout risque de politisation et celle de garantir le respect des garanties procédurales établies au niveau international, qui est évoquée au paragraphe 247 de son rapport.

56. La Rapporteuse spéciale ne doute pas qu'il importe d'étudier les aspects procéduraux afin d'avoir une vision complète de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cette immunité étant affirmée devant les juridictions de l'État du for, la Commission doit chercher à déterminer qui peut l'invoquer et qui devrait décider si elle est applicable, quand et pourquoi. Certains membres de la Commission ont indiqué que ces questions avaient été abordées dans le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin. Il convient toutefois de rappeler que M. Kolodkin a analysé les aspects procéduraux de l'immunité à la fin de ses travaux, après avoir examiné des questions telles que l'absence d'immunité et les exceptions à l'immunité. Comme cela a été noté, il l'a fait avec juste raison. Après tout, la Commission ne devrait-elle pas analyser les mécanismes de fond des limites et exceptions à l'immunité avant de prendre des décisions quant aux mécanismes procéduraux ? Cette approche ayant été approuvée par la Commission en 2011, la Rapporteuse spéciale ne voit pas pourquoi elle ne serait plus valable. Est-ce parce que la possibilité d'établir des limites ou des exceptions à l'immunité se profile à l'horizon des travaux de la Commission ?

57. La Rapporteuse spéciale a accordé, dès le début des travaux sur le sujet, une grande importance aux aspects procéduraux de l'immunité, en particulier car elle estime qu'il est essentiel d'avoir une idée complète de ce que signifie le terme « immunité de juridiction ». C'est pour cette raison que, dans son deuxième rapport[249], elle a

[249] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport).

proposé des définitions de deux notions qui sont, à son sens, essentielles pour aborder de manière adéquate le sujet de l'immunité : celle d'« immunité » et celle de « juridiction ». À ce moment-là, cependant, certains membres de la Commission se sont opposés à l'adoption de définitions au motif que ces deux notions n'avaient jamais été définies par la Commission auparavant et que cela n'était de toute façon pas nécessaire car leur signification était claire. La Rapporteuse spéciale respecte ce point de vue, mais n'y souscrit pas. Le résultat de ces objections est que les définitions proposées sont devant le Comité de rédaction depuis l'année 2012. Même s'il aurait sans doute été utile d'aborder plus en détail les aspects procéduraux à ce moment-là, la Rapporteuse spéciale ne pense pas qu'il soit opportun, d'un point de vue méthodologique, de le faire à la session en cours, au moment où la Commission examine les questions relatives aux limites et exceptions à l'immunité.

58. L'analyse des aspects procéduraux de l'immunité ne devrait pas seulement englober l'invocation ou la levée de l'immunité et la question de savoir quand l'immunité devrait s'appliquer, qui a été mentionnée par certains membres de la Commission, mais aussi la communication entre les autorités de l'État du for et l'État du représentant, les mécanismes de coopération internationale et d'entraide judiciaire pouvant être utilisés pour maintenir un équilibre entre les divers principes et valeurs juridiques en jeu et l'établissement de clauses « sans préjudice » applicables aux cas d'abus et de politisation qui pourraient survenir dans la pratique. En 2016, la Commission a demandé aux États de lui fournir des informations sur ces questions, mais six seulement ont répondu à ce jour. Il est par ailleurs essentiel, de l'avis de la Rapporteuse spéciale et de plusieurs membres de la Commission, de se pencher sur la nécessité de garantir en toutes circonstances le respect d'une procédure régulière.

59. Tous les éléments que la Rapporteuse spéciale a mentionnés devront être analysés dans son sixième rapport. À ce sujet, elle invite la Commission à tenir des consultations informelles sur le sujet pendant la deuxième partie de la session en cours, lorsque l'examen du cinquième rapport sera terminé. Elle sera ravie de distribuer un document informel à cet effet.

60. La Rapporteuse spéciale a pris bonne note de la variante pour le projet d'article 7 proposée par M. Nolte. Bien qu'elle ne puisse y souscrire dans le cadre du débat en cours au sein de la Commission, cette proposition n'étant pas vraiment liée aux limites et exceptions à l'immunité, elle estime qu'il y figure des éléments intéressants que la Commission pourra examiner quand elle se penchera spécifiquement sur les aspects procéduraux de l'immunité.

61. La Rapporteuse spéciale espère avoir clarifié sa position et ses intentions au sujet des questions procédurales. Elle ne peut toutefois partager l'avis des membres qui ont appelé la Commission à traiter conjointement les limites et exceptions à l'immunité et les aspects procéduraux de l'immunité.

62. Passant aux observations formulées au sujet du projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale dit que la plupart des membres de la Commission sont favorables au maintien du paragraphe 1, même s'il existe des divergences d'opinion sur le contenu de la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Quelques membres ont exprimé des doutes quant à ce paragraphe, et un membre a conservé le silence après avoir indiqué qu'il ne jugeait pas opportun de renvoyer le paragraphe au Comité de rédaction.

63. En ce qui concerne le paragraphe 1 *a* du projet d'article 7, la plupart des membres se sont déclarés favorables à l'inclusion du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées, arguant que ces infractions représentaient le « noyau dur » des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble. Certains membres ont attiré l'attention sur la différence entre, d'une part, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et, d'autre part, la torture et les disparitions forcées, mais se sont néanmoins dits favorables à l'inclusion des deux dernières infractions, qui font l'objet de traités internationaux et constituent des catégories spécifiques de crimes contre l'humanité.

64. Il a été demandé, tant à la session en cours qu'aux sessions précédentes, d'étendre la liste des crimes figurant au paragraphe 1 *a* de l'article 7 en y incluant notamment l'apartheid, le crime d'agression, la piraterie, la réduction en esclavage, la traite des êtres humains, la destruction de biens culturels et le terrorisme. Chacune de ces propositions mérite une réponse distincte.

65. Lorsqu'elle a rédigé sa proposition pour le projet d'article 7, la Rapporteuse spéciale n'avait nullement l'intention de minimiser la gravité du crime d'apartheid, d'autant que celui-ci a considérablement marqué l'histoire de la seconde moitié du XXe siècle, en particulier en Afrique. Compte tenu des commentaires formulés par plusieurs membres, l'ajout de l'apartheid à la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas ne lui pose pas de problème.

66. La Rapporteuse spéciale maintient ses réserves quant à l'ajout du crime d'agression à la liste. Les raisons qu'elle a données dans son rapport demeurent valables et ont été approuvées par certains membres de la Commission. Le risque de politisation est en outre particulièrement élevé, le crime d'agression étant, par définition, un crime de dirigeants. Là encore, la Rapporteuse spéciale n'avait aucunement l'intention de minimiser la gravité de ce crime, mais l'inclusion du crime d'agression dans la liste risque de déclencher un débat politique − au sein de la Commission et, surtout, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale − qui pourrait colorer l'ensemble du traitement des limites et exceptions à l'immunité. C'est pourquoi elle estime qu'il serait plus opportun de traiter de ce crime dans les commentaires, même si elle s'en remettra à la décision de la Commission.

67. Les autres crimes cités par certains membres devraient être abordés d'un point de vue différent car il ne s'agit pas tant de crimes internationaux au sens strict − à l'exception peut-être de la piraterie et de la réduction en esclavage − que de crimes transnationaux. Bien qu'ils soient effectivement définis par des traités et que certains d'entre eux soient visés par le Protocole

portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), ces crimes n'ont donné lieu à aucune pratique relative à l'immunité. C'est pourquoi la Rapporteuse spéciale est très réservée quant à leur inclusion dans le projet d'article, d'autant qu'elle ne croit pas qu'il soit possible d'établir un parallèle entre ces crimes et les crimes internationaux qui sont énumérés dans la proposition. Son raisonnement pourra, si la Commission le juge utile, figurer dans le commentaire du projet d'article.

68. Certains membres de la Commission ont évoqué la possibilité de rédiger une clause générale n'employant pas de termes trop précis qui mentionnerait seulement les crimes préoccupant la communauté internationale, afin de ne pas établir une liste fixe de crimes qu'il faudrait peut-être compléter à l'avenir. La Rapporteuse spéciale comprend pleinement cette proposition et ne peut que considérer avec sympathie l'intention qui la sous-tend. Elle ne pense toutefois pas qu'il s'agisse de la solution la plus appropriée pour le sujet à l'examen ou pour atteindre l'objectif de fournir aux États des indications claires sur les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Une formulation ouverte peut en outre avoir pour effet non désiré de favoriser la politisation.

69. D'autres membres de la Commission ont émis des observations sur la nécessité de fournir une définition précise de certains des crimes énumérés au paragraphe 1 *a* du projet d'article 7. La Rapporteuse spéciale estime que cette définition aurait davantage sa place dans les commentaires. La tâche serait facilitée par le fait qu'il existe des précédents dans la pratique conventionnelle. La Commission pourrait s'inspirer de ses travaux sur les crimes contre l'humanité ainsi que du Statut de Rome, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

70. Divers commentaires ont été formulés à propos des crimes liés à la corruption mentionnés au paragraphe 1 *b* du projet d'article 7. Un groupe important de membres était contre l'idée de les faire figurer dans la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, ou nourrissait des réserves à ce sujet ; quelques autres souhaitaient que la mention de ces crimes dans le projet d'article soit maintenue, parfois avec quelques nuances. La raison avancée pour ne pas inclure les crimes liés à la corruption était que les traités relatifs à cette catégorie de crimes ne prévoient pas d'exceptions à l'immunité. Un autre groupe de membres a toutefois fait valoir que la corruption causait aux États et à la société de sérieux dommages qui avaient des répercussions sur les relations internationales, et que cette catégorie de crimes devait donc être incluse.

71. La nécessité de définir plus clairement les « crimes liés à la corruption » a toutefois été reconnue, et plusieurs membres ont souligné que la corruption était un sujet facile à instrumentaliser, y compris à des fins politiques. La Rapporteuse spéciale partage ces préoccupations : comme cela est indiqué dans son rapport, les cas où les juridictions nationales ont eu à connaître de crimes dits liés à la corruption concernaient principalement la corruption à grande échelle ou « grande corruption », à laquelle font référence plusieurs membres. Si la Commission décide que l'immunité ne sera pas applicable aux crimes liés à la corruption, la notion de corruption à grande échelle devra être expliquée dans le commentaire. En tout état de cause, les crimes de corruption impliquant toujours une action visant l'intérêt personnel du représentant de l'État concerné en question et ne pouvant être qualifiés d'actes accomplis à titre officiel, les auteurs de tels crimes se verraient refuser l'immunité. C'est en fait un exemple typique de limite à l'immunité, qui a été inclus dans le projet d'article afin de clarifier certaines questions.

72. En ce qui concerne l'« exception territoriale » décrite au paragraphe 1 *c* du projet d'article 7, quelques membres ont affirmé qu'il s'agissait d'un moyen classique de garantir l'immunité de juridiction civile de l'État dont le principal objectif était d'exonérer l'État de ses responsabilités en cas de dommage. Il convient toutefois de relever que l'exception s'applique également aux agents diplomatiques et aux agents en mission spéciale bénéficiant d'une immunité personnelle ; elle n'est donc pas exclusivement liée à l'immunité de juridiction de l'État. D'autres membres se sont concentrés sur l'aspect territorial pour renforcer la validité de l'exception, et certains d'entre eux ont fait mention du cas particulier d'activités militaires étrangères sur le territoire d'un État, qui n'est pas abordé dans le rapport. La plupart des membres se sont toutefois déclarés favorables, avec plus ou moins de réserves, à l'incorporation d'une « exception territoriale ».

73. La formulation de l'« exception territoriale » est tirée du deuxième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin. La Rapporteuse spéciale a inclus cette disposition dans le projet d'article 7 afin que soient pris en compte des exemples pratiques qui demeurent pertinents, tels que l'espionnage ou le sabotage ; il n'est bien sûr pas question de rendre l'immunité inapplicable en cas d'infractions mineures telle qu'une infraction routière, ainsi que l'a laissé entendre un membre. Tous ces éléments seront dûment pris en considération par le Comité de rédaction, qui s'efforcera de définir plus clairement les modalités de l'« exception territoriale ».

74. Plusieurs membres ont soulevé la question des différentes bases légales valant pour chacune des situations auxquelles l'immunité ne s'appliquait pas, ou plutôt la question de savoir dans quelle mesure la Commission allait faire œuvre de codification ou de développement progressif. Il ressort clairement de l'étude de la pratique figurant dans le rapport que les situations décrites dans les trois alinéas du paragraphe 1 du projet d'article 7 exigent chacune un traitement différent.

75. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a été largement approuvé, mais deux membres étaient contre l'idée de l'inapplicabilité des limites et exceptions aux représentants bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat. Bien que la Rapporteuse spéciale comprenne tout à fait leurs arguments, liés à la volonté de renforcer la lutte contre l'impunité, elle ne pense pas que la Commission ait une grande marge de manœuvre, car tant la pratique internationale que la doctrine penchent clairement en faveur du bénéfice de l'immunité *ratione personae* dans son intégralité. Il s'agit en outre d'une règle très particulière qui cesse

de s'appliquer dès que le mandat des représentants concernés (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) prend fin. La Rapporteuse spéciale est également consciente que les personnes qui ont un mandat permanent, tels que les monarques, ne se trouveront jamais dans une telle situation à moins d'abdiquer ou d'être détrônées, ce qui peut avoir pour effet de permettre à certaines personnes de se maintenir en place. En toute sincérité, elle ne pense pas qu'il soit à la portée de la Commission d'élaborer un instrument de nature à prévenir une telle situation, à moins qu'il ne plaise aux États d'envisager de lever l'immunité des membres de la troïka ayant commis les crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7, en particulier à l'alinéa *a*. La levée de l'immunité ne relève toutefois pas du régime applicable aux limites et exceptions à l'immunité, et la Rapporteuse spéciale en traitera dans son rapport suivant.

76. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 établit un équilibre satisfaisant entre la nécessité de garantir le respect du principe d'égalité souveraine, la stabilité des relations internationales et la lutte contre l'impunité, comme l'ont relevé de nombreux membres ; il devrait donc être conservé. La Rapporteuse spéciale ne peut se ranger à l'opinion minoritaire selon laquelle ce paragraphe devrait être supprimé et le projet d'article porter uniquement sur l'immunité *ratione materiae*, sans aucune référence à la troïka.

77. Le paragraphe 3 a lui aussi été largement approuvé par les membres, qui estiment approprié de conserver une clause « sans préjudice » pour définir la relation entre le projet d'article et les autres instruments internationaux en ce qui concerne l'applicabilité des limites et exceptions à l'immunité. Il tient compte d'une réalité incontestable, à savoir que d'autres régimes juridiques internationaux peuvent avoir une incidence sur l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. La clause « sans préjudice » s'inspire de celle figurant dans le projet d'article 1 provisoirement adopté par la Commission en 2013[250].

78. La pratique montre qu'il peut y avoir une certaine interaction entre des régimes d'immunité différents applicables devant deux juridictions nationales ou devant une juridiction nationale et un tribunal pénal international ; il convient donc de donner des orientations quant aux moyens de résoudre un éventuel conflit de normes. Le libellé du paragraphe 3 ne peut en aucun cas être interprété comme privilégiant les dispositions du projet d'article 7 ni comme offrant un moyen d'introduire indirectement dans le projet d'article les règles relatives à l'immunité figurant dans l'instrument constitutif d'un tribunal international. La clause « sans préjudice » obligerait les États à prendre en considération les deux instruments et à les interpréter de manière conforme et harmonisée. En réponse aux deux membres qui ont émis des doutes quant au type de juridiction internationale dont il est question, la Rapporteuse spéciale dit qu'il s'agirait normalement de juridictions pénales.

79. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, la Rapporteuse spéciale estime, comme d'autres membres de la Commission, que le paragraphe 3 constitue une partie importante du projet d'article 7 et doit être conservé. Plusieurs membres ont néanmoins suggéré de le reformuler pour en faire une clause « sans préjudice » applicable à l'ensemble du projet d'articles. La Rapporteuse spéciale ne comprend pas très bien pourquoi M. Tladi est si vivement opposé à ce paragraphe, qui pourrait selon lui porter à préjuger de l'issue d'une procédure en cours. On pourrait aussi arguer qu'au contraire l'absence d'une telle référence pourrait avoir l'effet que M. Tladi redoute. La préoccupation qu'a exprimée M. Tladi pourrait être reflétée dans un commentaire.

80. Quant au programme de travail futur, la Rapporteuse spéciale a l'intention d'aborder dans son sixième rapport les aspects procéduraux de l'immunité dont elle a précédemment défini les grandes lignes et qui pourraient faire l'objet de consultations informelles pendant la seconde partie de la session. Les textes issus de ces consultations seraient ensuite révisés, suivant les méthodes de travail habituelles de la Commission.

81. En conclusion, la Rapporteuse spéciale dit qu'elle s'est efforcée de rendre compte, d'une manière équilibrée, de tous les points de vue exprimés au sein de la Commission, notamment sur les questions centrales ayant suscité le plus de préoccupations au cours du débat. Elle espère que, si elle n'y est pas parvenue, les membres de la Commission l'en informeront ultérieurement. Elle recommande à la Commission de renvoyer le projet d'article 7, tel qu'il figure dans le cinquième rapport, au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci examinera tous les commentaires formulés au cours du débat en séance plénière.

82. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, qui prendra en considération les commentaires formulés au cours du débat.

83. M. MURPHY dit qu'il tient à remercier la Rapporteuse spéciale pour son résumé d'un débat riche et complexe ; il est conscient qu'elle a disposé de peu de temps pour résumer ces discussions qui ont duré une semaine. Cependant, avec tout le respect qu'il lui doit, il ne trouve pas que ce résumé ait rendu de manière neutre toute la palette des opinions exprimées. Dans une certaine mesure, la Rapporteuse spéciale a réaffirmé les arguments qu'elle avait avancés dans son cinquième rapport, sans répondre sur le fond aux critiques formulées par certains membres. M. Murphy n'entend pas rouvrir le débat, mais souhaiterait illustrer son propos par quelques exemples. Premièrement, l'argument qui a été opposé à la Rapporteuse spéciale n'est pas que la pratique judiciaire nationale n'est pas pertinente ; elle l'est, mais elle n'étaye pas la proposition qui a été faite pour le projet d'article 7. Il n'existe pratiquement aucune jurisprudence qui puisse étayer les différents éléments du projet d'article 7, et aucune qui puisse étayer le projet d'article 7 dans son ensemble. De même, l'autre argument qui a été opposé à la Rapporteuse spéciale n'est pas que le droit interne n'est pas pertinent ; ce qui est pertinent, c'est que le projet d'article 7 n'est étayé que par le droit interne de quelques États. Surtout, la grande majorité des États n'a pas de lois nationales allant dans le sens du projet d'article 7. De l'avis de M. Murphy, la Rapporteuse spéciale a contourné ces arguments et a tenté de les réfuter dans son résumé. M. Murphy a aussi le sentiment que, pour la plupart des membres, le projet

[250] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 42 (projet d'article 1).

d'article 7 ne reflète pas le droit international coutumier. Il estime qu'il serait utile que la Commission prenne acte du fait que le débat, au cours duquel des opinions différentes ont été exprimées, n'a permis de dégager en formation plénière aucun consensus quant au fait que le projet d'article 7 refléterait le droit international coutumier. Si les membres de la Commission pouvaient s'accorder sur ce point, il serait plus facile d'approuver le renvoi du projet d'article au Comité de rédaction.

84. M. HMOUD, soulevant un point d'ordre, dit que c'est la première fois, depuis qu'il est membre de la Commission, qu'un autre membre soulève des questions de fond une fois le débat clos par un rapporteur spécial, et que cela ne servira qu'à prolonger le processus décisionnel. Le Président a proposé de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction et c'est sur cette proposition qu'il convient de se prononcer, conformément aux dispositions pertinentes du règlement intérieur de l'Assemblée générale.

85. Le PRÉSIDENT dit que, conformément au règlement intérieur de l'Assemblée générale, les membres ont le droit, s'ils le souhaitent, de prendre la parole pour débattre d'une proposition. En revanche, ils ne devraient pas débattre du résumé que le Rapporteur spécial a fait du débat, ni le commenter.

86. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), prenant la parole sur un point d'ordre, souscrit aux remarques de M. Hmoud. Elle n'a pas voulu interrompre M. Murphy, car tous les membres ont le droit de faire entendre leur opinion. Néanmoins, conformément à la procédure habituelle de la Commission, c'est au Rapporteur spécial qu'il revient d'avoir le dernier mot sur le fond d'un sujet. C'est à sa connaissance la première fois qu'un membre rouvre le débat pour contester les arguments du Rapporteur spécial. M. Murphy a bien entendu le droit de remettre en cause les conditions du renvoi d'une proposition au Comité de rédaction, mais il n'aurait en aucun cas dû saisir cette occasion pour réfuter les arguments de la Rapporteuse spéciale alors qu'une proposition avait déjà été présentée à la Commission. Tous les membres ont eu la possibilité de faire connaître leur opinion pendant le débat, et il est de la responsabilité de la Rapporteuse spéciale de résumer ce débat et de présenter une proposition sur laquelle les membres fonderont leur décision.

87. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il souscrit à l'avis de M. Hmoud. Il tient en outre à souligner qu'en termes de procédure, si la Commission prend une décision, celle-ci devra porter sur la première proposition du Président de renvoyer le projet d'article 7 devant le Comité de rédaction, et non sur la proposition de M. Murphy.

88. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'y a pas de seconde proposition ; la seule proposition à l'examen est celle qu'il a originellement formulée quant au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction.

89. M. RAJPUT dit que la Rapporteuse spéciale ayant déjà exprimé ses vues, et bien que certains membres ne les partagent pas, il ne souhaite pas rouvrir un débat de fond. Il souhaiterait toutefois des éclaircissements quant au résumé de la Rapporteuse spéciale avant qu'une décision soit prise sur le renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction. La Rapporteuse spéciale a très clairement exprimé son opinion selon laquelle le projet d'article 7 ne constituait pas de « nouvelles règles juridiques ». Elle semble toutefois, à un certain moment, avoir fait référence à la « coutume » et à une « tendance », et a ensuite dit qu'elle souhaitait reparler de la position qu'elle avait adoptée dans le rapport. Si la Commission est censée soutenir la proposition de la Rapporteuse spéciale de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, elle a besoin de savoir si le projet d'article 7 reflète le droit international coutumier ou une tendance émergente.

90. M. HMOUD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit que si les membres insistent pour rouvrir le débat, ils peuvent le faire en soulevant un point de procédure. Dans le cas contraire, la Commission devrait se prononcer sur la proposition du Président.

91. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il souscrit aux remarques de M. Hmoud.

92. M. TLADI dit qu'il est d'accord avec les membres qui se sont exprimés au sujet des aspects procéduraux de la discussion en cours. M. Murphy a soulevé un point de fond et un point de procédure. Ce point de procédure, ou plutôt cette proposition, était que la Commission décide en séance plénière de ne pas prendre position sur le point de savoir si le projet d'article 7 reflète le droit international coutumier. Toutefois, comme cela a été souligné, les membres ont eu la possibilité d'exprimer leur opinion, et quiconque souhaite connaître leurs vues devrait se reporter aux comptes rendus de séance pertinents et déterminer si la Commission est parvenue à un accord sur ce point.

93. M. SABOIA, prenant la parole sur un point d'ordre, propose que, conformément au règlement intérieur de l'Assemblée générale, le Président clôture le débat et que la Commission prenne sur-le-champ une décision sur la question à l'examen. Si cette proposition est adoptée, elle prendra le pas sur les interventions des orateurs inscrits sur la liste et sur toute autre question.

94. Le PRÉSIDENT, notant que M. Saboia insiste pour que la Commission prenne une décision avant que le reste des orateurs inscrits sur la liste aient pu prendre la parole, dit qu'un vote à main levée devra avoir lieu sur sa proposition initiale, c'est-à-dire pour déterminer si le projet d'article 7 doit être renvoyé au Comité de rédaction.

95. Sir Michael WOOD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il croit comprendre que M. Saboia a proposé de clore le débat. La Commission devrait donc se prononcer sur la proposition du Président de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction.

96. Le PRÉSIDENT invite les membres favorables à la proposition de M. Saboia, qui est de clore le débat, à lever la main.

97. M. HMOUD, prenant la parole sur un point d'ordre, dit qu'il n'est pas certain que la proposition de M. Saboia ait pour but de clore le débat sur la question à l'examen, conformément à l'article 119 *d* du règlement intérieur de l'Assemblée générale, et demande des éclaircissements à ce sujet.

98. M. SABOIA dit qu'il propose de clore le débat sur la proposition de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction.

99. Le PRÉSIDENT invite la Commission à passer au vote sur cette proposition.

Un vote à main levée est effectué.

100. Le PRÉSIDENT dit qu'il y a eu 20 voix pour la proposition, 3 contre et une abstention.

101. Sir Michael WOOD, prenant la parole pour expliquer sa position, dit qu'ainsi qu'il l'a indiqué précédemment en séance plénière, il n'est pas favorable au renvoi du projet d'article 7 au Comité de rédaction ; toutefois, si la Commission décide de renvoyer le projet d'article, il n'ira pas à l'encontre du consensus. De son avis, cela ne peut être interprété comme une prise de position sur la question de savoir si le projet d'article 7 représente des règles de droit existantes. Cela étant précisé, il n'ira pas contre le consensus relatif au renvoi du projet d'article au Comité de rédaction.

102. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que son vote est fondé sur des considérations procédurales. La question est tellement importante que la Commission aurait dû prendre plus de temps et ne ménager aucun effort pour parvenir à un consensus. Dix minutes de débat ne suffisent pas. C'est pour cette raison qu'il n'était pas favorable à la proposition de clore le débat. Son vote ne porte pas sur le fond de la proposition initiale.

103. M. RAJPUT indique qu'il a voté contre la clôture du débat pour les mêmes raisons.

104. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction, qui prendra en considération tous les commentaires formulés au cours du débat.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

105. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est composé des membres suivants : Mme Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Galvão Teles, M. Hmoud, M. Jalloh, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 13 h 10.

---

[*] Reprise des débats de la 3363e séance.

3366e SÉANCE

Jeudi 1er juin 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*suite*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction sur le sujet des crimes contre l'humanité (A/CN.4/L.892), dit que le Comité a consacré 10 séances à l'examen d'un projet de préambule, des projets d'article et d'un projet d'annexe sur le sujet. Il a examiné les sept projets d'article et le projet de préambule proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/704), ainsi qu'un certain nombre de reformulations proposées par le Rapporteur spécial en réponse à des suggestions faites ou des préoccupations exprimées durant le débat en plénière et au Comité de rédaction. À la session en cours, le Comité de rédaction a provisoirement adopté cinq projets d'article, un projet de préambule et un projet d'annexe.

2. Le Comité de rédaction a étudié le projet de préambule après avoir examiné la substance de l'ensemble des projets d'article et du projet d'annexe. Le projet de préambule comprend neuf alinéas fondés sur un texte révisé présenté par le Rapporteur spécial. Les premier et deuxième alinéas reprennent des alinéas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le troisième alinéa, qui avait été ajouté par le Rapporteur spécial à l'issue du débat en plénière, prend acte du fait que l'interdiction des crimes contre l'humanité est une norme impérative du droit international général, comme l'a reconnu la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. Le quatrième alinéa énonce le principal objet des projets d'article, à savoir la prévention des crimes contre l'humanité. Le cinquième alinéa, qui s'inspire également du Statut de Rome, lie la prévention des crimes contre l'humanité à la lutte contre l'impunité. Le sixième alinéa, qui a été proposé par le Rapporteur spécial, découle de la proposition tendant à ce que le projet de préambule vise expressément le Statut de Rome, puisque la définition des crimes contre l'humanité énoncée au projet d'article 3 reproduit l'article 7 de ce statut. Le libellé du septième alinéa reprend celui d'un

---

[*] Reprise des débats de la 3354e séance.

alinéa du préambule du Statut de Rome, mais le Comité de rédaction s'est abstenu d'utiliser l'expression « les responsables de crimes internationaux » pour ne pas porter atteinte à la présomption d'innocence. Le huitième alinéa vise les mesures nationales et la coopération internationale en tant que moyens supplémentaires d'assurer la répression effective des crimes contre l'humanité. Le neuvième alinéa rappelle que, dans l'exécution des obligations énoncées dans les projets d'article, les droits des victimes, témoins, accusés et autres personnes doivent être respectés.

3. Le Comité de rédaction a modifié l'ordre de plusieurs projets d'article et il a donc dû les renuméroter. La seule modification apportée aux projets d'articles 1 à 4 a consisté à supprimer les mots « ou son contrôle » au paragraphe 1 *a* du projet d'article 4, par souci de cohérence avec l'expression utilisée en ce qui concerne le territoire dans tous les autres projets d'article. Il ne s'agit toutefois pas d'une modification de fond.

4. Le Comité de rédaction a estimé que le projet d'article 12 (Non-refoulement) serait plus à sa place après le projet d'article 4 (Obligation de prévention), puisque le non-refoulement peut effectivement soustraire des personnes au risque d'être victimes de crimes contre l'humanité ; ce projet d'article est donc désormais le projet d'article 5. Le principe qu'il énonce est consacré dans de nombreux traités concernant spécifiquement d'autres formes d'atteinte à la personne. Le commentaire expliquera que le paragraphe 1 est sans préjudice d'autres obligations de non-refoulement découlant de traités ou du droit international coutumier. L'objet du paragraphe 2 est d'indiquer que la situation générale en matière de droits de l'homme dans le territoire concerné fait partie des « motifs sérieux » visés au paragraphe 1.

5. Comme le projet d'article relatif au non-refoulement est devenu le projet d'article 5, les projets d'articles 5 à 10 ont été renumérotés 6 à 11. Dans l'ensemble du texte, l'expression « infractions visées au projet d'article 5 » a été remplacée par l'expression « infractions couvertes par les présents projets d'article ». Certains renvois internes ont été ajustés pour tenir compte de la renumérotation de ces projets d'article.

6. Dans le projet d'article 12 (Victimes, témoins et autres personnes), il est demandé aux États de prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits des victimes, des témoins et autres personnes touchés par la commission de crimes contre l'humanité. Par souci de cohérence avec le projet d'article 8 (Enquête), le membre de phrase « quiconque allègue qu'une personne a été victime d'un crime contre l'humanité » a été remplacé par le membre de phrase « quiconque allègue que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis ». Au paragraphe 1 *b*, les victimes ont été ajoutées à la liste des personnes devant être protégées. Des membres du Comité de rédaction ont proposé de reprendre des éléments de l'article 68 du Statut de Rome dans le commentaire du projet d'article. Les mots « de protection » ont été ajoutés pour expliquer la nature des mesures prévues dans la dernière phrase.

7. Lorsqu'ils ont débattu du point de savoir si le terme « victimes » figurant au projet d'article 12 devait être défini, les membres du Comité de rédaction ont fait observer que la plupart des instruments internationaux mentionnant les victimes ne définissaient pas le terme et qu'en pratique celui-ci avait été diversement interprété en fonction de facteurs tels que la nature du préjudice, l'existence d'un préjudice indirect ou le lien entre la personne directement touchée et les membres de sa famille. Ils ont donc conclu que la question de savoir précisément quelles personnes étaient des victimes devait être tranchée au regard des normes du droit interne, et l'expression « dans le respect de son droit interne » a donc été remplacée par « en conformité avec son droit interne » au paragraphe 2. Dans le même temps, les membres du Comité de rédaction sont convenus que le commentaire devait s'inspirer de la jurisprudence et des vues des organes conventionnels afin de donner des indications quant aux personnes pouvant être considérées comme des victimes de crimes contre l'humanité. Ils ont aussi estimé utile de préciser que la réparation mentionnée au paragraphe 3 pouvait concerner les dommages matériels et moraux, comme le faisait le paragraphe 5 de l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Les mots « ou toute autre forme » indiquent que la liste des formes de réparation n'est qu'indicative. L'expression « le cas échéant » a été ajoutée pour souligner que les crimes contre l'humanité peuvent être commis par des États ou par des acteurs non étatiques. Comme la capacité d'un État responsable d'indemniser intégralement toutes les victimes peut être limitée, en particulier si cet État a du mal à se reconstruire au sortir d'une crise, le commentaire indiquera que le type de la réparation appropriée, individuelle ou collective, ne peut être déterminé que compte tenu du contexte. Le Comité de rédaction a légèrement modifié l'ordre des formes de réparation et a ajouté les mots « cessation et » avant les mots « garanties de non-répétition », car c'est ainsi que l'on désigne habituellement cette forme de réparation.

8. Après s'être demandé si le projet d'article 13 (Extradition) devait être calqué sur les dispositions détaillées ou concises en matière d'extradition, le Comité a conclu que des dispositions détaillées, comme l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, fourniraient les indications voulues sur tous les droits, obligations et procédures pertinents en relation avec l'extradition en cas de crimes contre l'humanité, en particulier parce que ces dispositions sont bien comprises par les États. Le Comité de rédaction est toutefois convenu que certaines modifications devaient être apportées au modèle de dispositions détaillées pour l'adapter aux crimes contre l'humanité, et également que le commentaire devait indiquer que l'ensemble du projet d'article 13 devait être lu à la lumière des obligations *aut dedere aut judicare* énoncées au projet d'article 10. Le commentaire donnera de même des indications quant aux facteurs qu'un État doit prendre en considération lorsque plusieurs demandes d'extradition concurrentes lui sont adressées.

9. Le paragraphe 1 est calqué sur les dispositions d'instruments internationaux existants comme l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le Comité s'est aussi demandé si ce paragraphe devait viser le projet

d'article 3 ou le projet d'article 6, ou les deux, de manière à couvrir toutes les infractions donnant lieu à extradition. Comme expliqué précédemment, il a été décidé d'utiliser l'expression « infractions couvertes par les présents projets d'article » dans l'ensemble des projets d'article, étant entendu que le commentaire expliquera qu'elle vise tant la définition des crimes contre l'humanité figurant au projet d'article 3 que l'incrimination en droit interne prévue au projet d'article 6. L'exclusion de l'exception « d'infraction politique » a été conservée au paragraphe 2. L'alinéa *a* du paragraphe 4 a été modifié suivant la logique du paragraphe 3 et l'approche généralement acceptée suivie dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption. Des membres du Comité ont estimé cette modification nécessaire pour que les juges disposent d'un texte clair lorsqu'ils seront appelés à interpréter et appliquer la future convention. L'alinéa *b* du paragraphe 4 a été adopté dans son texte initial, étant entendu que le commentaire en expliquera la portée. En ce qui concerne le paragraphe 6, bien que les membres du Comité soient convenus que la mention de la « peine minimale requise » était inappropriée et inutile dans le contexte des crimes contre l'humanité, ils ont décidé de maintenir la mention des motifs pour lesquels l'État requis pouvait refuser l'extradition, étant entendu que le commentaire donnera des exemples de motifs de refus acceptables et inacceptables. Les paragraphes 7, 9 et 13 de la proposition initiale ont été supprimés car ils étaient inutiles aux fins du projet d'article. Le texte de ce qui est devenu le paragraphe 8 est fondé sur les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Bien que le Comité de rédaction ait relevé qu'aucune disposition du projet d'article n'obligeait effectivement un État à extrader un suspect, le paragraphe 9 est important parce qu'il souligne que les États ne doivent pas accéder à une demande d'extradition présentée pour des motifs inadmissibles en droit international. Le Comité de rédaction a modifié la liste des motifs qui figurait dans la proposition initiale du Rapporteur spécial à la lumière des dispositions correspondantes du Statut de Rome et de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Le commentaire du paragraphe 10 soulignera l'importance de l'expression « s'il y a lieu ».

10. S'agissant du projet d'article 14 (Entraide judiciaire), le Rapporteur spécial a suggéré de restructurer le texte initialement proposé pour tenir compte des vues exprimées en plénière par les membres de la Commission. Pour cette raison, le projet d'article initial a été scindé en deux et les sous-titres supprimés. La première moitié du texte initial a été conservée. Elle traite des obligations générales en matière d'entraide judiciaire qui lient chaque État, qu'il ait ou non conclu un traité d'entraide judiciaire avec l'État requérant. La seconde moitié de la disposition initiale, qui est devenue le projet d'annexe, s'applique lorsqu'une demande d'entraide judiciaire est présentée et que les deux États concernés ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire.

11. Au paragraphe 2 du projet d'article, le Comité de rédaction a décidé d'ajouter les mots « et autres » après le mot « judiciaires » pour tenir compte de la possibilité, envisagée au paragraphe 7 du projet d'article 6, d'engager des procédures administratives contre des personnes morales. Le Comité de rédaction a approuvé la proposition du Rapporteur spécial d'inclure au paragraphe 3 des éléments mentionnés durant le débat en plénière, y compris le recueil de dépositions par vidéoconférence, l'obtention de preuves médico-légales et l'identification et la localisation des auteurs présumés de l'infraction, des victimes, des témoins et d'autres personnes. À l'alinéa *a* du paragraphe 3, l'expression « le cas échéant » a été ajoutée pour tenir compte d'éventuelles craintes des victimes et témoins quant à la protection de leur vie privée. Le paragraphe 4 a été adopté tel qu'initialement proposé, étant entendu que le commentaire expliquera que l'expression « secret bancaire » désigne également le secret des institutions financières similaires. Le paragraphe 7 a été supprimé, le Comité de rédaction ayant estimé qu'il était inutile et que son contenu constituerait la base du commentaire du paragraphe 6. Dans le nouveau paragraphe 7, le Comité de rédaction a ajouté la phrase « Les dispositions du présent projet d'article s'appliquent néanmoins dans la mesure où elles prévoient une entraide judiciaire plus grande » pour que nul ne puisse douter que c'est l'instrument qui prévoit l'entraide la plus large qui doit s'appliquer.

12. Au paragraphe 8, qui concerne la relation entre le projet d'article 14 et le projet d'annexe, des modifications de forme mineures ont été apportées pour la clarté. Dans la dernière phrase, le mot « vivement » a été supprimé pour ne pas trop insister sur la possibilité d'appliquer le projet d'annexe.

13. Le projet d'annexe lui-même comprend 20 paragraphes, à savoir un nouveau paragraphe introductif et les paragraphes 10 à 28 du projet d'article 13 dans son libellé initial. Le paragraphe 1 stipule que les dispositions du projet d'annexe s'appliquent aux demandes présentées en vertu du projet d'article 14 par les États qui ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Le reste des paragraphes du projet d'annexe, qui concernent les divers stades de la procédure de demande d'entraide, ont été adoptés sans modifications de fond, et la mention de l'« instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion au présent projet d'articles » a été supprimée aux paragraphes 2 et 3, car la Commission a pour pratique de laisser aux États le soin d'ajouter de telles formulations à un stade ultérieur. De plus, le paragraphe 6 a été adopté étant entendu que le commentaire du projet d'annexe soulignerait que les États doivent agir de bonne foi lorsqu'ils exécutent des demandes d'entraide, et le paragraphe 8 a été adopté étant entendu que le commentaire expliciterait les divers motifs pour lesquels l'entraide judiciaire peut être refusée.

14. Durant le débat en séance plénière, plusieurs membres de la Commission ont proposé que le projet d'article 15 initial, qui traitait d'un éventuel conflit entre les droits ou obligations des États au titre du projet d'articles et leurs droits ou obligations au titre de l'acte constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, soit supprimé. Le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction sont convenus que ce projet d'article n'était pas nécessaire, pour plusieurs raisons : aucun conflit de ce type n'avait jamais été constaté, donner la priorité absolue

aux obligations découlant de l'acte constitutif de toutes les juridictions pénales internationales qui pourraient être créées à l'avenir était dangereux, une règle accordant invariablement la primauté aux procédures internationales risquait de porter atteinte au principe de complémentarité qui veut qu'une certaine déférence soit accordée aux procédures nationales, et les règles du droit international positif pourraient être appliquées dans le cas peu probable d'un conflit. Pour ces raisons, le Comité de rédaction a décidé de ne pas conserver cette disposition.

15. Le Comité de rédaction a aussi décidé de ne pas conserver le projet d'article 16 initial, consacré aux obligations des États fédéraux. Bien qu'une disposition comparable figure dans plusieurs traités, la question est déjà couverte par l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969. De plus, elle est liée à celle des réserves, dont la Commission a décidé qu'elle devait être envisagée dans les clauses finales de la future convention que négocieront et adopteront les États.

16. Le Comité de rédaction s'est demandé si la Commission devait proposer une disposition sur le règlement des différends. La Commission laisse généralement aux États le soin de rédiger les clauses de règlement des différends, mais il lui est arrivé d'en proposer dans un projet de convention, par exemple le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale[251]. Le Comité de rédaction a conclu qu'étant donné la nature du sujet il convenait de proposer une clause sur le règlement des différends, et cette clause figure au projet d'article 15 (Règlement des différends).

17. Le paragraphe 1 du projet d'article a été conservé dans sa version initiale, car il s'agit d'une disposition figurant dans plusieurs traités existants, notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le Comité de rédaction a toutefois décidé de ne pas conserver le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 2, qui donnait à l'arbitrage la priorité sur la saisine de la Cour internationale de Justice et avait été jugé inapproprié dans le contexte des crimes contre l'humanité. Le texte a finalement été adopté avec une nouvelle disposition que l'on ne retrouve pas dans les traités existants mais qui repose sur l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Le paragraphe 2 dispose qu'un État peut soumettre un différend qui n'a pas été réglé par la négociation directement à la Cour internationale de Justice, sans le soumettre d'abord à l'arbitrage. Néanmoins, comme les projets d'article énoncent un très large éventail d'obligations susceptibles de donner lieu à des types de différends très divers, les parties à un différend peuvent toujours le soumettre à l'arbitrage si elles en conviennent. Les dispositions des paragraphes 3 et 4, des dispositions types que l'on retrouve par exemple dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, autorisent les États à déclarer qu'ils ne sont pas liés par la clause de règlement des différends du paragraphe 2, et elles peuvent donc présenter un intérêt particulier si les États décident finalement de ne pas autoriser les réserves aux dispositions de fond de la future convention.

18. Lorsqu'il a résumé le débat en plénière, le Rapporteur spécial a noté que l'opinion dominante à la Commission était que la question de l'amnistie ne devait pas être envisagée dans les projets d'article, au moins pour le moment, mais qu'elle devait l'être dans le commentaire. Les projets d'article ayant été renvoyés au Comité de rédaction sur cette base, le Rapporteur spécial a présenté au Comité de rédaction quatre projets de paragraphe pour le commentaire du projet d'article 10 (*Aut dedere aut judicare*). Plusieurs membres du Comité de rédaction y ont proposé des améliorations, et tous les membres ont été invités à les commenter avant leur soumission aux services d'édition et de traduction. La possibilité de prier le Secrétariat d'établir une étude sur la question a été débattue, mais il a été décidé qu'il n'y avait pas lieu de le faire au stade actuel.

19. Le Rapporteur spécial a aussi relevé dans son résumé du débat que les membres de la Commission étaient divisés sur le point de savoir si, et comment, il fallait envisager la question de l'immunité. Le Rapporteur spécial a proposé que le Comité de rédaction examine la question pour déterminer si un consensus était possible, mais malheureusement, faute de temps, le Comité n'a pas été en mesure de l'examiner au fond. Il a toutefois noté qu'elle l'était actuellement dans le cadre des travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et a estimé qu'il serait prudent d'éviter tout conflit avec ces travaux. La question sera examinée plus avant durant la seconde partie de la session en cours.

20. M. HMOUD dit que, lorsqu'il a examiné l'obligation de non-refoulement énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 5, le Comité de rédaction s'est penché sur la différence existant entre l'expression « vers un autre État » et l'expression « vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État » initialement proposée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport et a décidé de conserver cette dernière.

21. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il souhaiterait des éclaircissements au sujet de la décision de ne pas prier le Secrétariat de mener une étude sur la question de l'amnistie, car il ne se souvient pas que le Comité de rédaction ait pris une telle décision.

22. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que, s'il a bonne mémoire, M. Grossman Guiloff souhaitait que la Commission prie le Secrétariat d'élaborer une étude sur la question de l'amnistie, mais que d'autres membres du Comité de rédaction ne souhaitaient pas le faire au stade actuel. Bien que la question n'ait pas été mise aux voix, le Président du Comité de rédaction a indiqué que le Comité ne recommanderait pas à la Commission d'adresser une telle demande au Secrétariat.

23. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'à la lumière des explications utiles de M. Murphy, peut-être le Président du Comité de rédaction pourrait-il indiquer dans sa déclaration que, certains membres estimant qu'il n'y avait pas lieu de

[251] *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 339 et suiv., chap. III, sect. B.

demander au Secrétariat de mener une telle étude, le Président, et non le Comité de rédaction, a décidé en conséquence de recommander de ne pas le faire au stade actuel.

24. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que, si sa mémoire est bonne, la décision de ne pas prier le Secrétariat de mener une étude sur la question de l'amnistie au stade actuel a résulté d'un débat au Comité de rédaction. Toutefois, si nécessaire, une phrase peut être ajoutée à sa déclaration pour expliquer qu'un membre a insisté pour que le Secrétariat soit prié de mener une telle étude mais que le Comité de rédaction en a finalement décidé autrement.

25. M. JALLOH dit que la Commission voulait que le Comité de rédaction examine la question de l'amnistie. Les membres du Comité se sont vu de fait proposer des paragraphes sur cette question pour le commentaire et ont été invités à y réagir, et plusieurs membres ont fait des propositions les concernant. Le Comité n'a toutefois pas disposé de suffisamment de temps pour examiner la question. L'orateur ajoute qu'il ne se souvient pas qu'une décision ait été prise en ce qui concerne une étude du Secrétariat. La question de l'immunité n'a pas du tout été examinée au Comité de rédaction, mais certains membres en ont discuté dans le cadre de consultations informelles avec le Rapporteur spécial. L'opinion a été exprimée que la Commission devait réserver suffisamment de temps pour l'examiner durant la seconde partie de la session en cours.

26. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il préférerait que l'on n'indique pas qu'il a insisté pour que le Secrétariat soit prié de mener une étude sur la question de l'amnistie. Son seul souci était que la déclaration du Président du Comité de rédaction rende compte exactement de ce qui s'est passé durant la séance lors de laquelle la question a été soulevée. Il propose de supprimer le passage de cette déclaration concernant la décision de ne pas prier le Secrétariat de mener une telle étude.

27. M. PARK dit que, si sa mémoire est bonne, le Comité de rédaction a décidé, faute de temps, que l'examen des paragraphes proposés pour le commentaire se poursuivrait durant la seconde partie de la session en cours.

28. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que le Comité de rédaction n'a pas disposé de suffisamment de temps pour examiner les questions de l'amnistie et de l'immunité. En ce qui concerne l'amnistie, elle ne se souvient pas qu'une décision ait été prise sur la possibilité de demander une étude au Secrétariat. De fait, la question de l'amnistie n'a pas du tout été examinée : le Rapporteur spécial a simplement proposé des paragraphes sur cette question pour le commentaire et a invité les membres du Comité de rédaction à faire des propositions, ce que certains ont fait. En ce qui concerne l'immunité et la non-pertinence de la qualité officielle, l'oratrice ne se souvient pas que la nécessité d'éviter les conflits entre les travaux sur les crimes contre l'humanité et les travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ait été évoquée au Comité de rédaction. Vers la fin de la séance en question, il lui a été demandé comment la question de l'immunité serait traitée dans le cadre de ces derniers travaux, mais aucune discussion de fond n'a eu lieu. Le Président du Comité de rédaction a néanmoins souligné que le Comité poursuivrait ses travaux durant la seconde partie de la session en cours et le Rapporteur spécial a déployé beaucoup d'efforts pour trouver une solution acceptable pour tous.

29. Sir Michael WOOD dit que c'est au Président du Comité de rédaction de modifier sa déclaration comme il l'entend avant que celle-ci soit téléchargée sur le site Web de la Commission.

30. M. TLADI dit que s'il convient qu'en principe c'est au Président du Comité de rédaction qu'il incombe de décider s'il doit ou non modifier sa déclaration, il est particulièrement important de veiller à l'exactitude des déclarations du Président du Comité de rédaction dès lors qu'elles sont consultables sur le site Web de la Commission.

31. Le PRÉSIDENT demande si, pour régler la question, le Président du Comité de rédaction peut envisager de supprimer la phrase relative à la question de savoir si le Secrétariat doit ou non mener une étude sur la question de l'amnistie.

32. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit qu'il va lui falloir examiner cette demande avec soin, car il veut éviter de créer un précédent qui aurait pour effet de porter atteinte aux prérogatives des futurs présidents du Comité de rédaction. Le paragraphe pertinent de sa déclaration indique clairement que la question de l'immunité en relation avec les crimes contre l'humanité, que le Comité de rédaction n'a pas eu le temps d'examiner durant la première partie de la session en cours, sera examinée en détail durant la seconde partie. Bien que ce paragraphe indique qu'il serait prudent d'éviter tout conflit avec les travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État lorsque l'on examinera la question, cela ne signifie pas qu'elle ne sera pas examinée par le Comité de rédaction.

33. M. SABOIA dit qu'il est quelque peu contradictoire d'indiquer dans la déclaration que le Comité de rédaction n'a pu examiner la question de l'immunité quant au fond pour indiquer ensuite qu'il a pris note d'une question de fond en la matière. Il ne se souvient pas qu'une question de fond ait été soulevée à la séance en question du Comité de rédaction, et de toute façon on voit mal pourquoi cette question particulière est mentionnée.

34. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que jamais durant ses séances le Comité de rédaction n'a examiné la question de l'immunité en relation avec les crimes contre l'humanité, ni celle de la relation entre cette question et le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

35. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il peut confirmer que le Comité de rédaction a seulement eu le temps d'examiner brièvement le projet de commentaire présenté sur la question pendante de l'amnistie et qu'il n'a pas eu le temps de se pencher sur l'immunité. La question de l'immunité est très importante, comme le montre l'évocation durant le débat en plénière de la question de la non-pertinence de la qualité officielle quant à la responsabilité des représentants de l'État du chef de crimes contre l'humanité.

36. M. JALLOH dit qu'une dizaine environ de membres de la Commission − dont certains étaient intéressés par l'immunité et d'autres par la non-pertinence de la qualité officielle − ont tenu des consultations informelles et sont parvenus à un accord sur une proposition précise. Cette proposition, qui n'a pas trait à l'immunité en soi, a été communiquée informellement au Rapporteur spécial, et les membres en question croient comprendre qu'il sera peut-être possible, durant la seconde partie de la session en cours, de réserver le temps nécessaire à son examen par le Comité de rédaction.

37. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il voulait seulement qu'il soit tenu compte de la préoccupation qu'il avait exprimée ; il n'y a rien là de très important, et la Commission devrait poursuivre ses travaux sur le fond.

38. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il importe de garder à l'esprit l'argument avancé par Sir Michael Wood et M. Tladi concernant la publication de la déclaration du Président du Comité de rédaction sur le site Web de la Commission. La décision sur le point de savoir si la déclaration doit ou non indiquer qu'il a été décidé de ne pas prier le Secrétariat d'étudier la question de l'amnistie doit peut-être être laissée au pouvoir discrétionnaire du Président du Comité.

39. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit qu'il modifiera sa déclaration sur les deux points dont le libellé pose problème à certains membres de la Commission, bien qu'il continue de penser que, par principe, les présidents du Comité de rédaction doivent jouir d'un pouvoir discrétionnaire total quant au contenu de leurs déclarations.

40. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les textes et titres du projet de préambule, des projets d'article et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture (A/CN.4/L.892).

Projet de préambule

Le projet de préambule est adopté.

Projets d'articles 1 à 13

Les projets d'articles 1 à 13 sont adoptés.

Projet d'article 14

41. M. PETER dit que le projet d'article 14 est suffisant sans le projet d'annexe auquel le paragraphe 8 renvoie, et que ce paragraphe 8 et le projet d'annexe devraient donc être supprimés. De fait, le projet d'annexe est si long qu'il risque d'éclipser l'objet principal de la future convention. De plus, certaines de ses dispositions risquent d'être considérées comme intrusives par les États souverains, et leur degré de détail risque de dissuader ceux-ci de ratifier la future convention. Le libellé d'une convention doit être plus général.

42. L'orateur ajoute que, si la Commission souhaite conserver le projet d'annexe, le paragraphe 12 *b* de celui-ci, qui stipule qu'un État peut fournir à un État étranger des informations auxquelles sa propre population n'a pas accès, est préoccupant. De plus, il est opposé au paragraphe 20 de ce projet d'annexe, qui prévoit que les frais encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État requis, estimant que c'est l'État requérant qui devrait les supporter.

43. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il y a eu un vif débat en plénière au sujet des mérites relatifs des dispositions détaillées et des dispositions concises en ce qui concerne tant l'extradition que l'entraide judiciaire. Les membres du Comité de rédaction ont fini par retenir les dispositions détaillées, estimant qu'elles présentaient beaucoup d'intérêt pour les nombreux États qui n'avaient pas conclu de traités bilatéraux d'entraide judiciaire et avaient besoin d'indications sur des questions telles que celles de savoir à qui adresser leurs demandes d'assistance judiciaire, comment formuler de telles demandes et comment répondre aux demandes des autres États.

44. La préoccupation de M. Peter semble concerner la manière dont les projets d'article seront perçus. Or si les dispositions détaillées ont été placées en annexe, c'est pour les séparer des projets d'article proprement dits, ce qui devrait dissiper cette préoccupation. De plus, bien que cette annexe puisse rebuter certains États, il existe en fait une possibilité raisonnable qu'elle plaise à de nombreux autres, car il est largement admis qu'il est nécessaire de développer les procédures d'extradition et d'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité. Quoi qu'il en soit, si les projets d'article sont soumis à une conférence diplomatique, les États auront toujours la possibilité, s'ils le souhaitent, de supprimer le projet d'annexe et le paragraphe 8 du projet d'article 14. Pour le Rapporteur spécial, il sera plus facile pour les États de supprimer ces dispositions que de définir des procédures comme celles décrites dans le projet d'annexe. Il considère donc qu'en son état actuel le texte est approprié.

45. L'alinéa *b* du paragraphe 12 du projet d'annexe reprend une disposition figurant dans plusieurs conventions internationales, dont la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et est une disposition utile dans le contexte des crimes contre l'humanité. À titre d'exemple, le Rapporteur spécial évoque une situation dans laquelle un État a transmis aux enquêteurs d'un autre État qui enquêtait sur d'éventuels crimes contre l'humanité des informations classées secret défense sous la forme d'images satellitaires et de photographies aériennes, qui ont finalement permis aux enquêteurs de retrouver les dépouilles d'un grand nombre de victimes. Ce processus aurait été retardé s'il avait fallu déclassifier les informations et les rendre publiques. Si l'on supprime l'alinéa *b*, les États risquent d'être réticents à se fournir mutuellement une telle assistance, ce qui serait regrettable car cette assistance peut se révéler extrêmement précieuse.

46. En ce qui concerne le paragraphe 20 du projet d'annexe, le Comité de rédaction était saisi d'une liste de traités contenant des dispositions similaires à celles figurant dans ce paragraphe. La raison pour laquelle c'est l'État requis qui, par défaut, est tenu de prendre à sa charge les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande d'assistance judiciaire est que ces demandes sont le plus souvent exécutées par les autorités policières et judiciaires ordinaires des États − en d'autres termes, par les institutions compétentes pour notifier des documents

ou recevoir et transmettre des informations. Essayer de calculer le coût de ces tâches relativement routinières peut devenir compliqué dans le contexte des demandes ordinaires d'assistance judiciaire. Par contre, si les frais en question sont importants ou extraordinaires, les États concernés sont tenus de se consulter pour s'entendre sur les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée et sur la manière dont les frais seront assumés, par exemple en décidant de partager ces frais. Il s'agit d'une disposition type et elle ne devrait pas poser de problème.

47. M. PETER dit qu'il peut accepter l'alinéa *b* du paragraphe 12, puisque cette disposition n'oblige pas les États requis à fournir des informations classées secret défense mais leur laisse la possibilité de le faire s'ils le jugent bon. Il demeure toutefois préoccupé par le paragraphe 20, qui est trop catégorique en ce qu'il met les frais de l'exécution d'une demande à la charge de l'État requis, qui risque ainsi de percevoir la réception d'une demande comme une charge. Peut-être peut-on trouver une formulation moins directe.

48. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'une disposition libellée exactement de la même manière figure dans des conventions comme la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et qu'elle n'a causé aucun problème pour les milliers de demandes qui ont été adressées et reçues par les États dans le cadre de ces conventions. Il préférerait conserver cette disposition en l'état, car les autorités étatiques concernées la connaissent bien, et toute modification risque d'être source d'incertitude et de confusion. Il ne faut pas oublier que la Commission est en train d'adopter le projet d'articles en première lecture et qu'elle pourra tenir compte en seconde lecture des éventuelles préoccupations exprimées par les États.

49. M. HASSOUNA dit que l'on pourrait répondre à la préoccupation de M. Peter au sujet du paragraphe 20 en remplaçant le verbe « sont » qui figure dans la première phrase par « devraient être » afin de ménager une certaine souplesse.

50. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il est réticent à utiliser les mots « devraient être » parce que le conditionnel n'est utilisé nulle part ailleurs dans les projets d'article. Il s'agirait là d'une modification de fond, puisque la question des frais ne serait pas réglée dans les projets d'article. De plus, une telle modification impliquerait qu'un État peut refuser d'exécuter une demande d'assistance s'il ne reçoit pas de fonds de l'État requérant, ce qui serait inapproprié et risquerait de compromettre l'entraide judiciaire.

51. Sir Michael WOOD dit que lui aussi a initialement jugé surprenant que l'État fournissant l'assistance doive en supporter les frais, mais qu'il a découvert que telle était la pratique habituelle ; par exemple, à l'occasion de l'affaire *Pinochet*, les autorités britanniques ont pris à leur charge des frais considérables. La disposition relative aux frais est une disposition type et compte de nombreux précédents, mais elle est aussi souple, car elle ne concerne que les frais ordinaires et permet aux États de s'entendre sur un arrangement différent s'ils le souhaitent.

52. M. CISSÉ dit que le libellé du paragraphe 20 est très clair. Le membre de phrase « à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés » qui y figure garantit qu'il n'y aura pas de problème en ce qui concerne les frais.

53. Le PRÉSIDENT dit que la question des frais qui fait l'objet du paragraphe 20 devrait être envisagée séparément de celle de l'adoption du projet d'article 14 dans son ensemble.

Il en est ainsi décidé.

Le projet d'article 14 est adopté.

Projet d'article 15

54. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'elle s'est jointe au consensus sur le projet d'article 15 au Comité de rédaction mais qu'elle entretient de sérieuses réserves au sujet des paragraphes 3 et 4, estimant que la Commission ne devrait pas proposer une clause facultative d'attribution de compétence comme celle énoncée dans ces paragraphes.

Le projet d'article 15 est adopté.

Projet d'annexe aux projets d'article

55. M. OUAZZANI CHAHDI propose d'indiquer que le projet d'annexe fait partie intégrante des projets d'article.

56. M. MURPHY (Rapporteur spécial), rappelant que cette proposition a été faite au Comité de rédaction, dit que le Comité a décidé que le libellé du paragraphe 1 du projet d'annexe, « Ce projet d'annexe s'applique en conformité avec le paragraphe 8 du projet d'article 14 », est suffisant pour établir un lien direct entre le projet d'annexe et les projets d'article eux-mêmes.

57. M. CISSÉ dit qu'il partage l'opinion de M. Ouazzani Chahdi. Le paragraphe 1 du projet d'annexe indique que celui-ci s'applique en conformité avec le paragraphe 8 du projet d'article 14 mais ne lie pas expressément le projet d'annexe aux projets d'article dans leur ensemble. Il conviendrait d'indiquer, peut-être dans un préambule, que le projet d'annexe a le même statut que les projets d'article eux-mêmes.

58. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que le libellé du paragraphe 8 du projet d'article 14, « Le projet d'annexe aux présents projets d'article est applicable aux demandes faites conformément au présent projet d'article », établit un lien étroit entre le projet d'annexe et les projets d'article. Le Comité de rédaction a voulu séparer la teneur du projet d'annexe du corps des projets d'article pour que les questions techniques n'éclipsent pas les dispositions de fond de la future convention, en réponse aux préoccupations exprimées par plusieurs membres de la Commission.

59. M. HASSOUNA dit qu'il pense comme M. Ouazzani Chahdi et M. Cissé que le statut du projet d'annexe devrait être clarifié d'une manière ou d'une autre, dans le commentaire ou ailleurs.

60. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que tous les membres de la Commission conviennent que le projet d'annexe s'applique aux demandes présentées dans le cadre des projets d'article. Le paragraphe 1 du projet d'annexe renvoie au paragraphe 8 du projet d'article 14, qui indique clairement que le projet d'annexe s'applique aux demandes faites conformément à ce projet d'article, et le paragraphe 1 du projet d'article 14 vise l'entraide judiciaire « concernant les infractions couvertes par les présents projets d'article ». Le projet d'annexe est donc étroitement lié aux projets d'article dans leur ensemble. Le Rapporteur spécial dit qu'il est néanmoins prêt à rédiger pour inclusion dans le commentaire une phrase expliquant le lien entre le paragraphe 1 du projet d'annexe, le paragraphe 8 du projet d'article 14 et les projets d'article dans leur ensemble, comme l'a proposé M. Hassouna.

61. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il convient que le lien entre le projet d'annexe et le paragraphe 8 du projet d'article 14 est clair. Il fait toutefois observer que les dispositions finales d'une convention indiquent normalement qu'une annexe fait partie intégrante de cette convention. La Commission a laissé aux États le soin de rédiger les dispositions finales, conformément à sa pratique habituelle. Les États pourront donc décider à un stade ultérieur de faire figurer une telle indication dans les dispositions finales de la future convention.

62. Sir Michael WOOD dit qu'il partage l'opinion de M. Ruda Santolaria. Par exemple, les clauses finales de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens comprennent une disposition indiquant que l'annexe à la Convention fait partie intégrante de celle-ci. Au stade actuel, la Commission pourrait l'indiquer dans le commentaire, puisqu'elle ne s'occupe pas des clauses finales.

63. M. PETER dit qu'il se félicite d'entendre le Rapporteur spécial dire qu'il aura encore l'occasion d'évoquer la question des frais. On peut aisément concevoir que, si un pays en développement dont les moyens sont modestes reçoit une demande d'assistance judiciaire, la perspective de coopérer et d'en supporter les frais ne l'enchante guère. L'orateur préférerait que le paragraphe 20 du projet d'annexe soit ainsi libellé : « La prise en charge des frais relatifs à l'exécution d'une demande fait l'objet d'un accord entre les États concernés », mais il n'insistera pas pour que l'on retienne ce libellé.

64. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que la coopération judiciaire internationale repose sur le principe de réciprocité, qui régit les relations au jour le jour entre les États. Les États qui exécutent des demandes d'assistance dans un contexte pourront en présenter dans un autre. En pratique, les frais ordinaires afférents à cette coopération sont pris en charge par l'État requis. Dans les situations exceptionnelles, un accord devra être conclu entre les États concernés.

65. M. JALLOH dit que M. Peter a certes soulevé une question importante en ce qui concerne les pays en développement mais que la Commission doit également tenir compte de la pratique habituelle des États. Il pourrait être souhaitable d'indiquer dans le commentaire que certains États font face à des difficultés et de rappeler que le paragraphe 20 du projet d'annexe permet aux États concernés de convenir d'autres dispositions.

66. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il partage la préoccupation de M. Peter et souligne que l'Organisation des Nations Unies mène des activités de renforcement des capacités pour aider les pays en développement à exécuter les demandes d'assistance judiciaire. Il admet toutefois que le paragraphe 20 du projet d'annexe rend compte d'une pratique qui n'a jamais posé de problème. Il importe de reconnaître qu'il peut être politiquement difficile pour certains pays de prendre à leur charge les « frais ordinaires » et que ces frais varient d'un pays à l'autre en fonction notamment de la taille et de la complexité du système judiciaire de chaque pays. Toutefois, le paragraphe 20 s'inscrit dans le cadre d'un effort visant à assurer que les pays aient la volonté d'engager des procédures s'agissant des crimes visés dans les projets d'article. Tel qu'actuellement libellé, le paragraphe 20 préserve la souveraineté des États en ce qu'il met leur système judiciaire à l'abri de « l'argent étranger », même si les demandes de caractère extraordinaire donneront lieu à des consultations sur la question des frais.

67. Le PRÉSIDENT dit que le libellé de la seconde phrase du paragraphe 20 ne présente guère de risque, puisqu'il vise les « dépenses importantes ou extraordinaires », lesquelles sont définies par chaque État selon ses propres critères. Si un État considère que les dépenses sont importantes, il peut choisir de négocier un arrangement différent en ce qui les concerne.

Le projet d'annexe aux projets d'article est adopté.

68. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter, dans leur ensemble, les textes et titres du projet de préambule, des projets d'article et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture (A/CN.4/L.892).

Il en est ainsi décidé.

69. M. PETER demande si l'adoption du projet par la Commission exclut toute modification ultérieure des projets d'article ou du projet d'annexe.

70. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que le Comité de rédaction reprendra ses travaux sur la question durant la seconde partie de la soixante-neuvième session. Le principal objectif est d'examiner la question de l'immunité et de la qualité officielle, la question de l'amnistie ayant déjà été examinée. Les membres auront la possibilité de faire des observations sur le commentaire, et il est possible que le Comité de rédaction décide de compléter celui-ci.

71. M. LLEWELLYN (Secrétaire de la Commission) dit que lorsque la Commission adopte des projets de texte en l'absence de commentaires, il est entendu que cette adoption est provisoire. Les projets d'article dans leur forme finale, y compris les éventuelles modifications qui pourront leur être apportées durant la seconde partie de la session, et les commentaires seront adoptés définitivement à la fin de la seconde partie de la session, lorsque la Commission adoptera son rapport à l'Assemblée générale.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*suite) [A/CN.4/703, partie II, sect. G]**

[Point 9 de l'ordre du jour]

72. M. HASSOUNA (Président du Groupe de travail sur les méthodes de travail) dit que le Groupe de travail sur les méthodes de travail est composé des membres suivants : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez et Sir Michael Wood, ainsi que M. Nolte et M. Valencia-Ospina, respectivement Président et Vice-Président de la Commission.

La séance est levée à 12 h 45.

3367e SÉANCE

Vendredi 2 juin 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Jalloh, M. Laraba, M. Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Protection de l'atmosphère (*fin*) [A/CN.4/703, partie II, sect. B, A/CN.4/705, A/CN.4/L.894]**

[Point 5 de l'ordre du jour]

Rapport du Comité de rédaction

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le troisième rapport du Comité de rédaction sur le sujet « Protection de l'atmosphère », tel qu'il figure dans le document A/CN.4/L.894.

2. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le rapport contient trois alinéas du préambule et un projet de directive. Le Comité de rédaction a consacré quatre séances − les 18, 19, 22 et 29 mai 2017 − à l'examen des projets de directive que lui a transmis la Commission.

3. M. Rajput dit qu'il tient à rendre hommage au Rapporteur spécial, M. Murase, qui, par sa maîtrise du sujet, son esprit constructif et sa coopération active, a grandement facilité la tâche du Comité de rédaction. Il remercie également les membres du Comité de rédaction de leur précieuse contribution aux résultats obtenus et le secrétariat de son aide inestimable.

4. À sa 3359e séance, le 17 mai 2017, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 9, 10, 11 et 12, tels qu'ils figurent dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/705), en tenant compte du débat qui a eu lieu à la Commission. Dans son résumé du débat, le Rapporteur spécial a proposé de reformuler les projets de directive proposés en tenant compte des différents commentaires formulés en séance plénière, et en particulier de simplifier les projets de directive pour en faire une directive unique.

5. À cette fin, le Comité de rédaction était saisi d'un document de travail contenant les propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son résumé. Après une première série d'observations sur la structure du projet de directives, le Rapporteur spécial a préparé un document de travail révisé qui a servi de base aux discussions au sein du Comité de rédaction. Cette proposition tendait à restructurer encore le projet de directives, en regroupant en un seul paragraphe certains aspects de la relation entre les règles du droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, en particulier du droit commercial international et du droit international de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme. Le texte proposé fonde cette relation sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et sur le droit international coutumier. Il contient un paragraphe distinct relatif à l'interprétation et à l'application des règles pertinentes de droit international en ce qui concerne les droits de l'homme des groupes vulnérables. En outre, dans trois alinéas du préambule distincts, le texte proposé rend compte d'autres éléments ayant trait à l'étroite interaction entre les océans et l'atmosphère, à la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude et aux intérêts des générations futures concernant la conservation à long terme de la qualité de l'atmosphère.

6. Après discussion, le Comité de rédaction a décidé de scinder le premier paragraphe proposé par le Rapporteur spécial dans son document de travail révisé en deux paragraphes, l'un consacré aux règles existantes et l'autre à l'élaboration de nouvelles règles. Le Comité a également modifié le libellé du deuxième paragraphe proposé, qui est devenu le troisième paragraphe du projet de directive 9.

7. Le projet de directive 9 contient trois paragraphes qui visent à refléter le lien entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes. Les deux premiers paragraphes ont une portée générale alors que le troisième met l'accent sur la protection des groupes particulièrement vulnérables à la pollution et à la dégradation atmosphériques. Le sujet à l'examen a trait à la pollution et à la dégradation atmosphériques d'origine humaine. Or les activités menées dans d'autres domaines du droit ont également un effet sur l'atmosphère et sa protection. Le projet de directive 9 énonce les différents procédés prévus en droit international pour faire face aux éventuelles divergences entre principes et règles juridiques, que ces divergences soient une question d'interprétation ou qu'il

* Reprise des débats de la 3354e séance.

** Reprise des débats de la 3359e séance.

y ait véritablement conflit. Pour rédiger le projet de directive, le Comité de rédaction s'est inspiré du rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international[252].

8. Le paragraphe 1 du projet de directive 9 dispose que « [l]es règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris *inter alia* les règles du droit international du commerce et des investissements, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et l'intégration systémique, afin d'éviter les conflits ». Le paragraphe traite de la détermination des règles pertinentes ainsi que de leur interprétation et application. Il est formulé à la voix passive pour refléter le fait que la détermination, l'interprétation et l'application des règles pertinentes relèvent non seulement des États, mais aussi des organisations internationales, selon qu'il convient.

9. Le membre de phrase « y compris *inter alia* les règles du droit international du commerce et des investissements, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme » reflète la préoccupation exprimée au sein du Comité de rédaction concernant, d'une part, la nécessité de souligner l'importance pratique que revêtent ces trois branches du droit pour l'atmosphère et, d'autre part, le risque que d'autres branches du droit, susceptibles d'être tout aussi pertinentes, soient passées sous silence. L'expression « y compris *inter alia* » traduit l'accord obtenu au sein du Comité de rédaction à propos de cette classification « sans préjudice » d'autres disciplines juridiques et indique que la liste des branches du droit à prendre en compte n'est pas exhaustive.

10. Le membre de phrase « devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles » est inspiré des conclusions formulées par le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[253]. Le paragraphe s'applique aux règles découlant des obligations conventionnelles et d'autres sources de droit international. C'est ce qu'indique le terme « déterminées », même si certains membres du Comité de rédaction se sont interrogés sur la nécessité d'une telle précision.

11. La première phrase du paragraphe 1 fait expressément référence aux principes « de l'harmonisation et l'intégration systémique », auxquels une attention particulière est accordée dans les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Selon ces conclusions, le « principe de l'harmonisation » suppose que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles. En outre, le principe de l'intégration systémique signifie que, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et qu'ils doivent donc être interprétés compte tenu des divers règles et principes du droit international.

12. Le membre de phrase « afin d'éviter les conflits » énonce l'un des principaux objectifs de ce paragraphe. Certains membres ont proposé de le placer au début de la phrase mais le Comité de rédaction a décidé de le laisser à la fin pour mieux exprimer la nuance, à savoir que les directives ont plus d'un objectif.

13. La seconde phrase vise à replacer le paragraphe dans le contexte des règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 *c* de l'article 31, et des principes et règles du droit international coutumier. Les « règles et principes du droit international coutumier » sont les règles et principes du droit international coutumier utiles aux fins de la détermination, de l'interprétation et de l'application des règles pertinentes.

14. À la différence du paragraphe 1, le paragraphe 2 traite de la situation des États qui souhaitent élaborer de nouvelles règles, disposant que « [l]es États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse ». Ce paragraphe traduit une volonté générale d'encourager les États qui négocient l'adoption de nouvelles règles à tenir compte du fait que les règles du droit international relatif à l'atmosphère et les autres règles de droit international sont liées les unes aux autres en ce qu'elles font partie d'un seul et même système juridique.

15. Le paragraphe 3 est consacré aux personnes placées dans une situation vulnérable du fait de la pollution et de la dégradation atmosphériques. Reformulé pour faire expressément mention de ces deux fléaux, il dispose qu'aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des petits États insulaires et de faible élévation touchés par l'élévation du niveau de la mer.

16. La référence aux paragraphes 1 et 2 renvoie tant à la détermination, l'interprétation et l'application des règles applicables qu'à l'élaboration de nouvelles règles. La fin de la première phrase, à partir des mots « devraient prêter une attention particulière » souligne l'importance qu'il convient d'accorder à la situation de ces personnes et groupes au regard des deux aspects du sujet, à savoir la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Il a été jugé bon de ne pas faire référence aux « droits de l'homme », ni même tout simplement à des « droits » ou à des « intérêts légitimes ». La seconde phrase du paragraphe 3 donne des exemples de groupes susceptibles de se trouver en situation de vulnérabilité, même si les mots « *inter alia* » indiquent que les exemples donnés ne constituent pas nécessairement une liste exhaustive. Le commentaire explicitera les exemples donnés dans cette phrase tout en en citant d'autres, notamment les communautés locales, les migrants, les femmes, les enfants, les

[252] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

[253] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

personnes handicapées, sur le modèle du préambule de l'Accord de Paris, ainsi que les personnes âgées.

17. Certains membres ont émis des réserves portant non seulement sur les différentes directives initialement proposées par le Rapporteur spécial mais aussi sur le fait que les questions abordées soient regroupées dans une seule directive. D'autres se sont dits préoccupés par le champ d'application du projet de directive, en particulier par l'absence de toute référence à l'objectif visé, par exemple la protection de l'atmosphère ou la réalisation d'un développement durable.

18. Le titre du projet de directive, « Relations entre règles pertinentes », montre qu'il est question des relations entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère, d'une part, et diverses autres règles de droit international, d'autre part.

19. En ce qui concerne les trois alinéas du préambule, M. Rajput dit que l'alinéa 3 *bis* sera placé après le troisième alinéa déjà adopté provisoirement par la Commission[254]. Cette disposition reconnaît l'existence d'un rapport physique entre l'atmosphère et les océans. Le Comité de rédaction n'a apporté aucune modification au texte proposé par le Rapporteur spécial. La relation entre l'atmosphère et les océans étant cyclique et complexe, la Commission constate simplement dans cet alinéa qu'il existe une étroite interaction entre les deux.

20. L'alinéa 4 *bis* du préambule sera placé après le quatrième alinéa du préambule déjà adopté provisoirement par la Commission. Il est libellé comme suit : « *Conscients également*, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer, ». Cet alinéa a trait aux personnes et groupes en situation de vulnérabilité mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9. En employant le mot « surtout », la Commission a voulu reconnaître que certaines régions étaient dans une situation particulière sans pour autant exclure la possibilité que d'autres régions soient touchées. Dans sa proposition initiale, le Rapporteur spécial faisait référence aux notions de délimitation, de perte éventuelle du statut d'État et de migration environnementale. Le Comité de rédaction a décidé de raccourcir et de simplifier le texte, en proposant le membre de phrase « du fait de l'élévation du niveau de la mer », solution qui a semblé convenir puisque le projet de directives ne donne aucune orientation sur la manière dont il faudrait traiter ces trois questions complexes sous l'angle du sujet à l'examen dans un alinéa du préambule.

21. Le sixième alinéa du préambule sera placé après le cinquième alinéa du préambule déjà adopté provisoirement par la Commission. Il se lit comme suit : « *Constatant* qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère, ». Le Comité de rédaction n'a apporté aucune modification au texte proposé par le Rapporteur spécial. Il a été rappelé que la Commission s'était fondée sur des considérations d'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle pour élaborer le projet de directive 6 relatif à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère[255].

22. En conclusion, M. Rajput dit qu'il espère que la Commission sera en mesure d'adopter provisoirement les trois alinéas du préambule et le projet de directive 9, tels qu'ils ont été présentés.

23. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder à l'adoption des trois alinéas du préambule et du projet de directive 9, tels qu'adoptés provisoirement par le Comité de rédaction.

Alinéas du préambule

Les alinéas du préambule sont adoptés.

Projet de directive 9

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

24. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ fait observer que, dans la version anglaise, il conviendrait d'employer l'expression *indigenous peoples* au lieu d'*indigenous people*, comme dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[256], entre autres documents.

25. M. PARK dit que, même s'il n'est pas opposé à l'adoption du paragraphe 3, il a le sentiment que le Comité de rédaction, dont il a fait partie, n'a pas vu qu'il y avait une incohérence entre le paragraphe 3 du projet de directive 9 et l'alinéa 4 *bis* du préambule. Le premier fait référence aux « populations des petits États insulaires et de faible élévation touchés par l'élévation du niveau de la mer », le second aux « zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement », ce qui est très différent. Il s'agit à la fois d'une question de forme et d'une question de fond. Lors des discussions au sein du Comité de rédaction, la terminologie retenue à l'alinéa 4 *bis* du préambule a été examinée en détail sur la base d'une proposition de Mme Oral, mais le paragraphe 3 du projet de directive 9 a bénéficié de moins d'attention. Cette question pourrait être réglée au cours du « toilettage » ou en séance plénière.

26. M. MURASE (Rapporteur spécial) fait observer que, puisque l'alinéa 4 *bis* du préambule porte sur des questions liées à l'élévation du niveau de la mer et le paragraphe 3 du projet de directive 9 sur les droits de l'homme − quoique de manière non explicite −, le contexte n'est pas le même dans les deux cas. Le Comité de rédaction a consacré un temps considérable à l'examen des termes à employer à l'alinéa 4 *bis* du préambule, et il a finalement décidé d'exprimer une ambiguïté constructive, par l'expression « zones côtières de faible élévation ». M. Murase ne souhaite pas, à ce stade, rouvrir le débat sur cette question, mais il pourra bien entendu rendre compte des points soulevés au sein du Comité de rédaction dans les commentaires qu'il rédigera avant la seconde partie de la session.

[254] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 184 (projet de préambule).

[255] Ibid., p. 189 (projet de directive 6).

[256] Résolution 61/295, annexe. Adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007.

27. M. NGUYEN dit qu'il partage les préoccupations de M. Park au sujet de la différence entre les expressions « zones côtières de faible élévation » et « États de faible élévation », et qu'il n'est pas convaincu par le raisonnement du Rapporteur spécial au sujet des différences de contexte. Pour les petits États insulaires, les États de faible élévation et les zones côtières de faible élévation des États côtiers, les conséquences des migrations, des pénuries alimentaires et de la perte de terres due à l'élévation du niveau de la mer sont les mêmes puisque, dans chaque cas, des questions relatives aux droits de l'homme sont en jeu. M. Nguyen propose donc de modifier le paragraphe 3 du projet de directive 9 en y insérant le terme « zones côtières de faible élévation », qui englobe à la fois les États de faible élévation et les zones côtières de faible élévation faisant partie d'un État.

28. M^me^ ORAL dit qu'elle partage l'avis de M. Park au sujet du manque de cohérence dans les choix terminologiques. Les termes employés au paragraphe 3 du projet de directive 9 ne correspondent pas à ceux consacrés par l'usage, notamment ceux retenus dans l'Accord de Paris lui-même, dont le Comité de rédaction s'est inspiré. Dans sa version actuelle, le paragraphe 3 du projet de directive 9 risque de prêter à confusion, et il faudra peut-être le modifier au moment du « toilettage » pour assurer une certaine cohérence.

29. M. TLADI dit que les points soulevés par M. Park, M^me^ Oral et M. Nguyen, qu'il tend à rejoindre, ne sauraient être réglés par un simple « toilettage ».

30. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit qu'avant de se pencher sur les alinéas du préambule le Comité de rédaction n'a pas eu la possibilité d'examiner en détail le paragraphe 3 du projet de directive 9 et qu'il n'y est pas revenu par la suite. Il convient que la question nécessite plus qu'un simple « toilettage ». Les mots « zones côtières de faible élévation » ont été insérés délibérément dans le préambule en vertu d'un consensus qui s'était dégagé au sein du Comité de rédaction, parce qu'ils ont une portée très générale. Le Rapporteur spécial pourrait donc envisager de reprendre les termes employés dans le préambule au paragraphe 3 du projet de directive 9. La fin de la dernière phrase du paragraphe 3 se lirait alors comme suit : « les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer ».

31. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve la proposition de M. Rajput.

32. Le PRÉSIDENT, relevant que l'alinéa 4 *bis* du préambule contient la formule « du fait de l'élévation du niveau de la mer », alors que le paragraphe 3 du projet de directive 9 dit « touchés par l'élévation du niveau de la mer », demande s'il serait possible d'harmoniser la terminologie et, dans l'affirmative, quelle serait la formule à retenir.

33. M. TLADI dit qu'il y a une différence de contexte dans la mesure où l'alinéa 4 *bis* du préambule renvoie à la situation particulière des États eux-mêmes tandis que le paragraphe 3 du projet de directive 9 a trait aux conséquences de l'élévation du niveau de la mer pour les populations. Il ne voit donc aucune raison de modifier le libellé en question.

Le paragraphe 3, tel que modifié, est adopté.

Le projet de directive 9 est adopté.

34. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur la protection de l'atmosphère dans son intégralité, tel qu'il figure dans le document A/CN.4/L.894.

Il en est ainsi décidé.

35. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial rédigera des commentaires qui seront incorporés dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-neuvième session.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

36. Le PRÉSIDENT attire l'attention des membres de la Commission sur le programme de travail proposé pour les deux premières semaines de la seconde partie de la soixante-neuvième session de la Commission, qui se tiendra du 3 juillet au 4 août 2017. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le programme tel que proposé.

Il en est ainsi décidé.

37. Après le traditionnel échange de félicitations et de remerciements, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la première partie de la soixante-neuvième session.

La séance est levée à 10 h 55.

[*] Reprise des débats de la 3365^e^ séance.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION

tenue à Genève du 3 juillet au 4 août 2017

3368e SÉANCE

Lundi 3 juillet 2017, à 15 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (*fin**) [A/CN.4/703, partie II, sect. G]

[Point 9 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT, après avoir souhaité la bienvenue aux participants au Séminaire de droit international, appelle l'attention sur la publication, en anglais, de la neuvième édition des volumes I et II de *La Commission du droit international et son œuvre*[257]. Au début de chaque quinquennat, la Division de la codification actualise cet ouvrage, qui vise à donner un aperçu général des travaux de la Commission et à présenter les principaux instruments qui en sont issus. Les conventions multilatérales et les textes élaborés par la Commission sont reproduits dans le volume II.

Jus cogens[258] (A/CN.4/703, partie II, sect. C[259], A/CN.4/706[260])

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

2. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial pour le sujet « *Jus cogens* » à présenter son deuxième rapport (A/CN.4/706).

3. M. TLADI (Rapporteur spécial) dit qu'il partage la frustration exprimée par M. Murase lors de la première partie de la session quant à la manière dont il a été traité par le Secrétariat en ce qui concerne la longueur de son quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/705)[261]. L'orateur indique que son propre rapport, sur le *jus cogens*, respecte la limite des 50 pages, puisqu'il comporte 47 pages, mais que, tout comme M. Murase, il a reçu un courrier électronique le priant d'abréger son rapport et l'informant des frais associés à l'édition des documents, comme si ses rapports constituaient un fardeau pour le Secrétariat. Il tient à exprimer son profond mécontentement et espère ne jamais plus recevoir de telles communications.

4. Le deuxième rapport sur le *jus cogens* comporte trois sections de fond : « Examen antérieur du sujet », « Critères du *jus cogens* » et « Propositions ». S'agissant de l'examen antérieur du sujet, trois points méritent d'être soulignés. Premièrement, de l'avis général, il fallait modifier le titre du sujet. Deuxièmement, la Commission s'est montrée inhabituellement unie pour rejeter le projet de conclusion 2[262]. Le Rapporteur spécial indique que, bien qu'il ait accepté de le retirer, il se demande maintenant s'il a bien

---

* Reprise des débats de la 3366e séance.

[257] *The Work of the International Law Commission*, 9e éd., vol. I et II (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.17.V.2).

[258] À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « *Jus cogens* » et de nommer M. Dire D. Tladi Rapporteur spécial pour le sujet [*Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 286]. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial [*Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 191, par. 98, et ibid, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693 (premier rapport)].

[259] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[260] Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie).

[261] Voir *supra* la 3349e séance, par. 17.

[262] Pour le projet de conclusion 2 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

fait. Ce projet de conclusion ne fait qu'énoncer un principe fondamental, à savoir que les normes du *jus cogens* sont une exception à la règle générale selon laquelle les règles du droit international relèvent du *jus dispositivum*. Cette distinction est omniprésente dans la pratique des États, la jurisprudence des juridictions internationales, la doctrine et les travaux de la Commission elle-même, et la raison pour laquelle elle est controversée n'est pas claire. Le Rapporteur spécial indique qu'il a donc l'intention de présenter de nouveau ce projet de conclusion, peut-être quelque peu remanié, dans un prochain rapport.

5. Troisièmement, la divergence de vues la plus marquée, tant à la Commission qu'à la Sixième Commission, concernait le projet de conclusion 3[263], en particulier son paragraphe 2, qui expose les trois caractéristiques fondamentales des normes du *jus cogens* : elles protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et elles sont universellement applicables. Le Rapporteur spécial indique qu'il demeure stupéfait que quiconque à la Commission puisse contester ces trois points fondamentaux – la grande majorité des membres ont approuvé le projet de conclusion 3 et son renvoi au Comité de rédaction.

6. Le Rapporteur spécial dit que dans un prochain rapport, qui traitera de questions diverses, il présentera une proposition sur le point de savoir si une liste indicative de normes du *jus cogens* doit être établie et qu'il souhaiterait que les nouveaux membres de la Commission donnent leur opinion à cet égard.

7. Le rapport à l'examen porte sur les critères applicables pour identifier les normes du *jus cogens* et prend l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) comme point de départ pour déterminer quels sont ces critères. L'article 53, qui définit le *jus cogens*, stipule que la définition qu'il en donne est uniquement aux fins de la Convention elle-même. Il n'est toutefois pas exact que cela implique, comme on a pu le dire, que les travaux de la Commission sur le sujet ne portent que sur le droit conventionnel. L'article 53 contient deux critères cumulatifs : la norme en question doit être une norme du droit international général, et elle doit être acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Ces deux critères sont énoncés dans le projet de conclusion 4.

8. Ayant défini les deux critères permettant d'identifier les normes du *jus cogens*, le Rapporteur spécial évalue dans son rapport le contenu du premier, qui fait l'objet du projet de conclusion 5. La notion de « droit international général » au sens de l'article 53 renvoie aux règles du droit international qui sont applicables à tous. Le droit international coutumier constitue l'exemple le plus typique de normes du droit international général, et la plupart des auteurs associent expressément droit international coutumier et *jus cogens*. C'est pourquoi le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 dispose que le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation du *jus cogens*. Cela signifie non que le processus de cette formation est le même que celui de la formation du droit international coutumier, mais que le droit international coutumier peut être élevé au statut de *jus cogens*. On a demandé qu'il soit tenu compte de la relation entre le *jus cogens* et le droit international coutumier, or c'est exactement ce que fait le paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

9. Des auteurs ont fait valoir qu'une norme ne pouvait devenir impérative que par le biais du droit international coutumier, mais les principes généraux de droit, au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, relèvent manifestement du droit international général. S'il n'y a guère de pratique effective en la matière, il serait étrange d'interpréter l'expression « droit international général » comme excluant les principes généraux de droit. Ces derniers doivent donc être mentionnés dans le projet de conclusions, mais en termes moins absolus que le droit international coutumier. C'est pourquoi le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 dispose que les principes généraux de droit « peuvent également servir de fondement » à des normes de *jus cogens*.

10. Habituellement, les traités ne sont pas généralement applicables. Si le droit conventionnel n'est normalement pas considéré comme le fondement de normes du *jus cogens*, il peut être pertinent pour identifier de telles normes. De plus, il est généralement admis qu'une règle conventionnelle peut codifier une règle du droit international général. C'est pourquoi le paragraphe 4 du projet de conclusion 5 indique qu'une disposition conventionnelle « peut refléter une norme du droit international général » apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens*.

11. Les projets de conclusions 6 à 9 concernent le second critère, à savoir que la norme en question « doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Le projet de conclusion 6 expose le contexte général, son paragraphe 1 venant rappeler que toutes les normes du droit international général ne sont pas des normes du *jus cogens* : elles le deviennent lorsqu'elles satisfont aux critères de l'acceptation et de la reconnaissance. Le paragraphe 2 souligne que ce qui est pertinent à cette fin est l'opinion de la communauté des États dans son ensemble – la position collective des États, non leurs positions individuelles.

12. Le contexte général ayant été exposé dans le projet de conclusion 6, le projet de conclusion 7 indique par qui la norme en question doit être acceptée et reconnue. Il ressort des comptes rendus de séance de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités que les rédacteurs de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ont voulu attribuer aux États un rôle décisif dans l'identification de normes en tant que normes du *jus cogens*. De plus, la jurisprudence des juridictions internationales continue d'associer cette identification aux États. Ainsi, ce sont les vues des États, envisagées collectivement, qui sont pertinentes en la matière, et telle est l'idée exprimée au paragraphe 3 du projet de conclusion 7. Son paragraphe 2 souligne le rôle central de la communauté internationale des États sans exclure que d'autres entités puissent intervenir dans l'identification des règles de droit.

13. Pour qu'une norme soit considérée comme relevant du *jus cogens*, elle doit être acceptée et reconnue comme

[263] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir ibid.

ayant une qualité particulière, à savoir qu'aucune dérogation n'y est permise. Ce n'est toutefois pas le seul fait qu'aucune dérogation n'est permise qui importe, mais la reconnaissance et l'acceptation de ce fait, désignées dans la doctrine par l'expression *opinio juris cogentis*. Le caractère particulier de l'acceptation et de la reconnaissance aux fins du *jus cogens* est exprimé au paragraphe 1 du projet de conclusion 8. La preuve de cette acceptation et de cette reconnaissance doit également être rapportée, comme l'indique le paragraphe 2.

14. La nature des documents pouvant constituer cette preuve fait l'objet du projet de conclusion 9. Dans son rapport, le Rapporteur spécial conclut que des documents très divers peuvent attester qu'une norme est acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Ces documents sont comparables à ceux pouvant être invoqués comme preuve de l'acceptation comme étant le droit. L'idée que les documents pertinents peuvent revêtir des formes diverses est exprimée au paragraphe 1 du projet de conclusion 9, et une liste de documents, inspirée de celle des documents pouvant être invoqués pour prouver l'acceptation comme étant le droit, figure au paragraphe 2.

15. Les jugements et décisions des cours et tribunaux internationaux peuvent servir de preuve secondaire de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et c'est ce qu'indique le paragraphe 3 du projet de conclusion 9. Les travaux de la Commission elle-même – dans le cadre desquels la liste la plus autorisée des normes relevant du *jus cogens* a été établie – ainsi que la doctrine et les travaux d'organes d'experts peuvent être utiles pour évaluer le poids à accorder aux documents principaux. Le rôle des documents secondaires fait l'objet du paragraphe 4 du projet de conclusion 9.

16. Au paragraphe 90 du rapport, il est proposé de modifier l'intitulé du sujet, qui deviendrait « Normes impératives du droit international », une proposition qui a pratiquement fait l'unanimité à la session précédente. L'une des principales raisons avancées était la nécessité d'assurer la cohérence avec l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, ce qui implique toutefois d'ajouter le mot « général ». Le nouveau titre serait donc « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

17. Bien qu'on ait dit à la session précédente que les projets de conclusion allaient trop loin ou, au contraire, qu'ils n'allaient pas assez loin, en réalité ils reflètent la pratique, la jurisprudence internationale et la doctrine. Le Rapporteur spécial exprime l'espoir que les membres de la Commission accepteront d'avancer dans cette direction.

La séance est levée à 15 h 45.

3369e SÉANCE

Mardi 4 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du deuxième rapport établi par le Rapporteur spécial sur le *jus cogens* (A/CN.4/706).

2. M. MURASE dit qu'il tient à remercier le Rapporteur spécial pour son rapport bien documenté sur un sujet difficile et théorique. Certaines des hypothèses et conclusions formulées dans le rapport posent toutefois problème. Pour décrire et caractériser les normes de *jus cogens* le Rapporteur spécial a mis en évidence trois éléments qui ne semblent pas correspondre aux critères normatifs employés pour définir ces normes, à savoir le fait qu'elles protègent des « valeurs fondamentales » et qu'elles sont « hiérarchiquement supérieures » et d'« application universelle ». Ces trois caractéristiques ne sont pas correctement définies et sont employées de manière presque interchangeable, ce qui donne aux arguments du Rapporteur spécial un caractère circulaire. Par ailleurs, le Rapporteur spécial ne cite aucun exemple concret de formation et d'identification du *jus cogens*, et les arguments extrêmement abstraits qu'il avance sont difficiles à comprendre.

3. Bien que nul ne conteste ouvertement l'existence du *jus cogens*, il semble y avoir un scepticisme généralisé à son égard. Dans son rapport, le Rapporteur spécial dit, en substance, que les normes du *jus cogens* : *a*) reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble ; *b*) sont des normes de droit international général hiérarchiquement supérieures qui ne souffrent aucune dérogation ; *c*) sont acceptées et reconnues en tant que normes du *jus cogens* par la communauté internationale des États dans son ensemble. Le Rapporteur spécial souligne que la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, notamment les tribunaux internes, renvoient à ces trois notions. Malheureusement, lorsqu'elles font référence aux normes du *jus cogens*, ces juridictions ne précisent pas le sens des expressions « droit international général », « hiérarchiquement supérieures », « valeurs fondamentales », « acceptation et reconnaissance » ou « communauté internationale (des États) dans son ensemble ». Elles ne sont pas tenues d'expliquer leurs décisions, dont il ressort implicitement du rapport qu'il faudrait les accepter aveuglément. Or, tant que le sens des notions pertinentes n'aura pas été défini, la Commission ne pourra pas sortir du raisonnement circulaire développé dans le rapport.

4. M. Murase doute de l'utilité d'introduire la notion de « valeurs fondamentales » en droit international étant

donné qu'elle est étrangère au droit et que sa définition ne relève pas du mandat de codification et de développement progressif du droit international confié à la Commission. Le droit interne repose sur une valeur essentielle à laquelle un État donné adhère et qui constitue l'assise de sa norme constitutionnelle fondamentale. En revanche, le droit international est fondé sur une multitude de systèmes de valeurs. Chaque État crée son propre système de valeurs et, en principe, il n'existe pas de valeurs uniformes au sein de la communauté internationale, qui se compose d'États souverains.

5. Néanmoins, certaines valeurs fondamentales en matière de politique publique sont nécessaires pour établir l'existence du *jus cogens*, une tâche complexe pour un juriste international positiviste. M. Murase se demande si c'est en raison de son attachement au positivisme que le Rapporteur spécial ne mentionne pas les valeurs fondamentales parmi les critères normatifs d'identification du *jus cogens* qu'il a retenus, les qualifiant simplement d'éléments « descriptifs » tout en relevant que l'idée selon laquelle les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale constitue une théorie « prédominante ». Pour M. Murase, les valeurs fondamentales sont essentielles à l'identification des normes du *jus cogens* et ne sauraient être considérées comme étant simplement des éléments descriptifs.

6. Dans les commentaires des projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[264], la Commission a fait mention des « intérêts essentiels de la communauté internationale[265] » et du caractère « essentiel[266] » des normes impératives, et a évité d'employer l'expression « valeurs fondamentales ». Il pourrait être indiqué d'utiliser la formulation retenue dans ces commentaires pour exposer les critères normatifs d'identification du *jus cogens* dans le projet de conclusion 4.

7. La question s'est posée de savoir ce que signifie l'expression « droit international général », qui n'est pas définie dans le rapport. Selon le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, les normes de droit international général sont des normes dont « le champ d'application est général », or il en va de même des normes du droit international coutumier. D'ailleurs, pour de nombreux experts, les expressions « droit international général » et « droit international coutumier » sont synonymes. Il importait que le Rapporteur spécial démontre la supériorité hiérarchique des normes du droit international général par rapport à d'autres normes du droit international, mais il n'y parvient pas dans son rapport. Au paragraphe 51, le Rapporteur spécial renvoie aux conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[267] ; or le Groupe d'étude n'a pas pris position quant à la définition du « droit international général », affirmant même qu'il n'existait pas de « définition acceptée[268] » de cette notion.

8. Au paragraphe 43 de son rapport, le Rapporteur spécial dit que « [l]a manifestation la plus évidente du droit international général est le droit international coutumier ». M. Murase pense toutefois que le Rapporteur spécial ne voulait pas dire que ces deux notions étaient équivalentes. Le Rapporteur spécial ajoute que le droit conventionnel, en tant que *lex specialis*, n'est pas en lui-même considéré comme du droit international général. Si le droit international général n'est ni du droit international coutumier ni du droit conventionnel, cela signifie-t-il qu'il constitue une troisième source de droit international ? Fait-il partie du droit international positif ou s'apparente-t-il davantage au droit naturel ? Celui-ci étant défini comme un droit de rang supérieur, est-il possible d'envisager l'existence d'un droit de rang supérieur qui s'inscrirait dans le droit international positif ?

9. Au paragraphe 18, le Rapporteur spécial dit qu'il « n'entend pas résoudre la controverse opposant l'école jusnaturaliste à l'école positiviste ni adopter une approche plutôt qu'une autre ». M. Murase pense toutefois que la Commission ne pourra même pas entamer l'examen du sujet tant que le Rapporteur spécial n'aura pas décidé de l'approche à adopter. Si le Rapporteur spécial est un tenant de l'école positiviste, il devrait trouver les moyens de situer la notion de « droit de rang supérieur » dans les limites du droit international positif.

10. Si intéressant soit-il, le processus en deux étapes que propose le Rapporteur spécial pour décrire la formation du *jus cogens* est quelque peu artificiel. Le rapport ne montre pas clairement si le Rapporteur spécial songe à un processus sociologique qui aboutirait à la formation d'une norme de *jus cogens* ou simplement à un raisonnement juridique. Dans la première hypothèse, une étude empirique est nécessaire pour faire la démonstration du processus, ce qui semble impliquer une double prise en compte de la documentation permettant de déterminer le droit international coutumier. Dans la seconde hypothèse, le Rapporteur spécial devrait expliquer pour quelle raison logique une règle coutumière ordinaire doit être élevée au rang de norme de *jus cogens*. Après tout, l'existence d'une hiérarchie en droit international positif n'a jamais été démontrée, et il n'a pas été prouvé que le droit international était organisé selon la même structure pyramidale que le droit interne. La théorie de la hiérarchie des normes formulée par Hans Kelsen ne s'applique pas au droit international, qui est fondé sur l'égalité d'États souverains.

11. Compte tenu de ce qui précède, il est difficile d'accepter la référence que fait le Rapporteur spécial aux « principes généraux de droit » mentionnés au paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, principes que le Rapporteur spécial qualifie de « source du droit international ». À moins que la Commission n'adopte une approche jusnaturaliste dans son étude du sujet, ces principes devraient être considérés comme découlant du droit interne.

[264] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[265] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 59 (paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 12).

[266] Voir ibid., p. 119 (paragraphe 4 du commentaire relatif au chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles).

[267] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

[268] Ibid., p. 187, note de bas de page 976.

12. Selon l'interprétation que M. Murase fait du paragraphe 1 de l'Article 38, les principes généraux de droit auxquels renvoie l'alinéa *c* ne peuvent constituer une source du droit international, à la différence du droit conventionnel et du droit international coutumier, mentionnés aux alinéas *a* et *b*. L'alinéa *c* doit être interprété de manière logique, conformément au principe d'efficacité, de sorte qu'il n'y ait pas de chevauchement avec les alinéas *a* et *b*. En conséquence, il faut considérer que les principes généraux de droit découlent du droit interne et sont généralement applicables entre les parties. Dans cette perspective, l'élévation d'un principe de droit interne au rang de *jus cogens* supposerait un processus en trois étapes au cours duquel le principe de droit interne deviendrait d'abord un principe général de droit, puis un principe général de droit international coutumier et enfin un principe du *jus cogens*. Cet argument est toutefois trop artificiel.

13. Bien que le Rapporteur spécial ait dit que les rédacteurs du projet qui est devenu l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) avaient considéré que les principes généraux de droit relevaient du droit international général, le fait est que la référence aux principes généraux de droit a été finalement abandonnée faute de consensus à leur sujet et en raison du risque de confusion. M. Murase pense que la Commission devrait s'abstenir de faire référence aux principes généraux de droit dans le cadre de son examen du *jus cogens*. En tout état de cause, le projet de conclusion 5 doit être dûment étayé et justifié.

14. M. Murase nourrit en outre des réserves à propos de l'expression « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Le Rapporteur spécial renvoie à l'« opinion » de la communauté internationale au paragraphe 2 du projet de conclusion 6 et à l'« attitude » des États au paragraphe 1 du projet de conclusion 7, mais les opinions peuvent évoluer et les attitudes sont toujours ambiguës.

15. Il semble que, pour le Rapporteur spécial, l'acceptation et la reconnaissance exigent des États un niveau d'engagement très inférieur à celui que suppose le consentement, or les obligations découlant du *jus cogens* imposent aux États une lourde charge qui devrait logiquement les contraindre à exprimer leur consentement de manière beaucoup plus explicite que dans le cadre d'un traité « habituel » ou du droit coutumier. Le projet de conclusion 7 dispose toutefois que « [l]'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes » et que « [l]'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise ». M. Murase dit qu'il préférerait une formulation plus équilibrée qui exigerait le consentement de la quasi-totalité des États pour qu'une norme du *jus cogens* soit identifiée en tant que telle.

16. Au paragraphe 2 du projet de conclusion 9, le Rapporteur spécial énumère les documents susceptibles de fournir la preuve de l'existence d'une norme de *jus cogens*. Or, ces documents sont les mêmes que ceux permettant de déterminer une règle coutumière ordinaire. Si la Commission souhaite prouver qu'une règle donnée a été élevée au rang de norme de *jus cogens*, elle doit utiliser des documents de nature différente afin d'éviter qu'un même document ne soit pris en compte deux fois.

17. M. Murase ne voit aucune objection à ce que l'intitulé du sujet devienne « Normes impératives » suivi de l'expression « *jus cogens* » entre parenthèses, mais nourrit quelques réserves à propos de la référence au « droit international ». Dans son premier rapport[269], le Rapporteur spécial s'était intéressé exclusivement au *jus cogens* dans le contexte du droit des traités, raison pour laquelle M. Murase avait proposé comme intitulé « Le *jus cogens* dans le droit des traités ». Cependant, si le Rapporteur spécial a l'intention de traiter le sujet en se plaçant également dans la perspective de la responsabilité de l'État, M. Murase préférerait un intitulé comprenant les expressions « en droit international » ou « en droit international général », ce qui nécessiterait de préciser au préalable le sens de « droit international général ».

18. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial dit que la question de la responsabilité de l'État sera traitée dans le contexte des effets ou des conséquences du *jus cogens*. M. Murase est d'avis qu'il faut examiner le droit de la responsabilité de l'État non seulement dans le contexte des effets et des conséquences du *jus cogens*, mais aussi dans le cadre des critères d'identification du *jus cogens*, de sa définition et de son contenu. Par exemple, contrairement au droit conventionnel, le droit de la responsabilité de l'État n'exige pas nécessairement qu'une norme soit hiérarchiquement supérieure à une autre pour qu'elle ait le statut de *jus cogens*. De plus, en droit conventionnel, l'effet de la violation d'une norme de *jus cogens* est simplement de rendre nul et non avenu tout accord conclu par les parties, alors qu'en droit de la responsabilité de l'État l'effet d'une telle violation est plus vaste et inclut des réparations et des contre-mesures. Il est donc nécessaire que le Rapporteur spécial et la Commission élaborent un concept intégré de *jus cogens* englobant ces deux branches du droit international.

19. M. Murase approuve le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction qui, il l'espère, prendra pleinement en considération les opinions exprimées en séance plénière.

20. M. RAJPUT dit que le *jus cogens* est une règle de droit international qui revêt à la fois une dimension affective et une importance pratique. D'un certain point de vue, c'est un moyen de défendre les valeurs fondamentales de la communauté internationale, même lorsque certains États ou autres acteurs souhaiteraient agir différemment. D'un autre point de vue toutefois, toute règle de droit déclarée comme relevant du *jus cogens* prend le pas sur le consentement de l'État. Même si certains universitaires dénoncent le caractère consensuel du droit international, cette caractéristique ne saurait être remise en cause et elle continue de définir les relations internationales actuelles. La nature consensuelle du droit international permet non seulement d'assurer le respect et l'acceptabilité des normes juridiques, mais aussi de protéger les États plus petits et plus faibles en leur donnant un rôle égal à celui des autres États dans la définition et l'élaboration des principes juridiques, qui régissent l'ordre juridique international. Si l'approche adoptée pour déclarer qu'une norme relève du *jus cogens* était trop souple et n'était pas suffisamment étayée par la pratique des États,

[269] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693 (premier rapport).

cela aurait inévitablement pour effet de permettre aux États récalcitrants de nier l'existence d'obligations internationales, en particulier d'obligations conventionnelles, qu'ils auraient clairement et directement consenti à respecter. En revanche, une approche excessivement rigide pourrait rendre impossible l'identification des normes du *jus cogens*. Tout travail sur le *jus cogens* doit parvenir à un juste équilibre entre la flexibilité de l'identification et la nature consensuelle du droit international. M. Rajput tient à féliciter le Rapporteur spécial d'avoir atteint cet objectif dans son deuxième rapport très fouillé.

21. L'origine de la théorie du *jus cogens* est attribuée à la tradition jusnaturaliste mais cette théorie est bien reconnue et acceptée par la doctrine du droit international et, par conséquent, elle est mise en œuvre dans la pratique. Par leur pratique, la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales ont confirmé l'existence, la teneur et l'application du *jus cogens* en droit international. En dépit de la distinction établie entre l'origine jusnaturaliste du *jus cogens* et la pratique doctrinale, M. Rajput approuve la décision du Rapporteur spécial de ne pas s'engager dans le débat sur le droit naturel et le droit doctrinal. La notion de *jus cogens* doit être traitée telle qu'elle est, en particulier telle qu'elle apparaît dans la littérature juridique et telle qu'elle ressort de la pratique des États et des tribunaux.

22. S'il ne souhaite pas rouvrir d'anciens débats, M. Rajput est convaincu qu'il existe inéluctablement un lien entre le projet de conclusion 3[270], proposé dans le premier rapport, et l'aboutissement du deuxième rapport, en particulier les projets de conclusions 4 à 8. Le Rapporteur spécial dit clairement au paragraphe 3 de son deuxième rapport que ce document a pour objet d'« examiner les critères d'identification du *jus cogens* », tandis que le projet de conclusion 3 est intitulé « Nature générale des normes du *jus cogens* ». Le Rapporteur spécial semble vouloir que le projet de conclusion 3 et les projets de conclusions 4 à 8 reflètent, respectivement, la nature générale des normes du *jus cogens* et les critères d'identification de ces normes. Si la distinction théorique entre les deux notions peut se comprendre, son utilité pratique n'est pas évidente. Une disposition relative à la nature générale du *jus cogens* est tout simplement source de confusion. Si les critères d'identification sont définis aux projets de conclusions 4 à 8, et que les conséquences des instruments ou des actes contraires au *jus cogens* doivent être traitées dans le troisième rapport, M. Rajput s'interroge sur la nécessité de prévoir un projet de conclusion 3 sur la nature générale des normes du *jus cogens*. Il demande si, dans la pratique, lorsqu'un organe juridictionnel ou autre doit se prononcer sur l'existence d'une norme du *jus cogens*, il doit examiner la nature de la norme, les critères de son identification ou le tout. Le texte du paragraphe 1 du projet de conclusion 3 n'est pas très différent de celui du projet de conclusion 4 *a* mais le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 contient une référence importante à la supériorité normative du *jus cogens*. Cette mention pourrait figurer dans le préambule si le Rapporteur spécial souhaite en rédiger un, mais si la Commission veut qu'elle apparaisse dans le texte, elle pourrait figurer dans le troisième rapport.

23. Le projet de conclusion 4 énumère les critères d'identification des normes du *jus cogens* et les projets de conclusions 5 à 8 analysent chacun de ces critères l'un après l'autre, mais le lien entre la teneur du projet de conclusion 4 et les descriptions données aux projets de conclusions 5 à 8 devrait être explicité. Par exemple, le projet de conclusion 4 *a* pourrait être reformulé comme suit : « Il doit s'agir d'une norme du droit international général, selon la définition qui en est donnée au projet de conclusion 5. » Des modifications similaires pourraient être apportées aux autres projets de conclusion.

24. M. Rajput est d'accord avec le Rapporteur spécial pour ce qui est de la teneur du projet de conclusion 4, qui rend parfaitement l'esprit de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et des travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Sur le plan rédactionnel, il souhaiterait proposer un libellé moins verbeux où, dans le chapeau, l'expression « Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens* » serait remplacée par « Pour identifier une norme de *jus cogens* ». Il approuve la manière dont les critères du *jus cogens* sont décrits aux paragraphes 31 à 39 du rapport, et en particulier l'idée que les deux premiers éléments de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 − le fait que la norme pertinente doit être une norme du droit international général, et qu'elle doit être reconnue et acceptée en tant que norme à laquelle il n'est pas permis de déroger − sont des critères appropriés pour l'identification des normes du *jus cogens*.

25. M. Rajput convient que le droit international coutumier et les principes généraux de droit peuvent constituer le fondement d'une norme de *jus cogens* mais conteste l'idée qu'une disposition conventionnelle ne puisse en faire autant ou uniquement à titre subsidiaire. Au projet de conclusion 5, le Rapporteur spécial semble établir une hiérarchie des sources du *jus cogens* constituée, dans un ordre d'importance décroissant, par le droit international coutumier, les principes généraux de droit et les dispositions conventionnelles, tout en mettant différemment l'accent sur chacune des sources. Une telle hiérarchie n'est pas nécessaire car, pour qu'une norme soit considérée comme relevant du *jus cogens*, son existence doit être établie et son degré de développement doit être suffisant dans chacune de ces trois sources.

26. Lorsqu'il explique pour quelles raisons il établit une telle hiérarchie, le Rapporteur spécial indique, aux paragraphes 40 à 59 de son rapport que, dans les conclusions de ses travaux qui avaient été adoptées par la Commission en 2006, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international avait fait observer qu'il n'existait pas de définition acceptée du « droit international général ». Le Rapporteur spécial poursuit toutefois en se fondant sur l'examen de la *lex specialis* exposé dans le rapport du Groupe d'étude de 2006[271] afin de laisser entendre que la jurisprudence des juridictions internationales exclut le droit conventionnel du champ du droit international général. Étant donné que l'examen contenu dans ce rapport a trait au contexte spécifique de la *lex specialis*, il serait erroné de soutenir que le droit international général exclut le droit conventionnel. Une telle affirmation

[270] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir ibid., par. 74.

[271] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

aurait de graves répercussions sur l'interprétation du droit international général lui-même. Comme il n'existe pas de définition reconnue de l'expression « droit international général », il conviendrait peut-être de l'interpréter à la lumière du paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, selon lequel il faut tenir compte « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable ». L'esprit qui se dégage de cette formule semble mieux convenir à la situation puisque toutes les sources du droit international sont prises en compte.

27. Le rôle des dispositions conventionnelles dans l'engagement du processus de création d'une norme de *jus cogens* ne saurait être limité à une fonction de deuxième ou de troisième ordre, comme le prévoit le projet de conclusion 5, parce que ces dispositions représentent l'indication la plus claire de l'opinion des États et sont l'expression d'un consentement explicite, à la différence du droit international coutumier et des principes généraux de droit, qui traduisent un consentement tacite. En réalité, certaines normes du *jus cogens* étaient initialement des dispositions conventionnelles mais elles relèvent désormais du *jus cogens* parce qu'elles recueillent l'assentiment général et sont consacrées par d'autres sources telles que le droit international coutumier et les principes généraux de droit. C'est le cas par exemple de la règle interdisant l'usage de la force, qui a été énoncée dans deux instruments avant d'être finalement consacrée par la Charte des Nations Unies. Dans cette évolution, c'est le droit conventionnel qui a joué le rôle le plus important. L'interdiction de la piraterie a elle aussi d'abord été une règle conventionnelle et elle l'est restée, même après avoir acquis le statut de norme du *jus cogens* ; consacrée par une série de traités de 1443 à 1958, elle a finalement été incorporée dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en 1982.

28. M. Rajput ne partage pas et juge erronée l'interprétation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 55 de son rapport, selon laquelle, dans son commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités[272], la Commission exclut la possibilité de la création d'une norme de *jus cogens* par la voie conventionnelle. De son avis, dans les deux dernières phrases du paragraphe 4 du commentaire de l'article 50, la Commission affirme que l'émergence de toute nouvelle norme de *jus cogens* remplaçant une norme existante découle de l'adoption d'un traité multilatéral. Cette affirmation concerne le remplacement d'une norme de *jus cogens*, mais M. Rajput ne voit pas pourquoi la création d'une nouvelle norme ne serait pas soumise au même critère. Dans ses travaux sur le droit des traités, la Commission a d'ailleurs mis l'accent sur le fait que le droit conventionnel peut être la source d'une norme de *jus cogens*.

29. De plus, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours et tribunaux porte à croire que, pour avoir le statut de *jus cogens*, une norme doit avoir atteint un degré suffisant de développement dans chacune des trois sources, à savoir le droit international coutumier, les principes généraux de droit et le droit conventionnel. Cette méthode est exposée au paragraphe 99 de l'arrêt que la Cour a rendu dans *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, où elle considère que l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*). La description que donne la Cour du fondement de cette interdiction permet de dégager les quatre éléments suivants, qui pourraient être considérés comme des critères de formation du *jus cogens* : l'interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États ; elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle ; elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États ; les actes de torture sont régulièrement dénoncés au sein des instances nationales et internationales. Si le quatrième élément pourrait être l'une des formes de preuve citées au projet de conclusion 9, le droit coutumier, le droit conventionnel et les principes généraux sont considérés comme d'égale importance dans le projet de conclusion 5. La condition selon laquelle une norme de *jus cogens* doit découler d'une disposition conventionnelle ressort également des conclusions formulées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie depuis 1991 dans le jugement *Furundžija*, selon lesquelles « [i]l est à noter que l'interdiction de la torture édictée par les traités relatifs aux droits de l'homme consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogé » (par. 144).

30. Les conclusions de la Cour comme du Tribunal ne visaient pas à énoncer les critères d'identification des normes du *jus cogens* ; cependant, puisque c'est précisément cette tâche qui incombe à la Commission, il pourrait être utile que celle-ci les examine car les formules qui y sont employées se rapprochent beaucoup de celles qui pourraient l'aider à atteindre ses objectifs. Si l'on part du principe qu'une norme doit être établie dans les trois sources − le droit conventionnel, le droit international coutumier et les principes généraux de droit − pour acquérir le statut de norme de droit international général, le projet de conclusion 5 devrait conférer la même importance à chacune de ces trois sources.

31. M. Rajput convient avec le Rapporteur spécial qu'il ne suffit pas d'établir qu'une norme fait partie du droit international général pour prouver qu'elle relève du *jus cogens*. La norme doit en outre satisfaire aux critères de la reconnaissance et de l'acceptation, sans quoi la distinction entre le *jus dispositivum* et le *jus cogens* perd tout son sens. Parmi les projets de conclusion relatifs à l'acceptation et à la reconnaissance, le projet de conclusion 6 ne semble pas apporter grand-chose si ce n'est réaffirmer qu'une norme de *jus cogens* doit être reconnue et acceptée par l'ensemble de la communauté internationale. L'affirmation figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 6, à savoir que l'exigence de reconnaissance suppose « une évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble », pose problème et soulève un certain nombre de questions. De quoi une opinion est-elle constituée ? Comment doit-on l'évaluer ? Quel est le lien avec les preuves énoncées dans le projet de conclusion 9 ? Faut-il ajouter des critères ou en supprimer ? Par ailleurs, étant donné que le projet de conclusion 8 traite de l'acceptation et de la reconnaissance, le projet de conclusion 6 semble superflu et pourrait être supprimé. Le projet de conclusion 8 deviendrait alors le projet de conclusion 7.

[272] Le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv. Pour le commentaire relatif au projet d'article 50, voir ibid., p. 270 et 271.

Pour que le projet de conclusion 8 soit plus complet, les mots « par les États », au paragraphe 2, devraient être remplacés par « et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ».

32. M. Rajput convient que le projet de conclusion 7 est nécessaire mais pense qu'il faut en réexaminer la teneur puisque, selon le paragraphe 3, l'acceptation et la reconnaissance de tous les États ne sont pas requises tandis que d'après l'alinéa *b* du projet de conclusion 4 une norme doit être acceptée et reconnue « par la communauté des États dans son ensemble » pour être considérée comme relevant du *jus cogens*. En outre, le titre du projet de conclusion 7 contient les mots « dans son ensemble », alors que, selon le paragraphe 3, il suffit qu'une norme recueille le consentement d'une « large majorité d'États ». Pour M. Rajput, les mots « dans son ensemble » visent toute la communauté internationale et pas seulement une large majorité d'États. S'il suffisait que les normes de *jus cogens* soient acceptées et reconnues par « une large majorité d'États », leur statut ne serait pas différent de celui des règles coutumières, dont l'existence doit également être attestée par une large majorité d'États. La distinction entre le *jus cogens* et le droit international coutumier ne peut se résumer à l'absence d'un objecteur persistant. De plus, si elle fixait comme critère la reconnaissance par une large majorité d'États, la Commission ferait preuve d'une trop grande souplesse, ce qui faciliterait la reconnaissance du statut de norme de *jus cogens* mais permettrait aussi aux États de se soustraire aisément à leurs engagements juridiquement contraignants. L'accord de toute la communauté internationale est une nécessité ; une norme potentielle de *jus cogens* ne peut être acceptée et reconnue à moins d'être totalement universelle et de ne souffrir aucune dérogation. Il se peut que cette exigence ralentisse le processus de création des normes du *jus cogens* mais elle ne rendra pas l'objectif inatteignable, comme le montrent les règles interdisant l'esclavage, la torture ou le recours à la force, qui ont évolué jusqu'au statut de normes de *jus cogens*.

33. M. Rajput dit qu'il adhère au cadre général prévu dans le projet de conclusion 9 et que le seul élément à approfondir est le paragraphe 2, qui renvoie aux « résolutions adoptées par des organisations internationales ». Peut-être pourrait-on préciser que ces résolutions doivent être adoptées par les États membres des organisations concernées et ajouter l'expression « à l'unanimité ».

34. Il ne serait pas judicieux que la Commission établisse une liste indicative des normes du *jus cogens* car cela serait fastidieux et prendrait beaucoup de temps. D'ailleurs, chaque point de la liste indicative devrait être longuement examiné, répondre aux critères définis par la Commission à l'issue de ses travaux sur le sujet et faire l'objet d'un rapport distinct, ce qui serait une tâche insurmontable. La Commission a décidé de ne pas citer d'exemples de normes du *jus cogens* à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 pour plusieurs raisons, notamment les conséquences qu'aurait une telle énumération et le temps nécessaire à l'établissement de la liste. Ces raisons restent valables dans le cadre du sujet à l'examen. La Commission devrait plutôt convenir d'une méthode d'identification du *jus cogens* ; une fois la bonne formule trouvée, l'autorité compétente pour déterminer si une norme relève du *jus cogens* n'aurait qu'à l'appliquer pour décider si la norme en question a acquis ce statut.

35. M. Rajput soutient la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 5 de son rapport de modifier l'intitulé du sujet pour qu'il devienne « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », et convient avec lui que le nouvel intitulé correspond aux travaux de la Commission sur le droit des traités.

36. M. Rajput dit qu'il ne comprend pas bien l'intérêt de la dernière phrase du paragraphe 15 du rapport, qui traite de la pratique contestée des États, et espère que la Commission n'a pas l'intention de se fonder sur des pratiques étatiques qui font l'objet de contestations ou qui sont remises en cause d'une quelconque autre manière. Enfin, M. Rajput est favorable au renvoi de l'ensemble des projets de conclusion au Comité de rédaction.

37. M. PARK dit qu'il approuve l'approche de base adoptée par le Rapporteur spécial, qui consiste à prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ pour identifier les critères permettant de déterminer si une norme a acquis le statut de *jus cogens*. Bien qu'il n'ait pas d'objection à la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », pour qu'il devienne « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) » ou « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », option qui semble avoir la préférence du Rapporteur spécial, il trouve que la signification du terme « droit international général » n'est pas toujours claire. C'est pourquoi il suggère de réexaminer le champ d'application du « droit international général » lorsque la Commission débattra de l'existence d'un *jus cogens* régional.

38. À sa soixante-huitième session, la Commission n'a pas achevé son examen du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, qui dispose notamment que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale et sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international. Bien qu'il partage partiellement l'opinion que le Rapporteur spécial exprime au paragraphe 30 de son deuxième rapport, à savoir que le *jus cogens* reflète les valeurs fondamentales de la communauté internationale, M. Park n'est pas certain que ce point de vue soit systématiquement validé par la pratique des États et des tribunaux. De plus, la signification de l'expression « valeurs fondamentales » mérite d'être précisée, car les États risquent fort de l'interpréter d'une autre manière. Il convient également de se demander s'il est vraiment nécessaire de renvoyer à des « valeurs fondamentales » pour décrire la nature générale des normes du *jus cogens*. Surtout, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne contient pas l'expression « valeurs fondamentales » mais définit le *jus cogens*, ou une norme impérative du droit international général, comme une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

39. M. Park estime que la pratique des États dans ce domaine n'est pas encore constante, bien que le Rapporteur spécial renvoie, au paragraphe 20 de son rapport, aux « innombrables opinions individuelles et dissidentes

et articles de doctrine étay[a]nt l'idée que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale ». Certes, ces opinions et articles montrent que l'idée bénéficie d'un large soutien, mais ils ne signifient pas qu'elle est systématiquement acceptée sans réserve par les principales juridictions nationales et internationales. Comme M. Park l'a fait observer dans sa déclaration sur le sujet à la soixante-huitième session de la Commission, l'ordre juridique international ne s'est pas construit à partir de l'ordre juridique interne d'un seul État mais sur la base de différents systèmes culturels, religieux, politiques et économiques[273]. Il pourrait donc être trop hâtif de conclure que la pratique internationale et la pratique nationale reposent sur les mêmes idées fondamentales. Il serait plus objectif de dire que la pratique tend vers une pleine acceptation de l'idée que le *jus cogens* reflète les valeurs fondamentales de la communauté internationale sans qu'un consensus clair ne se soit encore dégagé. Le Rapporteur spécial devrait donc, peut-être, utiliser des termes moins absolus.

40. Même si le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international créé par la Commission a, comme cela est indiqué au paragraphe 23 du deuxième rapport du Rapporteur spécial, déjà conclu que les normes du *jus cogens* étaient hiérarchiquement supérieures aux autres règles, les juridictions internationales n'ont pas toujours confirmé la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* sur toutes les autres normes. Par exemple, en ce qui concerne l'influence que la supériorité hiérarchique du *jus cogens* peut avoir sur certains aspects procéduraux, la Cour internationale de Justice, dans son arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, a estimé que les règles relatives à l'immunité des États étaient de nature procédurale et se bornaient à déterminer si les tribunaux d'un État étaient fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre (par. 93). Comme le juge Cançado Trindade l'a fait observer dans son opinion dissidente, la séparation entre règles procédurales et règles substantielles est problématique. Le Rapporteur spécial devrait donc examiner plus en détail ce point controversé afin d'établir clairement la supériorité hiérarchique du *jus cogens*.

41. Un autre exemple issu de la jurisprudence internationale qui n'étaye pas la conclusion selon laquelle la supériorité hiérarchique du *jus cogens* serait incontestable est l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, dans lequel la Cour internationale de Justice a estimé que le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne saurait en lui-même fonder la compétence d'une juridiction pour en connaître (par. 64). De plus, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme n'a trouvé aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture, bien qu'elle admette que la prohibition de la torture a acquis le statut de *jus cogens*. Ces exemples mettent en relief la nécessité pour le Rapporteur spécial d'examiner les questions juridictionnelles relatives au *jus cogens* afin de s'assurer que le projet de conclusion puisse effectivement fournir des orientations aux États.

42. En ce qui concerne la structure générale des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, les critères de détermination du *jus cogens* sont énoncés dans six projets de conclusion distincts numérotés de 4 à 9, le projet de conclusion 4 établissant la base légale et les autres venant le compléter. Bien que logique, une telle méthodologie est complexe et redondante. Plutôt que de définir les critères principaux et secondaires dans six projets de conclusion distincts, il serait peut-être plus judicieux de combiner les critères secondaires énoncés dans les projets de conclusions 5 à 9 et les critères principaux exposés dans le projet de conclusion 4. Une autre option serait de laisser le projet de conclusion 5 en l'état et de fusionner les critères secondaires énoncés dans les projets de conclusions 6, 7, 8 et 9. Cela simplifierait la définition du *jus cogens* et des critères à employer pour l'identifier, tout en évitant les répétitions et les chevauchements. Pour simplifier encore, certains des critères secondaires pourraient être mentionnés dans les notes de bas de page ou dans les commentaires.

43. En outre, bien que les projets de conclusions 6, 8 et 9 portent sur des aspects importants de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critères de détermination du *jus cogens*, leur contenu, ainsi que celui du projet de conclusion 7, semble se recouper à plusieurs égards. Il pourrait donc être approprié de fusionner les quatre projets de conclusion en une disposition globale qui expliquerait la nature du critère de l'acceptation et de la reconnaissance, spécifierait les acteurs concernés et les éléments pouvant attester de cette acceptation et cette reconnaissance et préciserait comment celles-ci doivent être distinguées des autres formes d'acceptation et de reconnaissance. Une autre solution serait de fusionner les projets de conclusions 6 et 8 en une disposition, les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 8 devenant par exemple les paragraphes 3 et 4 du projet de conclusion 6, et de déplacer le projet de conclusion 9 vers une note de bas de page ou vers le commentaire afin de préciser quels documents doivent être présentés comme preuves, puisqu'on peut douter de la nécessité de consacrer une disposition distincte à cette question.

44. Commentant plus particulièrement le projet de conclusion 4, M. Park dit que, bien qu'il approuve les deux critères qui y sont exposés, le « processus en deux étapes » auquel renvoie le paragraphe 40 du rapport doit être examiné plus en détail si le Rapporteur spécial soutient que l'élévation d'une norme du droit international général au statut de *jus cogens* découle de la pratique. Bien que l'ordre séquentiel soit théoriquement celui qui est décrit au paragraphe 61, il est en réalité difficile de dire que la formation d'une norme de droit international général précède toujours son élévation au rang de *jus cogens* car, dans certains cas, soit les deux étapes sont fusionnées, soit elles ne sont pas clairement discernables.

45. Une étude historique pourrait être nécessaire, mais il ne fait déjà aucun doute que de nombreux crimes internationaux dont il est actuellement accepté et reconnu qu'ils constituent des violations du *jus cogens*, tels que

[273] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3316e séance, p. 243, par. 59.

le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes d'agression, n'ont été définis qu'après la Seconde Guerre mondiale. La première définition du génocide figure à l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, tandis que les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité sont définis aux paragraphes *a* et *c* de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international[274] (Statut du Tribunal de Nuremberg). Aux paragraphes 33 et 34 de l'arrêt qu'elle a rendu le 5 février 1970 en l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour internationale de Justice a estimé que la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide avait créé des obligations *erga omnes*, et certains universitaires tels que Jochen Frowein estiment que ces obligations doivent aussi « par nature, faire partie du *jus cogens*[275] ». Si l'on accepte ce point de vue, il est probable que la formation du droit international coutumier et l'élévation d'une norme au rang de *jus cogens* aient été simultanées. Peut-être Alexander Orakhelashvili a-t-il eu raison de suggérer que la preuve qu'une norme relève du droit international général peut être apportée après que la norme a été identifiée comme faisant partie du *jus cogens*[276].

46. Cela étant, la formulation des alinéas *a* et *b* du projet de conclusion 4 peut être conservée, car elle énonce les critères relatifs à l'identification du *jus cogens* plutôt que ceux relatifs à sa formation. Le commentaire pourrait simplement expliquer que, dans certains cas, la formation du *jus cogens* pourrait ne pas suivre l'ordre présenté dans le projet de conclusion. Une autre solution serait d'ajouter une proposition au projet de conclusion lui-même, afin que la première phrase se lise par exemple comme suit : « Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens*, il est nécessaire de montrer que la norme en question satisfait à deux critères, qui ne sont pas nécessairement remplis dans cet ordre. »

47. Le Rapporteur spécial indique dans son deuxième rapport que l'indérogeabilité est une conséquence et non un critère du *jus cogens*, tandis que pour d'autres auteurs elle est un critère primordial. L'approche du Rapporteur spécial pourrait très bien être valable, mais elle est trop abstraite pour être acceptée unanimement par les juristes non spécialistes et la communauté internationale des États, qui attendent du texte final qu'il leur fournisse des orientations.

48. M. Park approuve pour l'essentiel le libellé du projet de conclusion 5. Le paragraphe 3 appelle toutefois un examen plus approfondi, principalement parce qu'il est difficile de trouver un cas où un principe général de droit a servi de fondement au *jus cogens* ; la pratique réelle des États ne saurait être ignorée à des fins théoriques. On peut en effet se demander s'il existe une pratique étatique confirmant que les principes généraux de droit constituent le fondement du *jus cogens*, et il serait utile que le Rapporteur spécial cite des exemples concrets pour étayer son point de vue. S'il n'est pas en mesure de le faire, la Commission devrait se pencher sur des normes dont on peut raisonnablement penser qu'elles peuvent être élevées au rang de *jus cogens*.

49. Une question théorique qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si le fait de considérer que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent servir de fondement au *jus cogens* signifie que les principes de droit interne peuvent également être utilisés à cette fin. Il ressort clairement du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qu'il existe une hiérarchie des sources du droit international et que les alinéas *a* et *b* doivent être distingués de l'alinéa *c*, qui a été introduit pour éviter que la Cour ne se trouve dans une impasse. Cette situation soulève donc une question théorique, celle de savoir quel serait le statut d'une norme de *jus cogens* fondée sur un principe général de droit par rapport à celui d'une norme fondée sur le droit international coutumier ou le droit conventionnel, et s'il existe des éléments permettant d'affirmer qu'elles ont, ou devraient avoir, la même force impérative.

50. Le projet de conclusion 6 semble redondant car l'essentiel de son contenu figure dans les projets de conclusions 4, 7, 8 et 9. Il devrait donc être supprimé. Si un élément particulier de ce projet de conclusion mérite d'être mis en avant, il pourrait être inséré dans les projets de conclusions 7, 8 ou 9.

51. En ce qui concerne le projet de conclusion 7, l'expression « dans son ensemble » mérite d'être examinée. Le Rapporteur spécial suggère qu'elle évoque une acceptation et une reconnaissance « collectives », et fait observer dans son rapport que les éléments permettant d'identifier une norme de *jus cogens* sont presque identiques à ceux qui permettent d'identifier le droit international coutumier. L'acceptation collective par la communauté internationale dans son ensemble n'est toutefois pas nécessaire à la formation et à l'identification du droit international coutumier, et, comme l'indique le projet de conclusion 8, l'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier. De plus, les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 7 pourraient être fusionnés pour expliquer quel sujet doit accepter et reconnaître une norme pour qu'elle relève du *jus cogens*, et la première phrase du paragraphe 2 pourrait être supprimée car la dernière suffit à expliquer la pertinence de l'attitude d'autres acteurs.

52. En ce qui concerne le projet de conclusion 8, bien que la distinction établie entre le droit ordinaire et le *jus cogens* soit importante, il faudrait modifier la formule « à laquelle aucune dérogation n'est permise » afin d'insister davantage sur la nature normative du *jus cogens*. En outre, c'est la communauté internationale des États dans son ensemble, et pas seulement les États de manière individuelle, qui doit accepter la norme en question pour qu'elle devienne du *jus cogens*. Il serait donc plus pertinent d'écrire « la norme en question est acceptée par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation ne devrait être permise ». La question de l'acquiescement devrait en outre être abordée, dans ce projet de conclusion ou

[274] Le Statut du Tribunal militaire international est annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, de 1945.

[275] J. A. Frowein, « *Ius cogens* », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI (2012), à la page 444.

[276] Voir A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 119.

ailleurs. Le Rapporteur spécial devrait préciser s'il considère que l'acquiescement, en tant que forme d'acceptation et de reconnaissance, est une méthode valable de formation du *jus cogens*.

53. La présentation du projet de conclusion 9 pourrait être améliorée. L'idée exprimée au paragraphe 1 est correcte, mais il semble étrange de la laisser ainsi isolée. M. Park se demande aussi si la formulation du paragraphe 4 signifie que les documents auxquels renvoient les paragraphes 2 et 3 sont les principaux moyens d'identifier le *jus cogens*, et s'il y a une différence qualitative entre les documents mentionnés aux paragraphes 2, 3 et 4. Le paragraphe 4 devrait aussi refléter l'idée que les décisions des juridictions internationales sont des preuves subsidiaires de l'acceptation et de la reconnaissance, dans l'esprit du projet de conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier qui dispose que de telles décisions sont des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier[277].

54. M. Park dit qu'il approuve pour l'essentiel la manière dont le Rapporteur spécial compte aborder la suite des travaux sur le sujet et les aspects qu'il compte traiter en 2018, mais que la Commission pourrait fournir une liste minimale de normes de *jus cogens*, ou de normes pouvant prétendre à ce statut, peut-être dans une annexe aux projets de conclusion, car cela donnerait des orientations utiles pour les travaux futurs sur le sujet.

55. M. Park dit qu'il espère que le Comité de rédaction rendra les six projets de conclusion plus concis en fusionnant ou supprimant certains d'entre eux.

56. M. NGUYEN dit que les normes impératives jouent un rôle important en droit international, comme l'atteste le fait qu'elles sont énoncées dans des traités, reflétées par la pratique des États, citées dans la jurisprudence internationale et incorporées dans le droit interne, et ce même si la définition exacte et les éléments constitutifs du *jus cogens* restent à clarifier. Depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, les débats ont principalement porté sur la nature, le contenu et la hiérarchie des normes de droit international et les critères de reconnaissance d'une norme de *jus cogens*. La tâche de codification et de développement progressif qui incombe à la Commission dans le cadre de son examen du sujet contribuera ainsi à définir la place du *jus cogens* dans l'ordre juridique international.

57. M. Nguyen, qui commencera par des observations d'ordre général sur le sujet, dit que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 régit les relations entre les normes conventionnelles et les normes de *jus cogens*. Le *jus cogens* s'étend toutefois au-delà du droit conventionnel car il est hiérarchiquement supérieur, universel et non susceptible de dérogation. Il est utilisé pour résoudre des conflits non seulement avec des normes conventionnelles mais aussi avec des résolutions d'organisations internationales, et il s'étend au droit de la responsabilité internationale des États, par exemple en ce qu'il prohibe l'usage de la force ou la menace du recours à la force dans les relations interétatiques. Les trois principaux éléments descriptifs du *jus cogens* aident à le distinguer d'autres normes de droit international. Le *jus cogens* existe indépendamment de la volonté des États afin de préserver l'ordre juridique mondial. Sa primauté sur les autres normes de droit international a été établie par le droit naturel et volontairement acceptée et reconnue par les États. Les normes de *jus cogens* ne sont modifiables ou remplaçables par d'autres normes qu'à titre exceptionnel, mais elles ne sont pas immuables et elles peuvent évoluer. L'article 53 précise toutefois que toute modification d'une norme de *jus cogens* doit être universellement acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble, c'est-à-dire par des États souverains placés sur un pied d'égalité. Un acteur non étatique n'est pas habilité à modifier une norme de *jus cogens*. L'acceptation et la reconnaissance d'une norme de *jus cogens* par les États dépend de leur propre pratique, de leur attitude et du facteur temps. Les États reconnaissent universellement une norme de *jus cogens* préexistante lorsqu'ils perçoivent son existence. Le critère de reconnaissance universelle est donc similaire à l'élément d'*opinio juris* du droit international coutumier. Une norme de *jus cogens* apparaît par l'élévation à ce statut d'une norme ordinaire de droit international coutumier ou d'un principe général de droit international. M. Nguyen est d'accord avec le Rapporteur spécial pour dire que, bien qu'une règle conventionnelle ne puisse pas constituer une norme de *jus cogens*, des dispositions conventionnelles peuvent refléter des normes impératives du droit international coutumier qui pourraient être élevées au rang de *jus cogens*.

58. On peut se demander si la Charte des Nations Unies peut être considérée comme un produit de la création de normes de *jus cogens* par la communauté internationale. Toute norme conventionnelle en contradiction avec la Charte est nulle et non avenue. Seule la communauté internationale des États peut modifier une norme de *jus cogens*, et il est de sa responsabilité de mettre en œuvre ces normes et d'empêcher tout conflit entre une norme conventionnelle et une norme de *jus cogens*. M. Nguyen approuve le Rapporteur spécial qui suggère, au paragraphe 59 de son premier rapport, qu'il faudrait « comprendre la force contraignante et impérative du *jus cogens* comme une interaction entre le droit naturel et le positivisme[278] », mais il l'encourage à explorer davantage la nature du *jus cogens* et le rôle du droit naturel. Il jugerait également utile de disposer d'un résumé d'affaires liées à l'application du *jus cogens* et de savoir combien de normes conventionnelles ont été rejetées au motif qu'elles étaient incompatibles avec les normes de *jus cogens*.

59. Le *jus cogens* s'étendant au-delà du droit conventionnel, les critères permettant de déterminer qu'une règle appartient au *jus cogens* sont à rechercher dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, mais aussi ailleurs. Au paragraphe 37 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial propose une approche en deux étapes pour l'identification du *jus cogens* : la norme en question doit être une norme du droit international général et cette norme du droit international général doit être acceptée et reconnue comme étant une norme à laquelle aucune dérogation

[277] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 83 (projet de conclusion 13).

[278] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 59.

n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de *jus cogens*. L'indérogeabilité n'est pas à elle seule un critère de reconnaissance du statut de *jus cogens*. Toutefois, une analyse de l'article 53 pourrait aussi inspirer une approche en trois étapes : une norme de *jus cogens* doit être une norme de droit international général ; cette norme de droit international général doit être impérative et n'admettre aucune dérogation ; cette norme impérative doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble. L'existence d'une norme de *jus cogens* est indépendante de la volonté des États. Le critère d'indérogeabilité signifie qu'aucune exception fondée sur un traité n'est autorisée. La mise en œuvre des normes impératives est rendue possible grâce à l'acceptation et à la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. En retour, du point de vue du *jus dispositivum*, cette acceptation et cette reconnaissance dépendent de la volonté des États. Le Rapporteur spécial a raison d'indiquer que le fait qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme de *jus cogens* n'est pas un critère mais une simple conséquence. Il devrait toutefois fournir des arguments convaincants à l'appui de son choix d'une approche en deux ou trois étapes pour l'identification des normes de *jus cogens*.

60. Une autre question a trait au fait que les critères élaborés par le Rapporteur spécial pourraient servir un objectif plus vaste que l'identification du *jus cogens* et permettre de déterminer comment les normes de *jus cogens* sont créées ou formées, car ces normes sont des exceptions à la règle générale qui veut que le droit international relève du *jus dispositivum*. À la précédente séance de la Commission, le Rapporteur spécial a mentionné la formation du *jus cogens* dans sa déclaration liminaire. Si la plupart des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport contiennent les termes « identification » ou « identifier », il est question de « formation » dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

61. Dans son rapport le Rapporteur spécial dit que les normes de *jus cogens* protègent ou reflètent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, mais il n'aborde pas la définition de ces valeurs. La plupart des délégations à la Sixième Commission utilisent dans ce contexte le verbe « refléter », mais pas « protéger ». Le *jus cogens* est en général invoqué dans les déclarations des représentants des États et dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des juridictions internes dans les affaires concernant les droits de l'homme, l'interdiction de la menace ou de l'usage de la force ou l'immunité des États. Des efforts sont faits au paragraphe 71 du premier rapport sur le sujet pour décrire les « considérations fondamentales d'humanité[279] », mais il n'y figure aucune description des « valeurs fondamentales » dans d'autres domaines. En ce qui concerne la souveraineté territoriale, les droits exclusifs des États sur leur territoire sont universellement acceptés et reconnus par la communauté des États ; M. Nguyen se demande si cela pourrait donc être considéré comme une norme de *jus cogens*. La pureté de l'air, qui est liée au sujet traité par M. Murase (Protection de l'atmosphère), est une valeur fondamentale dans le domaine de l'environnement, et pourtant certains États ont adopté une position controversée au sujet de l'Accord de Paris.

62. Il est clair que « protéger » et « refléter » ont des sens différents, et que le Rapporteur spécial a raison d'indiquer que « les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale ». L'ordre des verbes dans cette proposition devrait être maintenu tout au long de l'étude du sujet.

63. M. Nguyen dit que le terme « *jus cogens* » est concis et communément employé, mais qu'il appuie la proposition de remplacer l'intitulé actuel du sujet par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », ce pour trois raisons : cette formule est utilisée dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et dans les travaux précédents de la Commission ; mieux vaut employer une formule simple et non technique car il est nécessaire d'emporter l'adhésion de la communauté internationale des États dans son ensemble ; le nouveau titre reflète clairement la nature et la portée des normes du *jus cogens* en tant que normes du droit international général, leur acceptation universelle par la communauté internationale, leur caractère impératif et leur supériorité sur les autres normes, sans exclure la notion de *jus cogens* régional, voire celle de *jus cogens* national.

64. En ce qui concerne le projet de conclusion 4, M. Nguyen propose de raccourcir et de simplifier la première phrase, soit en s'inspirant de la proposition de M. Rajput, soit en utilisant une formulation telle que « Les normes de *jus cogens* doivent satisfaire aux critères suivants : ». Le reste du projet de conclusion pourrait alors refléter une approche en deux ou trois étapes. Une possibilité serait d'énoncer deux critères : celui de la norme impérative de droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et celui de la norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble. L'autre possibilité serait d'énoncer trois critères : celui de la norme de droit international général, celui de la norme impérative de droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise, et celui de la norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble.

65. M. Nguyen propose que le titre du projet de conclusion 5 renvoie aux sources du *jus cogens* car les paragraphes 2, 3 et 4 énumèrent les sources de ces normes. Il convient de noter que si un principe général du droit international peut devenir une norme de *jus cogens*, ce n'est pas le cas de tous ces principes. Au paragraphe 3 du projet de conclusion, la formule « au sens de l'Article 38, paragraphe 1 *c*, du Statut de la Cour internationale de Justice », qui renvoie aux principes généraux de droit acceptés et reconnus par les nations civilisées, ne correspond pas à la définition des normes du *jus cogens* comme étant universellement acceptées, et risque d'instaurer la possibilité que des normes du *jus cogens* régional ou national soient imposées à la communauté internationale des États dans son ensemble. Au paragraphe 1, la définition « Une norme du droit international général est une norme dont le champ d'application est général » est trop simple. La définition figurant dans ce paragraphe devrait refléter les résultats des débats consacrés au sujet « Principes généraux de droit international », qui est inscrit au programme de travail à long terme de la Commission.

[279] Voir ibid., document A/CN.4/693, par. 71.

66. Dans les projets de conclusions 6 et 7, la reconnaissance d'une norme et la question de savoir qui la reconnaît sont traitées comme des critères distincts, mais pour M. Nguyen « l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble » constituent un unique critère qui ne peut être divisé. De fait, le paragraphe 1 du projet de conclusion 7 affirme l'unité de ce critère, et n'est donc pas cohérent avec le traitement séparé des deux éléments dans les projets de conclusions 6 et 7. De plus, le libellé du paragraphe 1 du projet de conclusion 6 est similaire à celui du projet de conclusion 4, et le titre du projet de conclusion 8 fait également référence à l'acceptation et à la reconnaissance. Pour supprimer cette redondance, M. Nguyen propose de fusionner les projets de conclusions 6, 7 et 8. Le nouveau projet de conclusion devrait conserver le titre de l'actuel projet de conclusion 6 et disposer que : 1) l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble sont pertinentes pour l'identification de normes du *jus cogens* auxquelles aucune dérogation n'est permise ; 2) l'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens* ; 3) les acteurs non étatiques ne sont pas habilités à accepter et reconnaître une norme de *jus cogens*, mais leur attitude peut être pertinente pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer. Concernant le deuxième de ces points, M. Nguyen prend note de l'opinion de M. Rajput selon laquelle il conviendrait d'utiliser la formule « la communauté internationale des États dans son ensemble » plutôt qu'« une large majorité d'États » ; peut-être la référence à « une large majorité d'États » pourrait-elle être déplacée vers le commentaire.

67. Le projet de conclusion 9 est très long et M. Nguyen propose d'en revoir la présentation. De plus, étant donné que même la modification d'une norme de *jus cogens* dépend de l'acceptation et de la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble, comme cela est indiqué au paragraphe 37 du deuxième rapport, il propose d'introduire un projet de conclusion sur ce point. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 étant le point de départ des projets de conclusion, tous les facteurs mentionnés dans cet article devraient être reflétés dans les projets.

68. M. Nguyen dit qu'il attend avec intérêt l'étude du Rapporteur spécial sur les effets du *jus cogens*, la hiérarchie entre le *jus cogens* et les normes de *jus dispositivum* et l'effet d'une objection persistante au *jus cogens*, ainsi que la liste non exhaustive des normes de *jus cogens*. Il est favorable au renvoi des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction, qui devrait réexaminer leur formulation afin de les consolider et de les rendre plus concis.

69. M. MURPHY dit qu'il souscrit à de nombreux aspects de l'analyse exposée dans le deuxième rapport, bien documenté, du Rapporteur spécial. Par exemple, il convient que le droit international coutumier est la principale source de normes de *jus cogens* et que l'identification d'une norme de *jus cogens* consiste d'abord à déterminer qu'une norme a été créée puis à établir qu'elle a été reconnue et acceptée comme une norme impérative. De même que le Rapporteur spécial, il adhère à la notion de « double acceptation » selon laquelle une norme doit d'abord être reconnue et acceptée comme une norme du droit international, puis reconnue et acceptée comme une norme de *jus cogens*. Il estime que le Rapporteur spécial a raison de se concentrer sur l'acceptation et la reconnaissance par les États plutôt que par les autres acteurs, et ne voit aucune objection au remplacement du titre du sujet par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », ni au programme de travail futur exposé dans le deuxième rapport.

70. M. Murphy dit que ses opinions divergent toutefois de celles du Rapporteur spécial sur un certain nombre de points. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, qui est toujours devant le Comité de rédaction, il note que, dans l'ensemble, les déclarations faites à la Sixième Commission pendant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale ne sont ni favorables ni opposées à cette proposition. À ses yeux, ce paragraphe crée la confusion car il semble dire qu'outre ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, des éléments supplémentaires sont nécessaires pour qu'une norme relève du *jus cogens*. Bien que le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 18 du deuxième rapport, que ces éléments ne sont pas « additionnels » mais de simples « caractéristiques descriptives », cette distinction n'est pas claire car tous les éléments auxquels renvoie le projet de conclusion 3 sont, d'une certaine manière, soit des éléments descriptifs soit des caractéristiques. M. Murphy estime que le projet de conclusion, qui consiste essentiellement en une définition du *jus cogens*, ne devrait renvoyer qu'à des éléments prévus par la Convention de Vienne de 1969.

71. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 soulève un autre problème, à savoir que les arguments exposés aux paragraphes 20 à 22 du deuxième rapport confondent l'idée que le *jus cogens* « protège » les valeurs fondamentales avec celle qu'il « reflète » ces valeurs, alors qu'il s'agit de deux choses différentes. Il en résulte que les sources pouvant être invoquées à l'appui de l'une de ces notions ne peuvent pas être mobilisées pour étayer l'autre. En outre, la notion selon laquelle les normes de *jus cogens* sont « hiérarchiquement supérieures aux autres normes » vaut principalement pour les conséquences du *jus cogens*, en particulier la faculté qu'ont ces normes de prévaloir sur d'autres normes qui seraient en conflit avec elles. Mieux vaudrait donc aborder cette question dans le rapport que le Rapporteur spécial consacrera aux conséquences du *jus cogens*. Enfin, si le Rapporteur spécial compte étudier la possibilité d'un *jus cogens* non universel, comme il l'a signalé au paragraphe 68 de son premier rapport, le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 ne devrait pas affirmer que les normes de *jus cogens* sont « universellement applicables[280] ». En résumé, s'il est disposé à examiner la nouvelle proposition que le Rapporteur spécial doit formuler au sein du Comité de rédaction, M. Murphy l'engage vivement à réexaminer la question de savoir si le projet de conclusion 3 est le cadre le plus indiqué pour traiter des questions abordées au paragraphe 2.

72. En ce qui concerne le projet de conclusion 4, M. Murphy est d'accord pour retenir les deux critères décrits comme nécessaires à l'identification d'une norme

[280] Voir ibid., document A/CN.4/693, par. 74 (projet de conclusion 3).

en tant que norme de *jus cogens*, mais estime que le troisième critère énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, selon lequel la norme en question ne doit pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme de *jus cogens*, a bien sa place pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens*. De son avis, il ressort clairement de l'article 53 et de sa genèse que les termes « acceptée et reconnue » renvoient à deux choses : la reconnaissance et l'acceptation d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et la reconnaissance et l'acceptation de cette norme comme une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général présentant les mêmes caractéristiques. Contrairement au Rapporteur spécial, M. Murphy ne pense pas que le troisième critère n'entre en jeu qu'une fois la norme identifiée ; il s'agit plutôt d'un des moyens d'identifier la norme, raison pour laquelle il apparaît dans la définition du *jus cogens* à l'article 53. Le troisième critère vient nuancer le deuxième : on ne doit pas pouvoir déroger à la norme, mais elle doit pouvoir être modifiée par une autre norme de *jus cogens*. Il faudrait donc inclure le troisième critère dans le projet de conclusion 4, soit en en faisant l'objet d'un alinéa *c*, soit en l'intégrant à l'alinéa *b*. Il serait alors intéressant de se demander si le projet d'article 4 est vraiment nécessaire, car il semble faire double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3. M. Murphy pense donc, comme M. Rajput, que les propositions de conclusions 3 et 4 se recoupent, mais il préférerait conserver le projet de conclusion 3 et supprimer le projet de conclusion 4.

73. Le projet de conclusion 5 aborde la question du fondement des normes du droit international général. Le raisonnement sur la définition du « droit international général », aux paragraphes 42 et 43 du rapport, est quelque peu obscur. Le terme en question ayant été utilisé de diverses manières par les États, les juridictions et les universitaires, il est difficile à définir de manière univoque. Pour M. Murphy, l'interprétation la plus plausible est que le terme « droit international général » renvoie à un droit qui lie tous les États. Ce pourrait être le sens qu'on a voulu donner au terme « champ d'application […] général » au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, mais il serait plus clair de dire directement que les normes concernées sont contraignantes pour tous les États. M. Murphy se demande pourquoi le Rapporteur spécial a inclus une référence à l'applicabilité universelle dans le projet de conclusion 3 mais pas dans le projet de conclusion 5, ce qui semblerait plus pertinent.

74. M. Murphy convient que le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes du *jus cogens*, comme l'indique le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, mais il est moins convaincu par l'affirmation faite au paragraphe 43 du rapport, à savoir que le droit international coutumier est une manifestation du droit international général, à moins qu'elle ne renvoie qu'au droit international coutumier qui n'est ni régional ni spécial. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 désigne les « principes généraux de droit » comme étant une autre source des normes de *jus cogens*, mais, ainsi que le relève le Rapporteur spécial au paragraphe 48 du rapport, cette proposition semble beaucoup moins étayée par la pratique. Un problème essentiel est que la plupart de ces principes sont établis par analogie avec le droit interne et essentiellement considérés comme remèdes aux lacunes des principales sources du droit international ; ils ne sont pas impératifs. La Commission doit donc être très prudente avant de conclure que les principes généraux de droit sont une base du *jus cogens*. Si elle décide de le faire, elle devra indiquer, tant dans le projet de conclusion que dans le commentaire y relatif, que cette proposition est bien moins étayée par la pratique.

75. M. Murphy nourrit des doutes quant au paragraphe 4 du projet de conclusion 5. Il convient que les dispositions conventionnelles peuvent, ainsi que d'autres facteurs tels que les résolutions d'organisations internationales ou les décisions de conférences intergouvernementales, influencer le développement du droit international coutumier. Il ne voit toutefois pas pourquoi l'influence indirecte des traités en ce qui concerne le *jus cogens* devrait être mise en relief par rapport à ces facteurs. Une hypothèse plus plausible est que les instruments multilatéraux qui ont recueilli une adhésion universelle ou presque, tels que la Charte des Nations Unies et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, jouent un rôle unique dans l'édification du droit international général. La formule « [u]ne disposition conventionnelle » semble beaucoup trop vague.

76. M. Murphy n'a pas de préoccupation particulière en ce qui concerne le projet de conclusion 6, qui aborde la question de l'acceptation et de la reconnaissance. Il y voit toutefois beaucoup de répétitions, surtout par rapport aux projets de conclusions 3, 4 et 8. Les répétitions ne posent pas nécessairement de problème, mais l'emploi de termes différents dans des dispositions très similaires risque de créer une confusion. Au minimum, les projets de conclusions 6 et 8 pourraient être regroupés en un seul projet de conclusion qui traiterait tous les aspects de l'acceptation et de la reconnaissance.

77. M. Murphy dit que, compte tenu des contraintes de temps, il achèvera sa déclaration à la séance plénière suivante.

La séance est levée à 13 h 5.

3370e SÉANCE

Mercredi 5 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

Deuxième rapport du Rapporteur spécial (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le *jus cogens* (A/CN.4/706).

2. M. MURPHY, poursuivant son intervention de la séance précédente, dit qu'il approuve dans l'ensemble le projet de conclusion 7 mais qu'il n'est pas convaincu que la notion d'« États dans leur ensemble » renvoie à une reconnaissance collective du caractère non dérogeable d'une norme donnée par opposition à une reconnaissance individuelle d'un nombre d'États suffisant pour constituer une reconnaissance par « les États dans leur ensemble ». Les États agissent toujours individuellement, même lorsqu'ils décident de mener une action collective. À cet égard, le raisonnement suivi au paragraphe 77 du deuxième rapport du Rapporteur spécial n'est pas clair, et n'est d'aucune aide. Il n'est en outre pas pertinent d'affirmer, dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, qu'une « large majorité d'États » suffit à identifier une norme en tant que norme de *jus cogens* ; le seuil devrait en effet être bien plus élevé. Il serait plus judicieux de parler d'une « très large majorité », de « pratiquement tous les États » ou de la « quasi-totalité des États ».

3. En ce qui concerne le projet de conclusion 9, M. Murphy s'interroge sur l'absence de référence aux décisions de juridictions nationales, dont un grand nombre sont citées en référence ailleurs dans le rapport, et fait valoir que le paragraphe 3, tel qu'il est rédigé, est incorrect : les décisions des cours et tribunaux internationaux ne sont pas en elles-mêmes des preuves du *jus cogens*, mais elles peuvent constituer un moyen subsidiaire d'identifier une norme de *jus cogens*. Il suggère de modifier le texte en conséquence, et d'envisager également de reformuler comme suit le début du paragraphe 2 : « Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble au sujet de l'acceptation et de la reconnaissance […]. » Il approuve le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de conclusion figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, étant entendu qu'il serait utile de les regrouper, quand cela est possible, afin d'éviter des répétitions risquant de créer la confusion.

4. M. HMOUD dit que, comme l'ont reconnu la doctrine et la Commission, le sujet du *jus cogens* présente des difficultés intrinsèques touchant à l'identification des règles comme aux effets de celles-ci. Alors que les États en sont venus à reconnaître l'existence de la doctrine du *jus cogens*, en particulier depuis l'adoption de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), le contenu des normes impératives, leurs effets et les critères permettant de les identifier demeurent incertains. Selon les termes de l'étude analytique sur la fragmentation du droit international réalisée par le Président du Groupe d'étude sur ce sujet, M. Martti Koskenniemi :

> Au lieu d'essayer de déterminer la teneur du *jus cogens* au moyen de définitions abstraites, mieux vaut suivre le sentier balisé par la Commission en 1966 lorsqu'elle jugeait que "la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et […] attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle[note]". Telle semble être encore aujourd'hui la meilleure façon de procéder[281].

5. La Commission ayant décidé d'étudier ce sujet et de se pencher sur l'identification du *jus cogens* et ses effets, il semble pertinent d'examiner l'évolution de la pratique des États et de la pratique internationale.

6. M. Hmoud, bien que souscrivant à l'idée que la Commission ne devrait pas dévier de la règle établie par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, partage l'opinion du Rapporteur Spécial selon laquelle l'article 53 n'est pas un aboutissement mais un point de départ. Une telle position est nécessaire au vu de l'étendue du sujet, qui couvre les effets du *jus cogens* non seulement sur le droit conventionnel, mais aussi sur les autres sources du droit international. Une approche restrictive a pu être prudente en 1966, mais une approche plus globale est rendue nécessaire par la reconnaissance de la doctrine du *jus cogens* qui a eu lieu depuis. L'article 53 présente un élément de circularité qui n'en fait pas un bon fondement pour l'identification et la définition du *jus cogens* et limite son effet pratique. Il a été utilisé pour décrire les conséquences des règles de *jus cogens* sur les décisions des cours et des tribunaux mais jamais, par exemple, pour déterminer quelles règles du droit international général ont été élevées au rang de *jus cogens*, ou à travers quel processus. Ce sont habituellement la jurisprudence, les décisions et la doctrine, plutôt que l'application des éléments de l'article 53, qui permettent l'identification d'une règle de *jus cogens*.

7. L'article 53 n'étant pas suffisant, les exemples et les indices détaillés que le Rapporteur spécial fournit dans son rapport pour étayer l'existence des caractéristiques du *jus cogens* sont les bienvenus, car une telle description est essentielle pour comprendre le *jus cogens* et ses effets. Étant donné que, pour les cours et tribunaux internationaux, les valeurs fondamentales de la communauté internationale que les normes de *jus cogens* cherchent à protéger sont la raison d'être de ces normes, une plus grande importance devrait être accordée à la description de ces valeurs, même si une définition unique n'est pas envisagée. La question de savoir si une telle description a sa place dans le projet de conclusions ou dans son commentaire est du ressort de la Commission, qui a déjà renvoyé au Comité de rédaction le projet de conclusion 3[282]. La difficulté consiste à garantir qu'il n'y ait pas d'incohérence entre une telle définition du *jus cogens*, fondée sur les valeurs protégées, et les critères formels permettant de reconnaître le *jus cogens*.

8. Bien que la supériorité hiérarchique et la reconnaissance universelle soient des caractéristiques du *jus cogens*,

---

[281] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 84, par. 376. (Le texte de la note de bas de page omise dans la citation est le suivant : « Projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 270, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 50. »)

[282] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

elles en sont des conséquences plutôt que des éléments constitutifs. La supériorité des règles de *jus cogens* sur les autres normes est bien établie, et l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 en a bien défini les effets en ce qui concerne les traités, mais ses conséquences pour les autres sources du droit demeurent peu claires. Aucune décision de justice n'a encore déclaré nulle ou caduque une règle de droit international coutumier au motif qu'elle entrait en conflit avec une norme de *jus cogens*. Une telle possibilité devrait être explorée dans de futurs rapports, parallèlement à d'autres effets potentiels de la supériorité hiérarchique du *jus cogens*. L'application universelle, en tant que caractéristique du *jus cogens*, devrait être examinée sous l'angle de ses effets sur des notions telles que le *jus cogens* régional et la doctrine de l'objecteur persistant. M. Hmoud accepte l'idée que les règles de *jus cogens* sont contraignantes pour tous les États mais demande si elles sont contraignantes pour tous les sujets de droit international et si, par exemple, une organisation internationale devrait être liée par le *jus cogens* lorsqu'elle adopte des résolutions.

9. L'approche suivie dans le rapport, qui consiste à s'appuyer sur la pratique des États pour expliciter et expliquer l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, est la bonne, compte tenu des évolutions importantes qui ont eu lieu depuis l'adoption de cet article et du fait que la Commission ne se cantonne pas à une définition du *jus cogens* qui mentionne uniquement le droit conventionnel. La valeur normative de la définition donnée à l'article 53 et son applicabilité au-delà du droit conventionnel sont largement reconnues. M. Hmoud est en désaccord avec l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle le troisième élément de cette définition − le fait qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère − n'est pas un critère d'identification du *jus cogens*. Comme l'a dit M. Murphy à la séance précédente, tant le texte que les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 semblent indiquer le contraire. C'est une question importante, premièrement parce que, si une telle modification fait bien partie du critère de reconnaissance et d'acceptation, il convient de déterminer le processus par lequel la communauté internationale des États modifie une norme de *jus cogens*. Deuxièmement, l'absence de pratique ou de jurisprudence expliquant comment une nouvelle norme de *jus cogens* peut modifier une norme existante semble montrer que, dès lors qu'une norme de *jus cogens* est établie, on ne peut la modifier ni la supprimer, ce qui fait de l'ensemble de la doctrine du *jus cogens* l'expression du droit international la plus rigide qui soit. Les rapports suivants du Rapporteur spécial devraient aborder ce point ainsi que les questions connexes comme celle de savoir ce qui adviendrait en cas de conflit entre deux normes de *jus cogens* existantes.

10. Le terme « droit international général », utilisé pour le premier critère d'identification du *jus cogens* énoncé à l'article 53, a été accepté dans la jurisprudence et la doctrine mais n'a pas fait l'objet d'une définition faisant autorité. Il recouvre des règles qui s'appliquent d'une manière générale aux situations relevant du droit international, avec certaines limites reconnues telles que les relations conventionnelles, la *lex specialis* et les régimes autonomes. La question n'étant pas ici la nature du droit international général mais uniquement son rapport à la notion de *jus cogens*, la définition proposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 5 est appropriée. Le terme est souvent utilisé comme un synonyme de « droit international coutumier », mais, comme le reconnaissent la Commission et la Cour internationale de Justice, il englobe également les principes généraux du droit international, conformément au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La question qui se pose est celle de savoir quelles règles de droit international peuvent devenir des normes de *jus cogens*. La pratique des États et les décisions des tribunaux internationaux suggèrent que le droit international coutumier est l'unique fondement reconnu pour la formation du *jus cogens*, ce qui exclurait la possibilité que les principes généraux de droit servent de sources aux règles du *jus cogens*. Le rapport ne cite pas de preuve du contraire. Le Rapporteur spécial a confirmé, dans son exposé liminaire, que les projets de conclusion s'inspiraient de la pratique. Si l'introduction des principes généraux de droit comme sources du *jus cogens* est théoriquement possible, elle ne reposerait pas sur la pratique, mais relèverait plutôt de la *lex ferenda*. Cela fragiliserait la notion et pourrait engendrer des failles et des incertitudes, ce qui n'est pas le but poursuivi. Outre les difficultés soulignées par M. Murase à la séance précédente, pour qu'un principe général existant en droit interne devienne impératif, il doit passer par une série d'étapes qui n'ont été ni définies ni identifiées dans aucun document relatif au *jus cogens*, pas même dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Aucun exemple d'un principe général de droit qui serait devenu de lui-même une norme de *jus cogens*, sans faire déjà partie du droit international coutumier, n'a été fourni. Le rapport n'explique pas davantage comment la communauté internationale des États dans son ensemble peut reconnaître et accepter un principe général de droit en tant que norme impérative. Le processus de « double acceptation » décrit au paragraphe 77 du rapport est en fait le triple processus par lequel un principe général de droit peut être d'abord reconnu comme une norme par les nations civilisées, puis accepté en tant que norme de droit international coutumier et enfin reconnu comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé. Le moins que l'on puisse dire des sources citées à la note de bas de page appelée après le mot « dérogé » est qu'elles confirment cette affirmation.

11. Quant à la question de savoir si le droit conventionnel peut être une source du *jus cogens*, M. Hmoud admet que le droit conventionnel ne peut constituer un fondement approprié pour le droit international général, pour les raisons exposées dans le rapport et parce que les règles conventionnelles, de par leur nature, ne s'appliquent pas à tous les sujets de droit international mais aux parties à un traité donné. Certains instruments comme la Charte des Nations Unies et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, ont acquis un caractère et une portée généraux, et rien ne permet de penser que leurs dispositions ne pourraient pas devenir des normes de *jus cogens*. L'interdiction de l'emploi de la force énoncée dans la Charte est considérée comme relevant du *jus cogens*. De telles exceptions sont toutefois rares. L'affirmation selon laquelle un traité ne peut que refléter les normes de droit international général pouvant devenir des normes de *jus cogens*, et non en constituer le fondement, est acceptable pour éviter toute difficulté conceptuelle.

Une telle conclusion est justifiée par le nombre limité d'exemples de règles générales d'application générale, bien qu'il faille poursuivre le débat sur la question.

12. S'il est logique, quand on cherche à savoir si une norme est une norme de *jus cogens*, de se demander d'abord s'il s'agit d'une norme de droit international général, puis si elle est acceptée et reconnue comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé, il n'est pas absolument nécessaire de procéder dans cet ordre. L'essentiel est de s'assurer que les deux critères sont remplis séparément, ce qui est admis au paragraphe 62 du rapport et reflété dans le projet de conclusion 4. M. Hmoud convient avec le Rapporteur spécial qu'il est nécessaire de prouver, non pas le caractère non dérogeable d'une norme en soi, mais le fait que ce caractère est reconnu et accepté par la communauté internationale des États dans son ensemble. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est libellé de telle sorte que, d'objectif, le second critère est devenu subjectif. Or le caractère non dérogeable est essentiellement lié à la nature des valeurs que les règles de *jus cogens* visent à défendre. Les commentateurs jugeront nécessaire de déterminer si de telles valeurs sont si fondamentales qu'elles ne souffrent aucune dérogation. Dans leurs décisions, divers cours et tribunaux internationaux, dont la Cour internationale de Justice, se sont demandé si, et dans quelle mesure, des normes précises de *jus cogens* protégeaient ces valeurs fondamentales. Il reste à savoir si, pour établir qu'une norme est reconnue et acceptée par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé, il est nécessaire de déterminer si chaque État en particulier en a accepté et reconnu le caractère non dérogeable. Pour M. Hmoud, ce n'est pas nécessaire : l'acceptation en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit requise pour prouver qu'une norme relève du droit international coutumier. Ce qu'il convient d'établir, c'est l'acceptation collective par la communauté internationale des États. En substance, il doit être prouvé que le caractère impératif de la norme a été reconnu et accepté par les États entre eux, et non par une majorité ou une minorité d'États. La question n'est pas non plus de savoir si un État ou un groupe d'États ont un pouvoir de veto. Elle devrait plutôt être de savoir si les États ont accepté et reconnu entre eux qu'on ne pouvait déroger à la norme. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 devrait être modifié en ce sens.

13. Le terme « attitude » devrait être supprimé du paragraphe 1 du projet de conclusion 7, car il n'a aucune valeur normative ni indicative pour ce qui est de l'acceptation et de la reconnaissance par les États et il n'est pas pertinent dans le contexte. Ce sont les éléments attestant une conviction relative au caractère non dérogeable de la norme qu'il convient d'examiner. Il peut s'agir de l'expression de l'opinion des États, de traités, de résolutions d'organisations internationales et de décisions de tribunaux internationaux. Le projet de conclusion 9 en donne des exemples. Pour la hiérarchie des diverses preuves et le poids relatif à leur accorder, on s'est écarté des travaux de la Commission sur la détermination du droit international coutumier. M. Hmoud se félicite qu'une plus grande valeur soit accordée aux décisions des cours et tribunaux internationaux, mais estime que le Comité de rédaction devrait examiner plus en détail la manière dont est décrite l'importance à donner aux preuves. L'emploi de différents termes ayant la même signification risque de créer la confusion. Il conviendrait d'examiner de manière globale les documents pertinents pour déterminer s'il y a eu acceptation et reconnaissance de la communauté internationale dans son ensemble. Bien que des documents émanant d'autres acteurs que des États puissent être utiles pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance par les États, l'enjeu n'est pas l'acceptation et la reconnaissance par les acteurs non étatiques.

14. Les projets de conclusion contiennent un certain nombre de répétitions et devraient être simplifiés par le Comité de rédaction. Pour ce qui est du programme de travail futur, la Commission devrait fournir, à titre indicatif, une liste non exhaustive de normes de *jus cogens* fondée sur ses projets de conclusion sur le sujet. Une telle liste serait utile aux États, aux juridictions internationales et aux praticiens, et permettrait d'accroître le degré de certitude quant à la valeur impérative de certaines normes. M. Hmoud n'a pas d'objection à débattre des effets juridiques du *jus cogens* sur la responsabilité de l'État, mais il invite le Rapporteur spécial à veiller à la cohérence avec les articles élaborés sur ce dernier sujet[283]. Il recommande le renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

15. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il souscrit à nombre des observations formulées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, en particulier quant au fait que les normes de *jus cogens* peuvent découler non seulement de règles du droit international coutumier mais aussi de principes généraux du droit international, que le *jus cogens* peut être reflété dans les traités et qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général. Il convient également que l'un des éléments caractéristiques du *jus cogens* est sa forme spécifique de reconnaissance et d'acceptation, que le Rapporteur spécial qualifie fort à propos d'*opinio juris cogentis*. Il partage toutefois les préoccupations d'autres membres quant aux critères retenus par le Rapporteur spécial pour déterminer si une norme est une norme de *jus cogens*.

16. La portée du premier critère − selon lequel les normes de *jus cogens* sont des normes de droit international général − doit être précisée. Dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général ne revient pas à dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut être que d'application générale. Pour M. Nolte, il peut y avoir des cas particuliers de normes impératives de droit international, tels que le *jus cogens* régional. La Cour européenne des droits de l'homme a parfois fait référence à des valeurs européennes fondamentales, et d'autres juridictions régionales des droits de l'homme pourraient aussi considérer que certaines valeurs et certains principes sont essentiels pour leurs systèmes respectifs et reconnaître en conséquence des normes impératives

[283] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

spécifiques. Plutôt que de prendre position sur la question, la Commission devrait simplement ménager cette possibilité. Il lui suffirait de dire qu'une norme impérative de droit international général ne peut découler que d'une norme de droit international général. Il serait malvenu d'exclure l'existence de normes impératives spécifiques de droit international sans explorer pleinement la pratique des systèmes régionaux.

17. M. Nolte est surtout préoccupé par le deuxième critère retenu aux fins de l'identification du *jus cogens*, à savoir la reconnaissance et l'acceptation d'une règle de droit international général en tant que règle de *jus cogens*, ou *opinio juris cogentis*. Bien qu'il convienne de l'existence d'un tel critère et du caractère décisif de la reconnaissance et de l'acceptation par la communauté internationale des États dans son ensemble, il lui semble que la manière dont le Rapporteur spécial a proposé le critère en question donne à penser que la formation du *jus cogens* à partir d'une simple règle de droit international coutumier est plus aisée que la formation d'une telle règle. Selon le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, « [l]'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens* ». Ainsi, dès lors qu'« une large majorité d'États » considèrent qu'une règle de droit international coutumier donnée devrait devenir une norme de *jus cogens*, il leur suffit de l'exprimer pour que cela se produise.

18. M. Nolte lui-même ne pense pas que l'*opinio juris cogentis* soit l'unique critère requis pour qu'une simple règle de droit international coutumier soit élevée au rang de règle de *jus cogens*. Si tel était le cas, il suffirait que l'Assemblée générale adopte une résolution à cet effet à la majorité des deux tiers pour faire d'une règle de droit international coutumier une norme de *jus cogens*. Pour prendre un exemple hypothétique s'appuyant sur la doctrine Calvo, il ne devrait pas être possible qu'une règle de droit international coutumier soit élevée au statut de *jus cogens* uniquement pour servir les intérêts économiques ou politiques communs d'une « large majorité » d'États. Les critères doivent être plus stricts, pour le fond comme pour la forme.

19. En ce qui concerne le fond, toute règle de droit international général élevée au rang de *jus cogens* devrait refléter les valeurs fondamentales existantes de la communauté internationale des États. M. Nolte convient avec le Rapporteur spécial que la Commission ne devrait pas se tourner vers les théories du droit naturel pour identifier ces valeurs fondamentales. Elle doit indiquer une manière plus largement acceptée d'identifier les valeurs fondamentales existantes. Elle pourrait par exemple montrer qu'une règle est ancrée dans un nombre représentatif de systèmes juridiques nationaux. Si une telle base existait pour une règle donnée, il serait alors acceptable, en s'appuyant sur l'*opinio juris cogentis*, d'élever la règle au rang de *jus cogens*.

20. Pour ce qui est de l'aspect procédural, M. Nolte s'étonne, compte tenu de l'effet juridique extraordinairement puissant du *jus cogens*, que, pour le Rapporteur spécial, une « large majorité » soit suffisante pour établir l'*opinio juris cogentis* requise. Cela est d'autant plus surprenant qu'au paragraphe 67 du rapport le Rapporteur spécial explique que, dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la référence à la communauté internationale des États « dans son ensemble » est utilisée comme l'équivalent d'« une très large majorité » d'États. L'objectif était de garantir que l'opposition d'un État, ou d'un très petit nombre d'États, n'empêcherait pas l'émergence d'une règle de *jus cogens*. À l'époque, les rédacteurs de la Convention ont dû avoir à l'esprit l'objection persistante de l'Afrique du Sud à l'interdiction de l'apartheid. L'existence d'une *opinio juris cogentis* telle que proposée par le Rapporteur spécial est donc certainement nécessaire pour qu'une norme devienne une norme de *jus cogens*, mais pas suffisante. De plus, en affirmant au paragraphe 31 de son rapport que les critères formels, procéduraux, du *jus cogens* devraient être remplis pour qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de *jus cogens*, le Rapporteur spécial exclut l'élément juridique essentiel du *jus cogens*, à savoir le fait qu'il protège une valeur fondamentale pour la communauté internationale des États dans son ensemble.

21. Le Rapporteur spécial renvoie, au début de son rapport, aux débats de l'année précédente, au cours desquels la Commission avait hésité à adopter le projet de conclusion 3, qui faisait référence à la protection des valeurs fondamentales par les normes de *jus cogens*. L'hésitation de la Commission devrait être vue non comme l'expression d'un doute quant au fait que les normes de *jus cogens* protègent des valeurs fondamentales, mais plutôt comme une réticence à renvoyer à des valeurs fondamentales de manière abstraite, sans clarifier la relation entre cet élément et les éléments formels du *jus cogens*, en particulier l'élément central de la reconnaissance et de l'acceptation en tant que norme de *jus cogens*. Pour M. Nolte, la Commission devrait clarifier cette relation sans tarder et donner à la caractéristique de protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale une place parmi les critères d'identification du *jus cogens*.

22. Enfin, M. Nolte souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet pour qu'il devienne « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ». Cela permettrait aussi de préciser que le sujet ne concerne que les normes du droit international général, tout en admettant qu'il puisse exister des normes impératives de droit international spécial. M. Nolte estime que la question de savoir qui détermine si les critères du *jus cogens* sont remplis ne relève pas du sujet, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 31 du rapport. Quant aux projets de conclusion proposés eux-mêmes, il estime que le Comité de rédaction peut les abréger sans sacrifier de contenu essentiel.

23. M. HASSOUNA dit que, comme en témoigne le débat qui a eu lieu jusqu'à présent, la notion de *jus cogens* suscite une controverse importante. Dès 1969, au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, « *jus cogens* » a été considéré comme un terme obscur recouvrant une notion tout aussi obscure, sentiment qui semble largement perdurer aujourd'hui. Le Rapporteur spécial devrait tenir compte des réserves formulées par les États à la Sixième Commission, qui ont trait principalement à la portée du sujet et à l'éventuelle pénurie de pratique relative aux normes de *jus cogens*. Cela l'aiderait à réaliser son objectif de clarifier la notion de *jus cogens*

du point de vue du droit international tout en appuyant l'idée que le droit international est un droit de coopération plus que de coexistence, comme le suggère le célèbre spécialiste Georges Abi-Saab.

24. Au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que les critères applicables pour déterminer si une norme a acquis le statut de *jus cogens* demeurent ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Bien que certains États relèvent que les caractéristiques communément employées pour décrire le *jus cogens*, telles que « fondamental », « hiérarchiquement supérieur » et « d'application universelle », sont des éléments supplémentaires qui ne sont pas mentionnés dans l'article 53, M. Hassouna considère que le Rapporteur spécial donne suffisamment d'exemples de la pratique étatique et judiciaire pour démontrer que ces caractéristiques du *jus cogens* sont généralement acceptées par les États. Le Rapporteur spécial devrait toutefois fournir davantage d'éléments prouvant que ces caractéristiques sont de nature purement descriptive et indiquer clairement dans le commentaire la distinction existant entre ces éléments descriptifs et les éléments constitutifs qu'il a recensés dans son rapport.

25. Les éléments descriptifs en question sont intrinsèquement liés au fait qu'une norme est, ou non, devenue une norme du droit international général qui ne souffre aucune dérogation. Les clauses de non-dérogation contenues dans les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent fournir des preuves de l'existence de normes auxquelles il ne peut être dérogé. Un droit intangible communément cité dans les traités est celui de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude. Même si de nombreux instruments consacrant ce droit n'ont été ratifiés que par un petit nombre d'États ou sont des conventions régionales, et même si nombre de ces instrument interdisent la suspension de droits intangibles similaires dans certaines circonstances uniquement, nuançant ainsi le caractère non dérogeable des droits en question, la communauté internationale considère qu'il ne peut être dérogé à ces droits, précisément en raison de certains éléments descriptifs qui leur sont attachés, tels que le caractère « fondamental » ou « hiérarchiquement supérieur » et l'« application universelle ».

26. S'agissant du premier critère du *jus cogens*, à savoir le fait que la norme visée doit être une norme du droit international général, M. Hassouna dit que le rapport n'indique pas clairement ce qui constitue le droit international général. En effet, comme cela est souligné au paragraphe 41 du deuxième rapport du Rapporteur spécial, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a fait observer qu'il n'existait pas de définition acceptée de ce terme[284]. Le Rapporteur spécial estime que l'adjectif « général » fait simplement référence à l'applicabilité des normes et que le droit international coutumier, les principes généraux de droit et même le droit des traités pourraient servir de fondement aux normes du droit international général ou les refléter. Pour M. Hassouna, le terme renvoie à toutes les sources de droit en général. Il pourrait également être fait référence aux sources de droit précises dans lesquelles la norme a été établie. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, le juge ad hoc Dugard, ancien membre de la Commission, a déclaré que le terme « droit international général » peut s'entendre des conventions internationales générales qui viennent codifier les principes de droit international, des décisions de justice faisant autorité ainsi que du droit international coutumier et des principes généraux de droit au sens des alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour (paragraphe 16 de l'opinion individuelle). Il est possible de simplifier et de clarifier le projet de conclusion 5 en indiquant que le droit international général comprend toutes les sources du droit international énoncées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans hiérarchie entre les sources.

27. On peut penser que l'introduction des principes généraux du droit international parmi les sources des normes du droit international général risque de prêter à controverse, étant donné que le Rapporteur spécial a mentionné au paragraphe 51 de son rapport l'absence, dans la pratique, d'exemples de principes généraux de droit parvenus au rang de *jus cogens*, mais cette absence de pratique peut en réalité être attribuée à de nombreux facteurs. Ainsi, comme le juge ad hoc Dugard l'a mentionné dans son opinion en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, les principes généraux de droit s'incarnent dans une large mesure dans les règles de preuve ou de procédure, ou servent de moyens de défense (par. 14). La Cour internationale de Justice n'a pas toujours pu constater que les conditions d'application de ces principes étaient réunies, parce que ces principes ne sont pas toujours considérés comme pouvant en eux-mêmes fonder une demande en justice. L'absence de pratique ne permet donc pas de savoir si le droit international général peut ou non refléter les principes généraux de droit. En revanche, si une norme du droit international général est applicable à tous les sujets de droit international, il s'ensuit qu'un principe général de droit peut être une source du droit international général.

28. Pour ce qui est du recours au droit international coutumier en tant que source du droit international général, M. Hassouna pense que les travaux sur le sujet gagneraient à être complétés par une étude visant à déterminer si une distinction est réellement établie entre les termes « droit international général » et « droit international coutumier » dans la jurisprudence internationale et la pratique des États, ou si les deux termes sont utilisés indifféremment par les tribunaux et les États. Comme cela est indiqué dans le rapport, le droit international coutumier pourrait permettre d'identifier les normes du droit international général, mais il se pourrait simplement que les tribunaux utilisent les deux termes indifféremment. Des commentateurs ont suggéré que la Cour internationale de Justice qualifiait une norme de « droit international général » pour s'épargner la procédure ardue visant à déterminer si une telle norme existait en droit international coutumier en examinant l'*opinio juris* et la pratique des États dans le monde. Une norme pourrait ainsi devenir contraignante pour les États sans que la pratique ou l'*opinio juris* aient été identifiées. Cette

[284] Voir les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 187, note de bas de page 976.

possibilité soulève certaines préoccupations et la question de savoir si le terme « droit international général » est utilisé pour éviter l'analyse du droit international coutumier devrait être examinée.

29. En ce qui concerne le second critère du *jus cogens*, à savoir la reconnaissance et l'acceptation, M. Hassouna dit qu'il partage dans les grandes lignes l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il existe suffisamment d'exemples de la pratique étatique et judiciaire pour démontrer qu'une norme internationale générale reconnue et acceptée par la communauté internationale des États comme n'étant pas susceptible de dérogation doit être considérée comme une norme de *jus cogens*. Il partage également l'idée que les avis et la pratique des organisations internationales et des acteurs internationaux apparentés peuvent contribuer à placer dans leur contexte les normes du droit international général auxquelles il ne peut être dérogé. Toutefois, l'existence d'un *jus cogens* régional a été reconnue dans la jurisprudence internationale, et il conviendrait donc que le Rapporteur spécial étudie plus en détail la relation entre les normes du *jus cogens* régional et l'application universelle des normes de *jus cogens*. Par exemple, en 1987, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a constaté qu'il existait, parmi les États membres de l'Organisation des États américains, une norme de *jus cogens* reconnue qui interdisait l'exécution d'enfants par l'État. En outre, il pourrait être utile de se demander si la « communauté internationale des États » par laquelle les normes de *jus cogens* doivent être acceptées et reconnues comprend des États qui ne sont pas membres de l'Organisation des Nations Unies.

30. L'analyse et les éléments de pratique étatique figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial ne sont pas suffisamment étoffés pour permettre de conclure qu'il n'est pas également nécessaire que les États acceptent et reconnaissent qu'une norme de *jus cogens* est une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme ayant le même caractère. Le libellé clair de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 peut raisonnablement être interprété comme exigeant cette reconnaissance et cette acceptation. Le Rapporteur spécial ne se fonde que sur une déclaration de l'Irlande, une affaire dans l'Ontario et quelques articles juridiques pour conclure que l'élément relatif à la modification ne fait pas partie des critères d'identification du *jus cogens*. Pour certains auteurs tels que Sévrine Knuchel, ce troisième élément devrait figurer parmi les critères, car il permet de prendre acte du fait que de nouvelles normes impératives peuvent modifier les normes de *jus cogens* existantes. Le Rapporteur spécial devrait donc fournir d'autres exemples de pratique et réaliser une analyse plus poussée afin d'étayer sa décision de ne pas inclure le troisième élément dans les critères d'identification du *jus cogens*.

31. Pour ce qui est de changer l'intitulé du sujet, M. Hassouna, bien qu'il ait préconisé un titre différent de celui que suggère maintenant le Rapporteur spécial, souscrit dans l'ensemble à la proposition actuelle, en particulier l'introduction de l'adjectif « général ». Le nouveau titre proposé reflète la nature et la portée des normes de *jus cogens* ainsi que les critères nécessaires à leur identification. Quant aux projets de conclusion eux-mêmes, ils sont bien conçus et structurés, même si certains gagneraient à être condensés et explicités afin qu'ils ne traitent pas de questions ne relevant pas de leur champ d'application. Certains membres ont proposé de fusionner certains projets de conclusion : par exemple, tout le contenu relatif à l'acceptation et à la reconnaissance d'une norme internationale générale pourrait être couvert par un seul projet de conclusion plutôt que quatre.

32. Le projet de conclusion 4 est acceptable dans l'ensemble, même si le Rapporteur spécial devrait réaliser une analyse plus approfondie et fournir davantage d'exemples de pratique pour étayer sa décision de ne pas inclure le troisième critère possible relatif à la modification. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, la signification de « champ d'application […] général » n'apparaît pas clairement. Dans son rapport, le Rapporteur spécial dit que les normes de *jus cogens* sont des normes universellement applicables, donc applicables à tous les États. Si le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 est censé exprimer cette idée, il devrait le faire plus clairement. La clarté du projet de conclusion 6 pourrait également être améliorée. Le paragraphe 1 devrait inclure une référence à la modification d'une norme de *jus cogens* en tant que critère d'identification. Dans le paragraphe 2, il serait bon, soit de remplacer l'expression « dans son ensemble », soit de mieux la définir afin d'indiquer expressément qu'une large majorité d'États doit accepter et reconnaître une norme donnée. Le projet de conclusion 7 pourrait également être plus clair et plus concis. En particulier, le paragraphe 1 dispose seulement que l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble sont « pertinentes ». Or cette acceptation et cette reconnaissance sont une condition préalable nécessaire à la formation d'une norme de *jus cogens*. Les paragraphes 1 et 2 devraient être remaniés de manière à indiquer que ce sont l'acceptation et la reconnaissance des seuls États qui créent des normes de *jus cogens*, et que l'attitude des acteurs non étatiques ne saurait servir de fondement aux normes de *jus cogens* mais peut être utile dans la mesure où elle permet de replacer les déclarations et les convictions des États dans leur contexte. Dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 9, il serait important d'inclure une liste de documents qui pourraient être consultés au moment de réunir des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général. Il faudrait également indiquer clairement que la liste n'est pas exhaustive, peut-être en utilisant l'expression « notamment mais non exclusivement ».

33. S'agissant du programme de travail futur, M. Hassouna dit qu'il appuie le projet du Rapporteur spécial consistant à examiner les effets ou les conséquences du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial voudra peut-être également étudier l'interaction du *jus cogens* avec les normes du *jus cogens* régional et la question de savoir s'il existe une obligation d'exercer la compétence universelle en cas de violation du *jus cogens*. Il pourrait être utile d'analyser l'effet que le *jus cogens* peut avoir sur la validité ou la nullité de la Convention de Vienne de 1969 et d'autres traités, ainsi que les questions de savoir s'il existe une exception à l'immunité des États et de leurs représentants en cas de violation du *jus cogens* et s'il existe des amnisties ou des prescriptions frappées de nullité pour les crimes relevant du *jus cogens*.

34. M. Hassouna se dit favorable à l'introduction d'une liste indicative de normes de *jus cogens* dans le commentaire, car elle contribuerait à étayer les projets de conclusion et servirait de cadre à l'identification de possibles normes de *jus cogens*. Quel que soit l'emplacement de la liste − dans une annexe, dans le commentaire ou ailleurs −, le plus important serait de bien préciser qu'elle n'est pas exhaustive.

35. En conclusion, M. Hassouna dit qu'il approuve le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

36. M. SABOIA dit qu'il ressort du deuxième rapport que le Rapporteur spécial a réalisé une analyse approfondie des documents de base pertinents. Il est satisfait des preuves concrètes de pratique étatique présentées à l'appui du projet de conclusion 3 et réaffirme son soutien à ce projet de conclusion, y compris au paragraphe 2 qui exprime l'idée que les normes de *jus cogens* protègent et reflètent les valeurs fondamentales de la communauté internationale.

37. M. Saboia est également satisfait du chapitre II du rapport, qui traite des critères du *jus cogens*, et en particulier des commentaires relatifs à la nature définitionnelle de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a souligné à juste titre que le fait de fonder les critères du *jus cogens* sur l'article 53 ne signifiait pas que la Commission ne pouvait aller au-delà de cet article même si la pratique en décidait ainsi. Le chapitre II éclaire utilement le sens des notions de « droit international général » et de « principes généraux de droit » ainsi que le sens de l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble ». M. Saboia partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel cette expression traduit une idée de collectivité plutôt qu'elle ne sous-entend que les États doivent unanimement adhérer à l'élévation d'une règle de droit international coutumier donnée au rang de règle de *jus cogens*. Par conséquent, et tout en appuyant l'orientation générale du projet de conclusion 7, il convient que l'expression « large majorité d'États » employée au paragraphe 3 du projet de conclusion pourrait établir un seuil trop bas et qu'il faudrait peut-être la préciser davantage.

38. Se référant au paragraphe 41 du rapport, dans lequel le Rapporteur spécial dit que la distinction entre droit international général d'une part et droit conventionnel et *lex specialis* de l'autre pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquérir le statut de *jus cogens*, M. Saboia dit qu'il aimerait connaître l'opinion précise du Rapporteur spécial sur la question. En ce qui concerne les propositions formulées au chapitre III du rapport, il est favorable au changement d'intitulé du sujet et au renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction. Quant au programme de travail futur sur le sujet du *jus cogens*, la Sixième Commission a émis un certain nombre de suggestions utiles lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session, notamment à propos de la relation entre le *jus cogens* et les règles *erga omnes*. L'application possible de la règle de l'objecteur persistant aux normes de *jus cogens* pourrait également être examinée. Enfin, M. Saboia prend note avec satisfaction de l'information selon laquelle une liste indicative de normes de *jus cogens* pourrait être proposée.

39. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il a pris connaissance avec intérêt du deuxième rapport du Rapporteur spécial, qui étaye solidement les projets de conclusion proposés pour adoption. La crainte que le *jus cogens* puisse être étendu à des domaines qui n'avaient pas été prévus au moment de son inclusion dans la Convention de Vienne de 1969 ne date pas d'hier. D'aucuns s'inquiétaient déjà, au moment de l'adoption de la Convention, que le principe de *jus cogens* puisse limiter la liberté contractuelle des États. En outre, au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la nécessité de reconnaître l'existence d'un ordre public international était devenue la préoccupation dominante. Toutefois, l'existence d'un tel ordre suppose que certains actes ne puissent tout simplement pas être tolérés. C'est pourquoi il est essentiel que la notion de *jus cogens* renvoie également aux valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale.

40. La notion d'ordre public international n'est pas elle-même nécessairement bien définie, comme le prouve le débat qui s'est tenu à la Sixième Commission lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. Les risques potentiels touchent à l'utilisation abusive de la notion de *jus cogens* sur la base de considérations politiques ou idéologiques et au fait que certaines parties peuvent chercher à imposer des valeurs qui ne sont pas partagées par la communauté internationale dans son ensemble. Ces risques ne sont pas inhérents à la notion de *jus cogens* mais sont plutôt liés à son utilisation dans la pratique. La Commission doit donc agir avec prudence afin d'éviter toute extension arbitraire de la notion de norme impérative. Une telle prudence a manifestement été exercée lors de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, dont les articles 65 et 66 prévoient qu'une partie qui invoque le *jus cogens* comme motif de contestation de la validité d'un traité doit soumettre le différend à la Cour internationale de Justice. La Convention ne vise donc pas à empêcher le développement de la notion de *jus cogens* dans la perspective d'un ordre public international mais établit des garanties procédurales destinées à prévenir l'utilisation abusive des normes impératives. La pratique internationale étaye cette idée. Par exemple, lorsque la Cour interaméricaine des droits de l'homme a établi que l'esclavage violait les règles de *jus cogens*, elle l'a fait non pas parce qu'elle rejetait un traité en particulier mais plutôt parce qu'elle avait pour objectif d'affirmer que les États engageaient leur responsabilité internationale lorsqu'ils manquaient à leur obligation d'empêcher cette pratique, conformément au droit établi. Bien avant cela, dans l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour internationale de Justice avait évoqué, sans mentionner le *jus cogens*, les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et déclaré qu'il s'agissait d'obligations *erga omnes*, reliant ainsi cette notion à celle de *jus cogens*.

41. En insistant sur le fait que la nature juridique d'une règle est cruciale pour ce qui est de déterminer si la règle peut être considérée ou non comme une règle de *jus cogens*, la Cour internationale de Justice a ancré la notion de *jus cogens* dans le droit positif. Plusieurs tribunaux nationaux ont également confirmé le fondement juridique du *jus cogens* ; ainsi, un tribunal fédéral des États-Unis a établi dans l'affaire *Filártiga c. Peña Irala*

que tous les États avaient intérêt à interdire la torture. Le Rapporteur spécial voudra peut-être donner d'autres exemples de jurisprudence dans ses travaux futurs. La Commission elle-même, dans ses travaux concernant le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, a utilisé la formule « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général[285] » pour définir le terme « infraction internationale ». Les efforts du Rapporteur spécial sont louables étant donné les difficultés auxquelles se heurtent les tentatives de définition des normes impératives, aujourd'hui comme au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969. Il importe d'être attentif à la recherche d'un équilibre qui permette de tenir compte de tous les points de vue exprimés.

42. M. Grossman Guiloff dit qu'il appuie la proposition de modifier l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », pour qu'il devienne « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». Il serait heureux de recevoir les commentaires du Rapporteur spécial sur la nécessité d'établir une définition claire du « droit international général ». La formulation d'une telle définition ne serait pas une tâche facile, mais il pourrait être utile d'identifier pour le moins quelques éléments constitutifs.

43. Les projets de conclusions 4 et 5 énoncent les caractéristiques essentielles des règles de *jus cogens*. Étant donné que le Rapporteur spécial n'a pas voulu s'engager dans le débat opposant l'école jusnaturaliste à l'école positiviste − même s'il a clairement adopté une approche positiviste −, il a eu raison de fonder les critères du *jus cogens* sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, dont les dispositions doivent nécessairement être accompagnées par la pratique des États et la jurisprudence internationale.

44. S'agissant plus précisément du paragraphe 4 du projet de conclusion 5, s'il est possible qu'un traité « reflète » une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens*, ce même traité pourrait également « créer » une telle norme, s'il en est ainsi décidé par les États intéressés. Si une telle norme est ainsi établie par les États, que ce soit explicitement dans le traité ou sur la base de l'interprétation de l'instrument en vertu du droit international, les traités internationaux devraient être considérés comme une source importante de droit à cet égard et ne devraient pas être exclus. De surcroît, rien dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'indique que les traités ne peuvent pas constituer une source de *jus cogens*. L'avis du Rapporteur spécial selon lequel les principes généraux de droit peuvent constituer un fondement des normes de *jus cogens* mais pas les traités semble incohérent.

45. Le projet de conclusion 6 ainsi que les trois projets de conclusion suivants démontrent la complexité du sujet à l'examen. Le Comité de rédaction devrait affiner les conclusions du Rapporteur spécial sur l'acceptation et la reconnaissance en traitant ces deux éléments séparément.

46. Le terme « attitude » utilisé dans le projet de conclusion 7 est trop vague. M. Grossman Guiloff invite instamment le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction à trouver une meilleure solution, peut-être en disant que c'est le « comportement » des États qui est pertinent et en faisant suivre ce terme de l'expression « *opinio juris* ». Les paragraphes 1 et 3 du projet de conclusion devraient être reformulés de manière à éliminer toute redondance. En outre, et étant donné que la « communauté internationale des États », aux paragraphes 1 et 2, semble correspondre à l'expression « large majorité d'États », au paragraphe 3, il serait bon de préciser le sens de cette dernière, en particulier au vu des risques d'utilisation abusive du *jus cogens* mentionnés précédemment. Il ne s'agit pas toujours simplement du nombre d'États qui acceptent et reconnaissent une norme comme une règle ne souffrant aucune dérogation ; il est également important d'aborder la question du point de vue qualitatif. À cet égard, diverses traditions juridiques et valeurs partagées devraient être représentées. M. Grossman Guiloff souscrit aux observations faites par M. Nolte sur la base de l'exemple faisant appel à la doctrine Calvo, bien que le monde ait considérablement changé depuis la naissance de cette doctrine.

47. Le projet de conclusion 8 vise à distinguer l'*opinio juris*, fondée sur l'acceptation dans le cas du droit coutumier et sur la reconnaissance dans le cas des principes généraux, de l'*opinio juris cogentis*, qui est exclusivement liée aux normes impératives que les États ont acceptées comme étant des normes auxquelles il ne peut être dérogé. Le projet de conclusion devrait être simplifié afin d'en faciliter la compréhension.

48. Dans le projet de conclusion 9, le Rapporteur spécial dit que les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance des règles de *jus cogens* peuvent être reflétées dans des « documents » divers et prendre des « formes » variées, ces deux termes semblant renvoyer en premier lieu aux sources de droit international et aux manifestations du droit international dans la pratique. Il faudrait accorder un poids différent à ces « documents » et à ces « formes » en fonction de leur nature. Il est particulièrement important de traiter les preuves de cette manière en l'absence de preuves complètes et cohérentes de l'acceptation d'une règle de *jus cogens* par les États.

49. M. Grossman Guiloff dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

50. M. ŠTURMA dit qu'il pense, comme d'autres membres, que l'idée selon laquelle le *jus cogens* fait partie du droit international positif, ou *lex lata*, n'est plus remise en cause, mais que les caractéristiques du *jus cogens*, les critères de son identification et son contenu font encore l'objet de désaccords. Le débat tenu jusqu'à présent sur les caractéristiques du *jus cogens* énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, à savoir la protection des valeurs fondamentales, la supériorité hiérarchique et l'application universelle, qui vont au-delà du texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, démontre à quel point ces caractéristiques sont importantes. Elles contribuent en effet à établir une distinction entre les normes de *jus cogens* et d'autres notions similaires.

51. On peut difficilement nier que les normes impératives au sens de l'article 53 protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Toutefois,

[285] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, p. 26 et suiv., à la page 29.

ces valeurs sous-jacentes ne suffisent pas à elles seules à établir l'existence d'une norme de *jus cogens*. Le positivisme moderne, contrairement au jusnaturalisme, considère qu'il n'y a pas de lien direct et immédiat entre ces valeurs et les normes impératives : il est nécessaire de leur donner une forme juridique par l'intermédiaire de la pratique des États et de l'*opinio juris*. En d'autres termes, le *jus cogens* est aussi une technique juridique qui vise à éviter la fragmentation de certaines normes internationales, mais, selon M. Šturma, il ne se réduit pas à cela. Il peut aider à distinguer les normes impératives, telles que l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'emploi de la force, des autres techniques juridiques qui prévoient le caractère contraignant d'autres règles ou, simplement, leur application prioritaire, telles que l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969.

52. La question de la hiérarchie est tout aussi importante mais il faudrait en préciser les particularités s'agissant du *jus cogens*, domaine où elle découle de la nullité de traités contraires à une norme impérative, ce qui la distingue d'autres types de hiérarchie en droit international, par exemple celle qui est établie par l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Le Rapporteur spécial devrait tenir compte de ce point lorsqu'il traite du caractère non dérogeable d'une norme en tant que conséquence du *jus cogens*.

53. M. Šturma appuie également l'idée que les normes impératives sont d'application universelle. Il estime toutefois nécessaire d'examiner la question des normes du *jus cogens* régional, dont l'un des exemples les plus connus est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), que la Cour européenne des droits de l'homme présente comme un instrument de l'ordre public européen. Il serait préférable d'étudier la question sous l'angle de la relation entre le *jus cogens* et les clauses de non-dérogation prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme. M. Šturma est convaincu que les normes de *jus cogens* doivent faire partie du droit international général et être d'application universelle. La notion d'ordre public est un bon exemple d'analogie avec le droit interne. L'utilisation de telles analogies par Sir Hersch Lauterpacht et d'autres était compréhensible et présentait certains mérites à une époque où la notion de *jus cogens* en droit international n'était pas encore généralement acceptée, mais elle semble aujourd'hui superflue et trompeuse. Le Pacte de la Société des Nations et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont d'autres exemples de règles d'ordre public. Toutefois, ils ne constituent pas des règles impératives au sens de l'article 53.

54. M. Šturma approuve le changement de l'intitulé du sujet que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 90 de son rapport. L'intitulé devrait indiquer clairement que le sujet couvre uniquement les normes impératives du droit international et non le *jus cogens* en droit interne, divers types de règles d'ordre public et d'autres corps de règles apparentés.

55. En ce qui concerne les projets de conclusion proposés dans le rapport, M. Šturma approuve les deux critères du *jus cogens* énoncés dans le projet de conclusion 4. Il nourrit toutefois des doutes sérieux à propos de la définition des normes du droit international général donnée dans le projet de conclusion 5. Il convient que, comme cela est indiqué dans les deux premiers paragraphes, une norme du droit international général a un champ d'application général et que le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens*. Toutefois, le paragraphe qui traite des principes généraux de droit lui pose de sérieux problèmes pour plusieurs raisons. Premièrement, comme d'autres membres l'ont fait observer, les principes généraux de droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice trouvent leur origine dans le droit interne. Or, comme lui-même l'a fait remarquer précédemment, c'est précisément l'analogie avec le *jus cogens* en droit interne qui est problématique. Ensuite, et bien que ce ne soit probablement pas l'intention du Rapporteur spécial, l'approche jusnaturaliste pèse sur les principes généraux de droit. Étant donné que le Rapporteur spécial a souligné, à juste titre, que le fondement du *jus cogens* réside dans le droit positif, il ne devrait pas introduire la notion de droit naturel lorsqu'il mentionne les principes généraux de droit. Enfin, comme cela est indiqué au paragraphe 51 du rapport, il n'existe pas de pratique effective attestant que des principes généraux ont servi de fondement à des normes de *jus cogens*.

56. M. Šturma ne propose pas d'écarter complétement les principes généraux. Il ne partage pas non plus l'avis de M. Rajput selon lequel une norme doit être établie dans les trois sources de droit pour être identifiée comme une norme de *jus cogens*. Fonder le *jus cogens* seulement sur les principes généraux de droit pourrait ouvrir la voie à des analogies avec le droit interne ou le droit naturel. En revanche, poser comme critère d'identification d'une norme impérative le fait qu'elle soit établie dans toutes les sources de droit serait trop restrictif. En réalité, il est plus probable qu'une norme apparaisse pour la première fois sous la forme d'un principe général ou dans un traité multilatéral universel, tel que la Charte des Nations Unies, avant de devenir une règle de droit international coutumier. C'est pourquoi M. Šturma propose une autre formulation qui permettrait de mettre sur le même plan les principes généraux de droit et les dispositions conventionnelles, car ces deux catégories d'éléments peuvent refléter une norme du droit international général susceptible de devenir une norme de *jus cogens* ou de la refléter.

57. M. Šturma dit qu'il approuve la teneur des autres projets de conclusion mais qu'il souscrit à la proposition de M. Murphy de fusionner les projets de conclusions 6 et 8 en un seul. Au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, il appuie la formulation « large majorité d'États ».

58. Concernant le programme de travail futur, M. Šturma dit qu'il approuve la feuille de route proposée par le Rapporteur spécial. Il se félicite en particulier que le Rapporteur spécial ait l'intention d'examiner les effets du *jus cogens* en droit conventionnel et dans d'autres domaines du droit international. Selon lui, le principal intérêt de l'examen du sujet tiendrait à la clarification des effets des normes impératives et de la hiérarchie des normes. Il est favorable à l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens* ou, tout au moins, à l'inclusion d'exemples dans l'annexe aux projets de conclusion. D'un point de vue méthodologique et pratique, un certain nombre de raisons

motivent l'établissement d'une telle liste. Premièrement, et comme cela a déjà été observé, il existe différentes approches pour ce qui est de la portée du *jus cogens*. Si les travaux de la Commission doivent aboutir à l'identification d'authentiques normes impératives et à l'exclusion d'autres techniques juridiques visant à garantir le caractère non dérogeable ou le rang hiérarchique de certaines règles, cela ne peut guère se faire sans que soient fournis des exemples de normes de *jus cogens*. Deuxièmement, les caractéristiques générales ou critères du *jus cogens* devraient eux-mêmes être attestés par au moins quelques exemples de normes. Troisièmement, même si elle est nécessairement non exhaustive, une telle liste peut donner quelques indications théoriques et pratiques concernant les normes que la Commission pourrait identifier comme étant des normes impératives du droit international général.

59. En conclusion, M. Šturma recommande que la Commission renvoie tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

60. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le projet de programme de travail pour le reste de la session, qui, comme de coutume, est sujet à modification.

61. M. ŠTURMA, répondant à une question de M. VALENCIA-OSPINA, dit que les quatre projets d'article sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État qui pourraient être renvoyés au Comité de rédaction figurent aux paragraphes 29, 81, 111 et 132 de son premier rapport (A/CN.4/708).

62. Après un débat de procédure auquel prennent part M. REINISCH, M. HASSOUNA, M. PARK, M. MURPHY, Sir Michael WOOD et M. TLADI, le PRÉSIDENT dit que la Commission suivra sa pratique habituelle concernant le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, étant donné que le rapport du Rapporteur spécial est disponible sous forme électronique dans les six langues officielles, et que celui-ci servira de fondement au débat en séance plénière, qui sera suivi d'un débat au sein du Comité de rédaction.

63. M. OUAZZANI CHAHDI dit qu'il regrette que le projet de programme de travail ne soit pas disponible en français.

64. Le PRÉSIDENT dit que la Commission attache une grande importance à la question de la traduction mais que, comme le programme a été achevé juste avant la séance, il n'a malheureusement pas pu être traduit. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que les membres souhaitent adopter le projet de programme de travail.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 55.

---

[*] Reprise des débats de la 3367e séance.

3371e SÉANCE

Jeudi 6 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, et l'invite à prendre la parole.

2. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que, dans le cadre des activités menées par le Bureau des affaires juridiques au cours de l'année précédente, la Division de la codification a fourni des services de secrétariat à la Sixième Commission pendant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. La Sixième Commission a examiné un total de 27 points de l'ordre du jour, a convoqué quatre groupes de travail et a tenu de nombreuses consultations informelles sur des projets de résolution. Sur la recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée générale a finalement adopté sans vote 26 résolutions et 4 décisions.

3. Dans sa résolution 71/140 du 13 décembre 2016, intitulée « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session », l'Assemblée générale a pris note de l'achèvement de la première lecture de deux des projets de la Commission : le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier[286] et le projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités[287]. Elle a aussi approuvé la recommandation de la Commission concernant la tenue de la première partie de la soixante-dixième session à New York et a noté avec satisfaction que la Commission prévoyait de célébrer son soixante-dixième anniversaire, en 2018, en organisant des événements à New York et à Genève. Dans sa résolution 71/141 du 13 décembre 2016, intitulée « Protection des personnes en cas de catastrophe », l'Assemblée générale a pris note du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe[288], présenté par la Commission, et a décidé d'inscrire une question intitulée « Protection des personnes en cas de catastrophe » à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-treizième session.

---

[286] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 64 et suiv., par. 62 et 63.

[287] Voir ibid., p. 90 et suiv., par. 75 et 76.

[288] Voir ibid., p. 25 et suiv., par. 48 et 49.

4. À la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, les résultats des travaux menés par la Commission au cours des années précédentes ont été examinés au titre des quatre points de l'ordre du jour de la Sixième Commission suivants : « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », « Protection diplomatique », « Examen des questions sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et de la répartition des pertes consécutives à de tels dommages » et « Le droit des aquifères transfrontières ». La Sixième Commission a constitué des groupes de travail pour les deux premiers de ces points. Si l'idée d'aboutir à une convention sur la responsabilité de l'État a gagné du terrain, la Sixième Commission a réalisé peu de réels progrès sur l'un quelconque de ces points de l'ordre de jour et a reporté les débats sur chacun d'eux de trois ans, c'est-à-dire à 2019. À sa session suivante, la soixante-douzième, la Sixième Commission examinera une nouvelle fois deux points consacrés à des résultats des travaux de la Commission, à savoir le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[289] et le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers[290], que la Commission a respectivement achevés en 2011 et en 2014.

5. L'année précédente, le Bureau des affaires juridiques a examiné diverses questions de droit se rapportant aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Les membres du personnel de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et les civils de la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA) étant exposés à un grave danger, comme l'illustre tragiquement le fait que 114 soldats de la paix ont été tués et environ 150 autres blessés dans plus de 70 attaques terroristes depuis la création de la Mission en 2013, le Conseil de sécurité, dans sa résolution 2295 (2016) du 29 juin 2016, a demandé à la MINUSMA d'adopter une démarche plus proactive et robuste afin de mener à bien son mandat. Le Conseil a souligné que, « [d]ans le cadre de la mise en œuvre de ses priorités et de la défense active de son mandat », la MINUSMA devrait « anticiper et écarter les menaces et prendre des mesures actives et robustes pour contrer les attaques asymétriques dirigées contre des civils ou des membres du personnel des Nations Unies »[291]. Ce nouveau libellé ne signifie pas que la MINUSMA est chargée de participer à la lutte contre le terrorisme, qui reste de la compétence exclusive des autorités de l'État. Néanmoins, l'adaptation du mandat confié par le Conseil de sécurité a donné lieu à une révision des règles d'engagement des contingents militaires de la MINUSMA, en concertation avec le Bureau du Conseiller juridique.

6. Certaines des défaillances de la Mission des Nations Unies au Soudan du Sud ont montré combien il était difficile de s'acquitter de mandats de protection des civils dans le contexte d'un conflit armé et ont remis en question l'efficacité de la structure de commandement et de contrôle de l'ONU face aux États qui fournissent du personnel pour des opérations des Nations Unies.

7. En ce qui concerne la Mission des Nations Unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental (MINURSO), l'ONU continue de ressentir les effets de la décision prise par le Gouvernement marocain, en mars 2016, d'expulser une grande partie de la composante civile de la Mission, y compris son conseiller juridique. Une telle mesure est contraire aux principes de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux dispositions de l'accord sur le statut de la mission conclu entre l'ONU et le Maroc. En raison de l'intensification des tensions dans la zone tampon située au sud du Sahara occidental, le Bureau du Conseiller juridique a apporté un appui plus important au Département des opérations de maintien de la paix et à la MINURSO, en particulier pour les aider à comprendre les dispositions de cessez-le-feu convenues entre les parties et à gérer le rôle de la Mission dans le suivi et la surveillance de leur application.

8. En ce qui concerne le droit institutionnel de l'ONU, un accord a été conclu en vue de régir les relations avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), aux termes duquel l'ONU reconnaît en l'OIM « une organisation qui joue un rôle de chef de file mondial dans le domaine des migrations » et convient que les États membres de l'OIM considèrent celle-ci, conformément à la résolution nº 1309 du Conseil de l'OIM, comme « l'organisme chef de file dans le monde pour les questions de migration »[292]. Selon cet accord, ce qui précède ne compromet en rien les mandats et les activités de l'ONU, de ses bureaux, de ses fonds et de ses programmes dans le domaine de la migration. L'OIM s'est engagée à conduire ses activités conformément aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, compte dûment tenu des politiques de l'ONU qui visent à promouvoir ces buts et principes et des autres instruments pertinents relatifs à la migration internationale, aux réfugiés et aux droits de l'homme. L'accord permet à l'OIM de participer en tant que membre à part entière à différents mécanismes de coordination du système des Nations Unies ainsi qu'aux équipes de pays des Nations Unies, présentes dans plus de 131 pays.

9. Passant au sujet des privilèges et immunités, M. de Serpa Soares dit qu'il tient à évoquer en premier lieu la question du choléra en Haïti. Le 17 janvier 2017, la décision rendue par une cour d'appel des États-Unis d'Amérique sur la question de l'immunité de l'ONU en cas de réclamation, qui confirme que l'ONU bénéficie d'une immunité de juridiction absolue, sauf si elle y renonce expressément, est devenue définitive. Cependant, dans une autre affaire pendante devant un tribunal de district des États-Unis, les plaignants affirment que l'ONU a renoncé à son immunité, en s'appuyant sur des rapports du Secrétaire général et sur une résolution de l'Assemblée générale relative à la responsabilité de l'ONU en cas de recours de tiers, qui datent des années 1990. La position de l'ONU est que les déclarations faites dans

[289] Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88. Voir aussi la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

[290] Le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 23 et suiv., par. 44 et 45.

[291] Voir résolution 2295 (2016) du Conseil de sécurité, par. 19 *d*.

[292] Voir l'Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation internationale pour les migrations, résolution 70/296 de l'Assemblée générale des Nations Unies, en date du 25 juillet 2016, annexe, art. 2, par. 1.

ces documents, publiées plus de dix ans avant le début de l'épidémie de choléra, ne peuvent pas constituer une renonciation expresse dans tel ou tel cas particulier. Le tribunal de district a déjà exprimé des doutes quant à la recevabilité des griefs présentés par les plaignants et le Bureau du Conseiller juridique pense que cette juridiction reconnaîtra, elle aussi, l'immunité de l'ONU.

10. L'ONU continue de faire face à un certain nombre d'autres remises en question de son statut, de ses privilèges et de ses immunités. En Amérique du Sud, par exemple, les contestations ont porté sur des questions de fiscalité et de sécurité sociale, sur la validité des accords bilatéraux existant entre l'Organisation et tel ou tel État et sur la nature de la relation entre l'ONU et son personnel. S'agissant de ce dernier point, les tribunaux mexicains ont été saisis de plusieurs plaintes déposées contre des fonds et des programmes des Nations Unies par d'anciens membres du personnel recruté sur le plan local. Dans deux affaires, les tribunaux mexicains ont suivi la jurisprudence établie par la Cour suprême et ont conclu que les organisations internationales présentes au Mexique ne bénéficiaient pas de l'immunité de juridiction si elles faisaient l'objet de plaintes de la part de leur personnel local. Le Gouvernement mexicain a estimé que cette position était juridiquement erronée et que l'ONU bénéficiait d'une immunité de juridiction absolue, y compris dans ces circonstances. Bien qu'il ait pris plusieurs mesures pour invoquer l'immunité au nom de l'ONU, le Gouvernement mexicain n'a comparu devant les tribunaux à aucun stade de la procédure.

11. Une autre affaire concernait l'immunité diplomatique d'un juge du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux. Le juge Akay, de nationalité turque, a été accusé d'infractions en lien avec la tentative de coup d'État de juillet 2016 et a été arrêté en Turquie en septembre 2016. Au moment de son arrestation, il était membre du collège de juges de la Chambre d'appel chargé de l'affaire *Augustin Ngirabatware* ; il avait été désigné à ces fonctions le 25 juillet 2016.

12. L'orateur dit que, s'exprimant au nom du Secrétaire général, il a fait valoir que le juge bénéficiait de l'immunité accordée aux agents diplomatiques, y compris de l'immunité d'arrestation personnelle ou de détention et de l'immunité de juridiction. Il a signalé que le Conseil de sécurité avait expressément décidé, au paragraphe 1 de l'article 29 du Statut du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux[293], que la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946, devrait s'appliquer aux juges dudit Mécanisme. Il a ensuite réaffirmé la position adoptée de longue date par l'Organisation, à savoir que l'immunité diplomatique conférée en application de la Convention devait être respectée par tous les États Membres, y compris par l'État de nationalité et par l'État de résidence de la personne jouissant de ces privilèges et immunités. À cet égard, il a rappelé que les privilèges et immunités étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation et reposaient sur le principe fondamental, établi par la Charte des Nations Unies, d'une fonction publique internationale indépendante, exempte de toute inégalité fondée sur la nationalité.

13. Le Gouvernement turc a considéré que le juge Akay bénéficiait uniquement de l'immunité fonctionnelle et que son arrestation n'était pas liée à ses fonctions officielles, si bien que la procédure pénale a suivi son cours. Le 14 juin 2017, le juge Akay a été déclaré coupable du seul chef d'appartenance à une organisation terroriste et a été condamné à une peine d'emprisonnement de sept ans et six mois. Ce jugement est susceptible de faire l'objet d'une procédure de recours en révision devant les juridictions nationales. Le juge Akay a été remis en liberté à titre provisoire, sous contrôle judiciaire et avec des restrictions de déplacement ; il sera de nouveau placé en détention si sa culpabilité est confirmée par une juridiction supérieure. S'il y a lieu de se réjouir, sur le plan humanitaire, de la libération du juge Akay, le Bureau des affaires juridiques réfléchit actuellement à la manière de réagir à cette déclaration de culpabilité, qui contredit l'immunité diplomatique conférée au juge.

14. En ce qui concerne l'imputabilité des crimes internationaux, il convient de noter que, après vingt-quatre années d'activité, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie devrait achever ses travaux à la fin de 2017. D'ici là, il lui reste à régler certaines questions de droit, comme celle de savoir si une affaire d'outrage peut être renvoyée devant le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux en vertu du cadre juridique existant dans le cas où les accusés n'ont pas été arrêtés avant le jugement des affaires au fond. Les tribunaux bénéficiant de l'assistance des Nations Unies progressent dans leur travail, malgré les problèmes de financement que rencontrent, par exemple, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et le Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone. La situation de ces deux instances confirme clairement le bien-fondé de la position depuis longtemps défendue par le Secrétariat, à savoir que le financement des institutions judiciaires ne devrait pas être livré aux aléas des contributions volontaires.

15. L'année précédente, le Bureau des affaires juridiques s'est de plus en plus attaché à soutenir les efforts régionaux et nationaux d'établissement des responsabilités dans différentes parties du globe. À ce titre, il continue d'apporter une assistance technique au bureau du Conseiller juridique de la Commission de l'Union africaine en vue de la création du Tribunal mixte pour le Soudan du Sud. L'Union africaine mettra en place ce tribunal, le rôle de l'ONU se limitant à aider à faciliter le processus, si elle le demande, en mettant à profit les enseignements tirés de l'activité d'autres tribunaux.

16. Dans le cadre de l'Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable entre le Gouvernement colombien et les Forces armées révolutionnaires de Colombie − Armée du peuple (FARC-EP), du 24 novembre 2016, les parties sont convenues d'un système de justice transitionnelle et d'obligation redditionnelle, qui associe vérité, justice, réparation et garanties de non-répétition. Devant la Juridiction spéciale pour la paix, qui sera composée exclusivement de juges

[293] Voir la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité, en date du 22 décembre 2010, annexe.

colombiens, les auteurs présumés de graves crimes ayant une portée internationale feront l'objet de procédures judiciaires et de sanctions, et les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ne bénéficieront d'aucune amnistie. Le Gouvernement colombien et les FARC-EP ont invité le Secrétaire général et quatre entités à désigner les membres du comité de sélection des juges colombiens et des autres représentants de la composante justice de l'accord. Le Bureau des affaires juridiques continue de conseiller le Secrétaire général et le Département des affaires politiques sur cette question. Il a aussi contribué, par des moyens plus ou moins analogues, à la création de la Cour pénale spéciale en République centrafricaine.

17. L'établissement des responsabilités n'est pas uniquement l'affaire des cours et des tribunaux. Lorsque la volonté ou la capacité de poursuivre font défaut, d'autres mesures peuvent être prises pour faciliter l'engagement ultérieur de poursuites. C'est précisément ce qui est envisagé dans le cas des atrocités commises en Syrie. Le 21 décembre 2016, l'Assemblée générale a adopté la résolution 71/248, établissant le Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables. Ce mécanisme a notamment pour mandat de recueillir, de regrouper, de préserver et d'analyser les éléments de preuve attestant de violations du droit international humanitaire, de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, et de constituer des dossiers en vue de faciliter et de diligenter des procédures pénales équitables, indépendantes et conformes aux normes du droit international devant des cours ou tribunaux nationaux, régionaux ou internationaux qui ont ou auront compétence pour connaître de ces crimes. Le Bureau du Conseiller juridique a travaillé en collaboration avec le Cabinet du Secrétaire général et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, et a fourni des services consultatifs sur diverses questions de droit, y compris sur le mandat du Mécanisme.

18. La création du Mécanisme n'échappe pas à la controverse. Certains États Membres remettent en cause la validité de la résolution qui est à son origine, au motif que l'Assemblée générale a agi *ultra vires*. Le Bureau du Conseiller juridique est d'avis que l'Assemblée générale détermine sa propre compétence et que le Secrétariat n'est pas habilité à examiner la légalité des actions des autres organes principaux. Lorsqu'il s'est agi d'adopter la résolution, l'Assemblée générale a examiné la question de sa compétence et a décidé de procéder à l'adoption.

19. En mars 2017, le Conseil des droits de l'homme a étendu le mandat de la Commission sur les droits de l'homme au Soudan du Sud, de manière que celle-ci soit aussi chargée de recueillir et de conserver des éléments de preuve, et d'établir les responsabilités, dans les cas présumés de violations flagrantes des droits de l'homme, d'atteintes graves à ces droits et de crimes connexes[294]. Ces informations doivent être communiquées aux mécanismes de justice transitionnelle au Soudan du Sud, y compris le Tribunal mixte, en vue de mettre fin à l'impunité et d'établir les responsabilités.

20. En décembre 2015, un groupe d'enquête externe indépendant sur l'exploitation et les atteintes sexuelles commises par les forces internationales de maintien de la paix en République centrafricaine a recommandé de revoir les pratiques de confidentialité de l'ONU. Il a été jugé essentiel de déterminer si ces pratiques permettaient un juste équilibre entre la nécessité de garantir la confidentialité des informations concernant des victimes présumées d'exploitation et d'atteintes sexuelles et la nécessité de communiquer ces informations aux autorités nationales afin que les responsables aient à répondre de leurs actes.

21. À la suite de la recommandation formulée par le Groupe d'enquête, la Division des questions juridiques générales du Bureau des affaires juridiques a été chargée de recenser les politiques de confidentialité de l'ONU entrant dans le cadre des préoccupations du Groupe d'enquête et d'analyser comment chacune de ces politiques conciliait le respect de la confidentialité et l'établissement des responsabilités. Ayant recensé un grand nombre de politiques de confidentialité, qui ne permettaient pas toutes d'établir dûment les responsabilités, la Division des questions juridiques générales a ensuite été chargée d'élaborer une nouvelle politique commune en matière de traitement des allégations d'exploitation et d'atteintes sexuelles visant des membres du personnel des Nations Unies, qui s'appliquera à l'échelle de l'Organisation. Cette nouvelle politique commune est actuellement examinée par la haute direction.

22. La Division des affaires maritimes et du droit de la mer continue d'assurer le secrétariat de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de l'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, de 1995. Elle est dépositaire des documents concernant les limites des zones maritimes et a assuré le service de réunions de la Commission des limites du plateau continental et des États parties à la Convention. Elle a aussi fourni une assistance technique pour les questions relatives aux océans et au droit de la mer à l'Assemblée générale ainsi qu'aux organes subsidiaires et aux mécanismes intergouvernementaux de l'Assemblée.

23. Parmi les organes et mécanismes en question figurent le Processus consultatif informel des Nations Unies ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer (processus consultatif informel), le Comité préparatoire créé par la résolution 69/292 de l'Assemblée générale, en date du 19 juin 2015, intitulée « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale », le Mécanisme de notification et d'évaluation systématiques à l'échelle mondiale de l'état du milieu marin, y compris les aspects socioéconomiques, et la Conférence des Nations Unies visant à appuyer la

[294] Voir la résolution 34/25 du Conseil des droits de l'homme, en date du 24 mars 2017, par. 16 *b*.

réalisation de l'objectif de développement durable n° 14 : conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable (Conférence sur les océans), qui s'est tenue au Siège de l'ONU, à New York, en juin 2017.

24. L'adhésion de l'Azerbaïdjan à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, en 2016, a porté le nombre d'États parties à 168. La vingt-sixième réunion des États parties, qui s'est tenue en juin 2016, a notamment abouti à l'adoption du budget biennal du Tribunal international du droit de la mer. La vingt-septième réunion des États parties, qui s'est tenue en juin 2017, a donné lieu à l'élection de sept nouveaux membres du Tribunal international du droit de la mer et des 21 membres de la Commission des limites du plateau continental.

25. Au cours du quinquennat qui s'est terminé en juin 2017, la Commission des limites du plateau continental a examiné 21 demandes relatives à la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins, ce qui représente une augmentation de 62 % par rapport aux chiffres du quinquennat précédent. Les demandes en suspens sont donc moins nombreuses, mais 41 sont encore en attente d'une réponse. La Commission des limites du plateau continental a formulé cinq nouvelles recommandations au cours des douze derniers mois et a reçu une nouvelle demande, ce qui porte le nombre total de demandes à 82, dont cinq demandes révisées.

26. En 2016, le deuxième cycle du Mécanisme de notification et d'évaluation systématiques à l'échelle mondiale de l'état du milieu marin, y compris les aspects socio-économiques, a été engagé. Si, durant le premier cycle, le Mécanisme s'est surtout attaché à établir des données de référence, le deuxième cycle portera sur l'évaluation des tendances et le recensement des lacunes. Il doit aboutir à la deuxième évaluation mondiale intégrée de l'état du milieu marin et appuyer les autres mécanismes intergouvernementaux qui s'occupent des questions relatives aux océans.

27. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique de son exposé, ainsi que de l'aide apportée par la Division de la codification à la Commission, et invite les membres de la Commission à lui poser des questions.

28. Sir Michael WOOD remercie la Division de la codification de l'aide très précieuse qu'elle a apportée à la Commission. Il demande si le Conseiller juridique a reçu un soutien suffisant pour les questions relatives aux privilèges et aux immunités des Nations Unies de la part des États Membres, notamment ceux dans lesquels ces questions ont donné lieu à des actions en justice. Il aimerait savoir si la possibilité que l'Assemblée générale demande un avis consultatif sur la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946, a fait l'objet d'une plus ample réflexion.

29. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que, lorsqu'il a eu à traiter d'affaires complexes concernant les privilèges et immunités d'États, en sa qualité de conseiller juridique au Ministère des affaires étrangères de son pays, il a généralement constaté que les juges nationaux étaient prêts à examiner les solutions possibles à ses côtés. En conséquence, il a du mal à accepter l'argument selon lequel les conseillers juridiques de ministères des affaires étrangères ne peuvent guère agir pour défendre les privilèges et immunités des Nations Unies devant les juridictions internes en raison de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les privilèges et immunités des Nations Unies ne sont pas remis en question dans la seule région de l'Amérique latine. Cependant, un problème particulier est posé par le système juridique mexicain, dans lequel le précédent créé par cinq décisions concordantes de la Cour suprême lie les juridictions inférieures. La position de la Cour suprême, selon laquelle l'immunité ne prime pas les droits conférés aux travailleurs par la Constitution nationale, est très difficile à accepter, et l'orateur pourrait bien n'avoir d'autre choix que de porter la question à l'attention de l'Assemblée générale et de lui demander conseil. La demande d'un avis consultatif est une possibilité, mais l'orateur s'efforce encore d'étudier d'autres options avec les autorités nationales. Il appartient aux ministères des affaires étrangères des États Membres de s'engager activement à protéger les privilèges et immunités des Nations Unies, mais malheureusement ils ne le font pas toujours.

30. M. HASSOUNA demande si le nouveau Secrétaire général a une stratégie ou une feuille de route pour traiter des problèmes émergents tels que la propagation du terrorisme, la dégradation de l'environnement, la prolifération nucléaire, les déplacements de populations, le non-respect du droit international et les violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, et pour améliorer le système des Nations Unies.

31. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que le Secrétaire général a demandé la tenue d'une réunion générale dans les meilleurs délais afin de présenter ses idées sur la réforme de l'ONU pour les cinq prochaines années. Le Bureau du Conseiller juridique souscrit pleinement au programme de réforme qui, espère l'orateur, produira quelques bénéfices visibles à court terme.

32. M. MURASE dit qu'il tient à souligner l'importance des activités menées par la Division de la codification en matière d'enseignement et de diffusion du droit international. La Médiathèque de droit international des Nations Unies[295] est extrêmement utile et il espère que les excellents cours de formation externe existeront encore pendant de nombreuses années. Il souhaite obtenir des assurances que les membres de la Commission ainsi que les stagiaires et les assistants qui leur apportent un soutien vital ne feront pas l'objet d'une interdiction de voyager lorsque la Commission tiendra la première partie de sa soixante-dixième session à New York.

33. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que, puisque les cours régionaux de droit international des Nations Unies pour l'Afrique, pour l'Asie et le Pacifique, et pour l'Amérique latine et les Caraïbes seront désormais financés sur le

[295] Disponible à l'adresse suivante : legal.un.org/avl/.

budget ordinaire, leur avenir est assuré. Ces cours bénéficient en outre du soutien des commissions économiques pour les régions concernées. En assistant à deux de ces cours régionaux, l'orateur a pris conscience de la valeur ajoutée qui pouvait être obtenue grâce à ce qui était au fond un petit programme peu onéreux. Il est certain que, au nom des excellentes relations existant entre le Bureau du Conseiller juridique et la Mission des États-Unis auprès de l'ONU à New York, une solution raisonnable pourra être trouvée à toute difficulté de déplacement qui pourrait survenir à l'occasion de la tenue de la première partie de la soixante-dixième session de la Commission au Siège de l'ONU.

34. M. HMOUD demande si le Conseil de sécurité prend en considération les conseils et les avis du Conseiller juridique sur les questions relatives à la paix et à la sécurité internationales. Il aimerait aussi savoir si les nombreux accords bilatéraux sur les privilèges et immunités conclus entre l'ONU et différents États sont conformes à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946. Enfin, il souhaite avoir des informations sur la politique générale suivie par le Bureau du Conseiller juridique en ce qui concerne les privilèges et immunités.

35. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que le Conseiller juridique ne joue aucun rôle officiel à l'intérieur du Conseil de sécurité. Les membres du Conseil, en particulier les membres permanents, ne souhaitent probablement pas accorder au Conseiller juridique un quelconque rôle officiel dans leurs travaux. Il existe toutefois une longue et très salutaire tradition de coopération informelle, car certains membres du Conseil de sécurité sont réellement intéressés par la position du Bureau des affaires juridiques sur telle ou telle question, notamment parce que celui-ci possède l'un des meilleurs services d'archives du Secrétariat et qu'il peut donner un éclairage sur des situations analogues à des situations passées. L'orateur dit que, pendant la période d'environ quatre années qui a précédé, il n'a été invité que deux fois à communiquer officiellement des informations au Conseil de sécurité. À ces deux occasions, les informations portaient sur l'établissement des responsabilités au Soudan du Sud. Quoi qu'il en soit, tous les membres du Conseil de sécurité ont leurs propres conseillers juridiques.

36. Le Bureau du Conseiller juridique aborde de manière pragmatique la question des immunités. La Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946, offre un cadre, mais elle permet une certaine souplesse lors de la négociation d'accords bilatéraux, de manière à tenir compte des préoccupations ou demandes particulières des États hôtes.

37. M. GROSSMAN GUILOFF remercie lui aussi le Bureau des affaires juridiques de son ouverture au milieu universitaire et de son aide par l'apport de matériel pédagogique aux facultés de droit. Il attache un très grand prix au rôle joué par le Bureau des affaires juridiques dans la promotion du principe de responsabilité et d'autres mesures visant à mettre fin à l'impunité des auteurs de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité. Les travaux du Bureau des affaires juridiques ont contribué à l'émergence d'une pratique des États et d'une *opinio juris* qui proscrivent l'amnistie pour de tels crimes. C'est pourquoi M. Grossman Guiloff aimerait savoir quelles autres mesures le Bureau des affaires juridiques compte prendre pour faciliter l'établissement des responsabilités.

38. M. JALLOH demande quelle suite il est prévu de donner à la coopération entre le Bureau du Conseiller juridique et l'Union africaine pour préparer l'établissement du Tribunal mixte pour le Soudan du Sud, et souhaiterait savoir si le Bureau du Conseiller juridique pourrait saisir le Conseil de sécurité afin que celui-ci prenne des mesures à cet égard au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il aimerait aussi obtenir des détails sur la pratique du Bureau du Conseiller juridique en ce qui concerne l'amnistie pour des crimes internationaux.

39. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que les efforts déployés par le Bureau des affaires juridiques pour s'ouvrir autant que possible au grand public et faire connaître le droit international ont été récompensés, à en juger par le nombre de consultations du site Web de la Médiathèque de droit international des Nations Unies, estimé à 1,5 million. Pour ce qui est de promouvoir l'application du principe de responsabilité, il dit qu'il s'attache à soutenir l'action des autorités nationales et régionales en ce sens. Le Bureau du Conseiller juridique a continué de travailler avec l'Union africaine à l'élaboration des textes juridiques nécessaires à l'établissement du Tribunal mixte pour le Soudan du Sud. Cependant, le moment de vérité politique est arrivé, le Gouvernement sud-soudanais étant réticent à s'engager dans le processus. Le Conseil de sécurité a clairement fait savoir que l'Union africaine devrait jouer un rôle moteur et qu'il lui incombait donc de donner l'élan politique nécessaire à la mise en œuvre de l'Accord pour le règlement du conflit en République du Soudan du Sud[296]. Le Bureau du Conseiller juridique a fourni un appui solide à la Cour pénale spéciale en République centrafricaine et continue de faire campagne pour la ratification universelle du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, bien qu'il soit convaincu que le renforcement des capacités régionales et nationales pour le traitement des crimes internationaux ne pouvant donner lieu à une amnistie est une condition essentielle pour aller de l'avant.

40. M. RAJPUT dit que, malgré le rôle vital qu'il lui revient de jouer en s'occupant de ce qui apparaît comme une suite interminable de demandes, la Commission des limites du plateau continental n'a pas de budget propre. En conséquence, il s'interroge sur la manière dont les États et l'ONU voient l'avenir de cette commission.

41. M. REINISCH, complétant la question posée par Sir Michael Wood, dit que la demande d'un avis consultatif pourrait offrir un moyen d'échapper aux difficultés inhérentes au règlement d'un différend sur les privilèges et immunités entre l'ONU et un État. Il aimerait savoir s'il a été envisagé de relancer la proposition visant à habiliter le Secrétaire général à demander plus souvent des avis consultatifs sur les questions relatives aux droits et

[296] Agreement on the resolution of the conflict in the Republic of South Sudan, signé à Addis-Abeba, le 17 août 2015, S/2015/654, annexe.

obligations de l'ONU. Il fait observer que, par le passé, cette proposition a souvent rencontré une certaine résistance liée à la crainte qu'un secrétaire général trop zélé ne demande un avis consultatif sur n'importe quelle question de droit international. Cette procédure pourrait toutefois permettre de renforcer le rôle de l'Organisation.

42. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que le nombre de demandes présentées à la Commission des limites du plateau continental devrait encore augmenter, les États ayant de plus en plus conscience de l'énorme intérêt économique et géostratégique de la plateforme continentale. Les États Membres devront donc d'ici peu se demander sérieusement, dans le cadre de l'Assemblée générale, si les mécanismes institutionnels actuels permettent de faire face à l'augmentation prévue de la charge de travail de la Commission, en gardant notamment à l'esprit que la Commission ne se réunit que pendant une courte période chaque année, dans des conditions qui ne sont guère optimales.

43. En ce qui concerne la possibilité de doter le Secrétaire général de nouveaux pouvoirs en matière de demande d'avis consultatifs, l'orateur ne se souvient d'aucun débat précis qui se serait récemment tenu à New York sur ce sujet et juge peu probable que cette possibilité se concrétise dans un futur proche. Selon lui, mieux vaudrait ne recourir aux avis consultatifs qu'avec modération, pour clarifier des points de droit international. En un sens, on peut considérer que la responsabilité de tels avis incombe en partie au Conseiller juridique et à son bureau. L'orateur dit que lui-même n'a pas très souvent fourni d'avis juridiques officiels, mais qu'il serait peut-être bon d'envisager d'en émettre plus fréquemment sur certains sujets de préoccupation, car, bien que non contraignants, les avis juridiques officiels rendus par le Conseiller juridique de l'ONU ont normalement un certain poids.

44. M. RUDA SANTOLARIA souhaite connaître l'opinion du Conseiller juridique sur la manière dont des réponses juridiques fermes peuvent aider à écarter les menaces très graves qui pèsent sur la paix et la sécurité internationales, notamment au terrorisme et à l'extrémisme violent.

45. M^me^ ORAL dit que, compte tenu d'événements récents tels que la Conférence sur les océans, en juin 2017, et le processus d'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, elle souhaiterait savoir si le Conseiller juridique s'attend à ce que les questions relatives aux océans continuent de prendre de plus en plus d'importance et, dans l'affirmative, si la Division des affaires maritimes et du droit de la mer, en particulier, disposera des ressources nécessaires pour relever les défis à venir.

46. M. de SERPA SOARES (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies) dit que le terrorisme, au même titre que les changements climatiques et les migrations, est sans conteste l'un des thèmes les plus importants du programme de travail multilatéral. Parmi les travaux juridiques les plus intéressants sur la lutte contre le terrorisme que le Bureau des affaires juridiques mène actuellement figurent des débats sur la nature des mandats de maintien de la paix, en particulier sur la robustesse de ces mandats et sur la portée qui peut leur être donnée pour appuyer les activités antiterroristes. L'orateur pense, en particulier, aux débats sur la MINUSMA et sur l'appui aux forces françaises de l'opération Barkhane qui luttent contre le terrorisme au nord du Mali. Ces débats se poursuivent et il est encore difficile de savoir quelle en sera l'issue.

47. En ce qui concerne les questions relatives aux océans, l'orateur, en tant que coordonnateur d'ONU-Océans, le mécanisme de coordination interinstitutions pour les questions marines et côtières, a participé très activement à la Conférence sur les océans, tenue en juin 2017, ainsi qu'au processus d'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. Selon lui, les questions relatives aux océans, et l'objectif de développement durable n^o^ 14 en particulier, prendront de l'importance dans les années à venir, entre autres raisons parce que les débats sur ces sujets sont un moyen de maintenir la question des changements climatiques, qui leur est étroitement liée, au rang des priorités du programme de travail multilatéral. Pour ce qui est des ressources, la Division des affaires maritimes et du droit de la mer dispose actuellement de fonds suffisants. Toutefois, si de nouveaux mandats viennent à être confiés au Bureau des affaires juridiques, l'orateur portera franchement la question des ressources à l'attention des États Membres.

48. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique de son exposé ainsi que de ses réponses intéressantes et détaillées aux questions posées par les membres.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclarations de représentantes du Conseil de l'Europe

49. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux représentantes du Conseil de l'Europe, M^me^ Kaukoranta, Présidente du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI), et M^me^ Requena, Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Secrétaire du CAHDI, et les invite à prendre la parole.

50. M^me^ KAUKORANTA (Présidente du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public) se félicite de l'occasion qui est donnée chaque année au CAHDI de présenter ses travaux à la Commission. Le CAHDI, qui se compose des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères des États membres du Conseil de l'Europe ainsi que de représentants d'États observateurs et d'organisations internationales, tient des réunions semestrielles en vue, notamment, d'examiner des questions d'actualité et d'encourager l'échange

de pratiques et de données d'expérience nationales. En outre, il joue un rôle important dans la promotion de la coopération entre le Conseil de l'Europe et l'ONU par l'intermédiaire de réunions avec le Conseiller juridique des Nations Unies et le Président de la Cour internationale de Justice, par exemple.

51. Le CAHDI a récemment pris part à une initiative importante concernant le projet de modèle de clauses finales pour les conventions, protocoles additionnels et protocoles d'amendement conclus au sein du Conseil de l'Europe. Ce projet a été élaboré par le Bureau des Traités du Conseil afin d'actualiser le modèle de clauses finales pour les conventions et les accords conclus au sein du Conseil de l'Europe, tel qu'adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1980, et, ainsi, de tenir compte de l'évolution de la procédure de conclusion des traités suivie par le Conseil de l'Europe au cours des quarante années précédentes. Depuis 1980, les traités conclus sous les auspices du Conseil de l'Europe sont de plus en plus variés, tant par les sujets abordés que par leur portée qui continue de s'étendre au-delà de l'Europe. La portée mondiale et le caractère transnational des conventions et protocoles du Conseil adoptés récemment ont entraîné une augmentation de la participation des États non membres, de l'Union européenne et des organisations internationales. À l'heure actuelle, sur les 221 traités conclus au sein du Conseil de l'Europe, 152 sont ouverts aux États non membres sur invitation du Comité des ministres. Depuis 2012, le Bureau des Traités a reçu 96 demandes de la part d'États non membres souhaitant accéder aux conventions du Conseil de l'Europe. De même, compte tenu de l'augmentation sensible du recours aux protocoles additionnels et protocoles d'amendement pour compléter ou moderniser les conventions existantes, il est devenu nécessaire d'élaborer des clauses spécifiques pour ces instruments également. Toutefois, il a été estimé qu'un modèle spécifique de clauses finales pour les accords n'était plus indispensable, étant donné que le Conseil de l'Europe n'en élabore plus depuis 1996. Comme cela avait été le cas en 1980, le projet préparé par le Bureau des Traités a été soumis au CAHDI qui, grâce à l'expérience inestimable de ses membres, a contribué à ce que la version révisée actuellement examinée par le Comité des ministres pour adoption tienne compte de l'évolution récente du droit des traités.

52. En sa qualité d'Observatoire européen des réserves aux traités internationaux, le CAHDI examine les réserves et les déclarations susceptibles de donner lieu à des objections et, partant, encourage et surveille le respect, par les États, des règles du droit international public dans ce domaine. Il examine les réserves et les déclarations faites au sujet des conventions du Conseil de l'Europe et des conventions déposées auprès du Secrétaire général de l'ONU. Pour ce faire, il utilise le dialogue réservataire, qui donne aux États ayant formulé une réserve problématique l'occasion d'en clarifier la portée et l'effet et, si nécessaire, de la modérer ou de la retirer, tout en permettant aux autres délégations de comprendre les motifs qui sous-tendent la réserve avant d'y objecter officiellement. À cet égard, le CAHDI a récemment constaté la résurgence d'une tendance selon laquelle les États subordonnent l'application des dispositions d'une convention à leur droit interne. Bien entendu, de telles réserves sont inadmissibles ou prêtent à objection au regard du droit international à cause de l'insécurité juridique qu'elles créent et parce qu'elles sont contraires à l'objet et au but des traités concernés. Lors de ses dernières réunions, le CAHDI a abordé la question de l'utilisation des réserves et déclarations faites au sujet des traités internationaux comme moyen pour un État de souligner qu'il ne reconnaît pas un autre État ou de réaffirmer un différend territorial.

53. À titre d'exemple de la contribution du CAHDI au développement du droit international, Mme Kaukoranta évoque les discussions intéressantes qui ont lieu actuellement au Comité sur la question du règlement des différends de droit privé auxquels une organisation internationale est partie. Dans de nombreux cas, l'immunité des organisations internationales empêche les victimes d'un préjudice causé par le comportement d'une organisation internationale de faire aboutir une demande en réparation devant un tribunal national. Cette immunité est de plus en plus souvent remise en cause au motif que son maintien serait incompatible avec le droit d'accès à un tribunal. Si le thème revêt une importance pratique pour le Conseil de l'Europe, il dépasse clairement le cadre régional européen et constitue un bon exemple du rôle pionnier du CAHDI, qui sert de laboratoire pour les sujets étant, à l'heure actuelle, plus difficiles à examiner à un niveau plus universel en raison du plus grand nombre d'acteurs concernés. Le CAHDI tire pleinement parti de sa capacité à se concentrer de façon pragmatique sur des questions qui ne peuvent actuellement pas être traitées de la même manière au sein d'autres organisations internationales.

54. Passant à la contribution du CAHDI aux travaux de la Commission du droit international, Mme Kaukoranta dit que la Déclaration sur les immunités juridictionnelles des biens culturels appartenant à un État fait partie des nombreuses questions inscrites à l'ordre du jour du CAHDI qui ont un lien avec les sujets examinés par la Commission. La Déclaration, qui a été élaborée dans le cadre du CAHDI, est un document juridique non contraignant qui exprime une conception commune de l'*opinio juris* quant à la règle fondamentale selon laquelle un certain type de biens appartenant à un État, à savoir les biens culturels exposés, jouit de l'immunité contre toute mesure de contrainte telle que la saisie, la saisie-arrêt ou la saisie-exécution, qui pourrait être prise dans un autre État. En signant la Déclaration, les États reconnaissent le caractère coutumier de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui n'est pas encore entrée en vigueur. En janvier 2017, dans le cadre des efforts déployés pour faire mieux connaître la Déclaration au-delà des frontières du Conseil de l'Europe, les Représentants permanents de l'Autriche et de la République tchèque auprès de l'ONU ont transmis au Secrétaire général de l'ONU une lettre dans laquelle ils demandent que la Déclaration soit diffusée auprès des États Membres pour information au titre du point de l'ordre du jour de l'Assemblée générale intitulé « L'état de droit aux niveaux national et international ».

55. En conclusion, Mme Kaukoranta dit que la Commission et le CAHDI partagent l'objectif de promouvoir le rôle du droit international public dans les relations internationales. Le CAHDI poursuivra ses travaux, notamment sur les questions relatives au droit des traités, aux

immunités, aux sanctions, à la jurisprudence en matière de droit international public, au règlement pacifique des différends et à la justice pénale internationale. Ce faisant, il accueillera toujours avec satisfaction toute contribution de la Commission ou interaction avec elle.

56. M^me^ REQUENA (Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Secrétaire du CAHDI) dit que les principales priorités de l'actuelle présidence tchèque du Comité des ministres concernent la protection des droits fondamentaux des personnes appartenant à des groupes vulnérables ou défavorisés ainsi que la promotion de l'égalité des sexes. À cet égard, l'accent est mis en particulier sur la mise en œuvre des recommandations de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance et sur l'application de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Un autre objectif majeur de la présidence tchèque a trait à la mise en œuvre du Plan d'action du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants réfugiés et migrants en Europe (2017-2019), adopté récemment[297].

57. Passant à l'évolution récente du droit des traités au sein du Conseil de l'Europe, en particulier aux déclarations de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), M^me^ Requena dit que les Gouvernements de la France, de l'Ukraine et de la Turquie ont prolongé les déclarations d'état d'urgence dans leurs pays respectifs, ce qui leur permet de déroger à certaines de leurs obligations en vertu de la Convention. Pour ce qui est de la France, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a reçu le 21 décembre 2016 une notification lui indiquant que l'état d'urgence avait été prolongé pour une nouvelle période de six mois jusqu'au 15 juillet 2017. En ce qui concerne la Turquie, la déclaration de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention a été transmise au Secrétaire général en juillet 2016 à la suite de la tentative de coup d'état du 15 juillet de la même année. D'autres déclarations relatives à la prolongation de l'état d'urgence ont été transmises au Conseil en octobre 2016 et en janvier 2017, et la déclaration de dérogation concernant certains droits est actuellement prolongée jusqu'au 18 juillet 2017. Dans le même temps, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie des premières affaires concernant des mesures prises en vertu de l'état d'urgence. Dans quatre cas, les requêtes ont été déclarées irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes, et la Cour ne les a donc pas examinées au fond. Plus de 11 000 requêtes concernant des affaires liées à la tentative de coup d'état déjouée sont actuellement en instance devant la Cour.

58. Grâce à la coopération étroite entre le Conseil de l'Europe et les autorités turques, une commission nationale a été créée pour enquêter sur des violations présumées des droits de l'homme en lien, entre autres, avec des licenciements, des fermetures d'écoles et la confiscation de biens privés.

59. D'autres organes du Conseil de l'Europe ont examiné minutieusement les mesures prises par la Turquie au cours de l'état d'urgence. Dans son avis sur les décrets-lois d'urgence n^os^ 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'état avorté du 15 juillet 2016[298] et son avis sur les mesures adoptées en vertu des décrets-lois promulgués récemment dans le cadre de l'état d'urgence, sous l'angle du respect de la liberté de la presse[299], la Commission de Venise a reconnu le droit d'un gouvernement démocratiquement élu de se défendre, y compris en prenant des mesures extraordinaires. Elle a toutefois souligné que des mesures telles que la liquidation en masse des médias sur la base des décrets-lois d'urgence, ne reposant pas sur des décisions individualisées de sorte qu'elle ne saurait faire l'objet d'un recours judiciaire en temps utile, étaient inacceptables au regard du droit international des droits de l'homme.

60. Le 9 juin 2015, le Gouvernement ukrainien a informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de sa décision de recourir à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis, le Gouvernement a transmis, à trois reprises, une liste actualisée des localités des régions de Donetsk et de Luhansk qui sont placées sous son contrôle total ou partiel et couvertes par la dérogation toujours en vigueur.

61. En ce qui concerne la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier celui rendu en l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, le requérant est toujours en prison alors que la Cour a jugé que la privation de liberté dont il était victime constituait une violation non seulement de l'article 5 mais aussi de l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme. À la suite d'une mission du secrétariat réalisée en janvier 2017 au titre de l'article 52 de la Convention, le Gouvernement azerbaïdjanais a présenté au Comité des ministres un plan d'action prévoyant l'adoption de mesures législatives afin d'exécuter l'arrêt de la Cour. Toutefois, et comme le Comité des ministres l'a souligné en décembre 2016, la poursuite de la détention arbitraire d'Ilgar Mammadov constitue une violation flagrante des obligations découlant du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention, et le Comité envisage de saisir la Cour de la question de savoir si l'Azerbaïdjan a failli à son obligation d'exécuter les arrêts de la Cour.

62. Quant aux faits nouveaux concernant d'autres conventions du Conseil de l'Europe, la Convention révisée du Conseil de l'Europe sur la coproduction cinématographique, ouverte à la signature le 30 janvier 2017 à Rotterdam (Pays-Bas), entrera en vigueur le 1^er^ octobre 2017 pour les États qui l'ont déjà ratifiée. La Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels a été ouverte à la signature le 19 mai 2017 à Nicosie et signée à cette occasion par six États, y compris le Mexique qui est un État non membre. Destinée à empêcher et à combattre le trafic illicite et la destruction de biens culturels, elle s'inscrit dans le cadre des initiatives entreprises par le Conseil de l'Europe pour lutter contre

[297] Document CM(2017)54-final, adopté à Nicosie, le 19 mai 2017.

[298] Avis n^o^ 865/2016, adopté par la Commission de Venise lors de sa 109^e^ session plénière (Venise, 9-10 décembre 2016) [CDL-AD(2016)037] (en anglais seulement).

[299] Avis n^o^ 872/2016, adopté par la Commission de Venise lors de sa 110^e^ session plénière (Venise, 10-11 mars 2017) [CDL-AD(2017)007].

le terrorisme et la criminalité organisée. Seul instrument international à traiter spécifiquement de la criminalisation du trafic illicite de biens culturels, la Convention confère le caractère d'infraction pénale à un certain nombre d'actes, notamment le vol, les fouilles illégales, l'importation et l'exportation illicites ou encore l'acquisition et la mise sur le marché illicites. Elle entrera en vigueur quand elle aura été ratifiée par cinq États, dont au moins trois membres du Conseil de l'Europe. Le protocole modifiant la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel fait actuellement l'objet de négociations, et la possibilité de le faire entrer en vigueur par acceptation tacite est à l'étude.

63. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, relevant que la Déclaration sur les immunités juridictionnelles des biens culturels appartenant à un État est considérée comme l'expression d'une conception commune de l'*opinio juris* dans le cadre du Conseil de l'Europe, demande comment le CAHDI entend procéder pour parvenir à une compréhension plus globale de cette *opinio juris*, notamment au sein du système des Nations Unies.

64. L'orateur souhaite également savoir dans quelle mesure la Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels a contribué à remédier aux imperfections d'instruments similaires, en particulier celles de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, de 1970. Par exemple, il est généralement difficile d'exiger la restitution de biens culturels qui ont été exportés illicitement. Les tribunaux nationaux ont tendance à protéger les détenteurs de bonne foi et la charge de la preuve incombe au demandeur, mais il est difficile de prouver que des fouilles clandestines ont eu lieu. M. Vázquez-Bermúdez souhaiterait obtenir des informations sur la manière dont ces problèmes ont été abordés lors des négociations et dans le texte final de la Convention.

65. Mme KAUKORANTA (Présidente du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public) dit que les auteurs de la Déclaration sur les immunités juridictionnelles des biens culturels appartenant à un État ont déjà pris des mesures afin que la Déclaration soit diffusée auprès des États Membres de l'ONU à des fins d'information. Le Conseil de l'Europe s'emploiera à faire mieux connaître la Déclaration au niveau international et à assurer l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui n'a pas encore été ratifiée par le nombre requis d'États.

66. Mme REQUENA (Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Secrétaire du CAHDI) précise que la Déclaration a été signée par un État non membre du Conseil de l'Europe, à savoir le Bélarus.

67. La Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels a été élaborée pour faire face à l'utilisation, dans certains pays, de la destruction de masse de biens culturels comme arme de guerre. Elle couvre le vol et vise à remédier à certaines des imperfections de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, mais elle ne saurait être considérée comme la panacée. Le fait que la charge de la preuve incombe au demandeur dans les affaires de restitution continuera à représenter un obstacle considérable. Mme Requena ajoute qu'elle fournira volontiers à la Commission un rapport détaillé sur les difficultés rencontrées lors des négociations concernant la Convention.

68. M. ŠTURMA demande si le CAHDI, en sa qualité d'Observatoire européen des réserves aux traités internationaux, a envisagé la possibilité d'examiner la nature des dérogations au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

69. M. PARK, faisant observer que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas ouverte aux États non membres du Conseil de l'Europe, demande sur quels critères repose la décision d'ouvrir certaines des conventions du Conseil aux non-membres.

70. Mme LEHTO dit qu'elle souhaiterait obtenir des renseignements sur la mesure dans laquelle le CAHDI se réfère au Guide de la pratique sur les réserves aux traités[300], publié par la Commission en 2011, ainsi que sur l'état de la ratification de la Convention sur la cybercriminalité.

71. M. HASSOUNA, relevant que la question des sanctions a été inscrite à l'ordre du jour du CAHDI, souhaite savoir lesquels de ses aspects seront examinés. Il aimerait également savoir si, et dans l'affirmative comment, le CAHDI compte renforcer ses relations avec d'autres organismes régionaux traitant du droit international tels que le Comité juridique interaméricain et la Commission de l'Union africaine sur le droit international.

72. Mme KAUKORANTA (Présidente du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public) dit que le Guide de la pratique sur les réserves aux traités a apporté une contribution précieuse aux travaux du CAHDI et qu'elle a personnellement utilisé le Guide pour résoudre des questions d'interprétation. Le dialogue réservataire donne la possibilité aux États membres du Conseil de l'Europe d'examiner les réserves en suspens lors des réunions du CAHDI. Si une réserve est formulée par un État non membre, le CAHDI essaie d'obtenir des informations de la part de cet État avant sa réunion suivante, si tant est que cela soit possible dans le délai imparti aux objections. C'est à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il revient d'examiner la nature des dérogations au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et elle ne prévoit aucune délibération institutionnelle sur ce sujet au sein du CAHDI. La question des sanctions est inscrite à l'ordre du jour du CAHDI depuis longtemps et continuera d'être examinée, en particulier à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice européenne.

[300] Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 23 et suiv. Voir aussi la résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe.

73. Mme REQUENA (Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe et Secrétaire du CAHDI) ajoute que, pour ce qui est de l'ouverture des conventions du Conseil de l'Europe aux États non membres, la Convention européenne des droits de l'homme est un cas très spécifique. La politique générale adoptée pour toutes les autres conventions, en particulier ces vingt dernières années, a été d'encourager l'adhésion des non-membres. Bien qu'elle n'ait pas à portée de main des informations complètes sur l'état de la ratification de la Convention sur la cybercriminalité, l'oratrice souhaite informer la Commission que le Sénégal, le Chili et les Tonga sont les derniers États en date à avoir adhéré à la Convention et que le Sénégal a également adhéré à son protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. La veille, le Comité des ministres a décidé d'étudier la possibilité d'ouvrir la Convention au Nigéria. Enfin, pour que le CAHDI établisse des relations officielles avec d'autres organismes régionaux traitant du droit international, il faut que ceux-ci déposent une demande officielle de statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe.

La séance est levée à 13 h 5.

3372e SÉANCE

Mardi 11 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA
(Vice-Président)

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite**) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite**)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du deuxième rapport établi par le Rapporteur spécial sur le *jus cogens* (A/CN.4/706).

2. M. KOLODKIN dit que l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) constitue indéniablement le point de départ pour l'analyse de l'ensemble du régime juridique du *jus cogens*. Ce régime repose notamment sur la notion de normes impératives et sur les effets des normes en question, en droit conventionnel ainsi qu'en droit de la responsabilité de l'État pour ce qui est des questions de compétence. S'il s'agit de définir ou d'évoquer la notion de norme impérative, l'article 53 sert simplement de cadre et non de point de départ. Le projet de conclusion 1[301] limite la portée du sujet aux normes impératives du droit international général et, comme il a été indiqué dans le rapport provisoire établi par le Comité de rédaction l'année précédente, cela ne remet pas en cause la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional. M. Nolte a évoqué la possibilité qu'il existe non seulement un *jus cogens* régional mais aussi des normes impératives « particulières ». Il faut espérer que le Rapporteur spécial pousse plus loin l'examen de cette question. Il conviendrait d'expliquer clairement dans les projets de conclusion que la Commission ne traite que des normes impératives du droit international général, ce qui ne remet pas en question l'existence éventuelle de normes du *jus cogens* régionales ou particulières. À cet égard, M. Kolodkin soutient la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet.

3. La définition des normes impératives du droit international général adoptée par le Comité de rédaction dans le projet de conclusion 2[302] reproduit la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Peut-être cette approche était-elle la seule envisageable, mais elle soulève certaines difficultés. L'une d'elles tient à la décision du Rapporteur spécial de ne retenir que deux des trois critères de détermination du *jus cogens* énoncés à l'article 53 et de considérer le moyen par lequel une norme du *jus cogens* peut être modifiée comme un élément descriptif plutôt que comme l'un de ces critères. Les critiques formulées par M. Murphy et M. Park à cet égard devraient être prises en considération. Le Comité de rédaction a estimé que le fait qu'une norme du *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère constituait un élément clef de la définition énoncée dans la Convention de Vienne de 1969.

4. Le Rapporteur spécial fait observer dans son deuxième rapport que la première phrase de l'article 53, selon laquelle est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, va à l'encontre d'une norme impérative du droit international, n'a pas pour objet de définir le *jus cogens* mais d'exposer la conséquence d'un conflit entre une disposition conventionnelle et une norme du *jus cogens*. Jiménez de Aréchaga a déjà considéré que la définition du *jus cogens* donnée à l'article 53 est fondée sur les effets juridiques de la règle et non sur sa nature intrinsèque. Si tel est bien le cas − et c'est ce que pense M. Kolodkin − la Commission devrait faire figurer les conséquences d'un conflit entre une disposition conventionnelle et une norme impérative du droit international général parmi les critères de détermination des normes du *jus cogens*. Les travaux du Rapporteur spécial vont dans ce sens. Le critère de la reconnaissance en tant que norme du droit international

* Reprise des débats de la 3370e séance.

[301] Pour le projet de conclusion 1 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

[302] Le projet de conclusion 2 avait été proposé en tant que projet de conclusion 3 par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (voir ibid.). Il a été renuméroté par le Comité de rédaction à la session précédente (voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3342e séance, par. 12).

général ne permettant pas en lui-même de distinguer les normes du *jus cogens* des autres normes, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial a précisé qu'une norme du *jus cogens* doit répondre à ce critère tout en étant acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

5. La question de savoir s'il suffit qu'une norme réponde aux deux critères retenus par le Rapporteur spécial pour être reconnue en tant que norme du *jus cogens*, distincte de toutes les autres normes du droit international général, doit être approfondie. Il pourrait exister d'autres normes du droit international général auxquelles il n'est pas permis de déroger, y compris par la conclusion d'un instrument international. Par exemple, si la Charte des Nations Unies contenait des normes du droit international général, serait-il possible de conclure un traité qui dérogerait à ses dispositions ?

6. Il se pose également la question de savoir s'il est possible de déroger à des obligations *erga omnes*.

7. À première vue, cela n'est pas permis, même dans le cadre d'un traité bilatéral. Si tel n'était pas le cas, le critère d'indérogeabilité, même considéré conjointement avec le critère de reconnaissance en tant que norme du droit international général, ne permettrait pas de faire le départ entre les normes du *jus cogens* et certaines autres normes du droit international général. Plus précisément, la question doit être envisagée en premier lieu sous l'angle de la relation entre les normes impératives, les normes prévoyant des obligations *erga omnes* et les obligations énoncées dans la Charte des Nations Unies, eu égard à l'Article 103 de celle-ci. Pour M. Kolodkin, ce qui différencie les normes du *jus cogens* de toutes les autres normes c'est leur effet invalidant prévu aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969. Il est difficile d'imaginer d'autres normes du droit international général, y compris celles auxquelles il est impossible de déroger, entre autres, par voie conventionnelle, ayant le même effet invalidant, y compris sur les traités. C'est précisément la raison pour laquelle la deuxième phrase de l'article 53 doit être lue conjointement avec la première phrase de cet article et avec l'article 64.

8. C'est l'effet invalidant des normes impératives, et pas seulement leur indérogeabilité, qui constitue le critère le plus important, le plus absolu et le plus nécessaire pour déterminer leur existence. Comme l'a relevé Grigory Tunkin, l'une des particularités des normes impératives est que deux ou plusieurs États ne peuvent y déroger en concluant une convention, et que tout accord portant atteinte à de telles normes est nul. Robert Kolb a lui aussi déclaré qu'il préférait définir les normes impératives par leur effet, à savoir la nullité des dispositions conventionnelles contraires aux normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial entend analyser les effets des normes impératives dans son troisième rapport ; il serait utile qu'il examine les liens entre les normes impératives et d'autres normes du droit international auxquelles il n'est pas permis de déroger. La Commission devrait se ménager la possibilité de revenir sur la définition des normes impératives et leurs critères d'identification à un stade ultérieur.

9. Dans son deuxième rapport (par. 18 à 27), le Rapporteur spécial réexamine la question des valeurs consacrées par les normes impératives et celle de la supériorité hiérarchique de ces normes, toutes deux traitées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3. L'applicabilité universelle du *jus cogens* est en fait mentionnée dans la définition du droit international général donnée au paragraphe 1 du projet de conclusion 5. Les valeurs consacrées par les normes impératives et la supériorité hiérarchique de ces normes sont considérées comme des éléments descriptifs. M. Murase les a qualifiés à juste titre d'éléments extrajuridiques ; en tant que tels, ils ne devraient pas figurer dans le texte des projets de conclusion. Si le Rapporteur spécial et la Commission estiment qu'ils revêtent une importance particulière, ils pourraient être mentionnés dans le commentaire. Du point de vue juridique, la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* résulte de leur effet invalidant. Compte tenu de l'importance de cet effet dans la détermination des normes du *jus cogens*, il se pourrait qu'un deuxième paragraphe traitant de l'effet invalidant de ces normes doive être ajouté au projet de conclusion 2. Un tel ajout alignerait la définition sur celle donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et permettrait d'exprimer l'idée d'une hiérarchie dominée par le *jus cogens*. La doctrine signale également à juste titre que cette hiérarchie vaut pour les normes du droit international et non pour ses sources.

10. M. Kolodkin approuve la notion du « double consentement » appliqué aux normes impératives, et la déclaration du Rapporteur spécial selon laquelle l'attitude des acteurs non étatiques ne peut constituer l'acceptation et la reconnaissance des normes impératives par la communauté internationale. Comme l'ont dit de nombreux autres membres de la Commission, la notion de communauté internationale des États dans son ensemble devrait s'entendre comme étant constituée d'une très grande majorité d'États et pas simplement d'une majorité d'entre eux ; comme l'a relevé Roberto Ago, cette entité devrait également englober l'ensemble des régions et des groupements d'États et, selon M. Kolodkin, l'ensemble des systèmes juridiques.

11. Le Rapporteur spécial a considéré que, le droit international général comprenant le droit international coutumier et les principes généraux du droit, seuls la coutume et les principes généraux peuvent constituer des sources de normes impératives du droit international général, les instruments internationaux ne le pouvant pas. Il cite trois auteurs ayant un point de vue différent, à la note de bas de page appelée à la fin de la première phrase du paragraphe 54, mais on pourrait en ajouter d'autres, dont Lord McNair, Virally, El-Arian et Zemanek, ainsi que plusieurs membres de la Commission, en particulier M. Rajput et M. Šturma. En 1993, Grigory Tunkin disait que la Commission était convaincue de rédiger des projets d'article destinés à faire partie du droit international général et qu'elle n'employait jamais les termes « droit international général » et « droit international coutumier » comme des synonymes. Il est notoire que les pays socialistes et les pays en développement ont été les principaux partisans d'un renforcement de la catégorie des normes impératives du droit international. Pour ces pays et pour les tenants de leur doctrine, la principale source du droit international, notamment du droit international général, était constituée

par le droit conventionnel. C'est ce qui semble ressortir des travaux de la Commission des années 1960 aux années 1980. La Commission a vu sa composition évoluer à de nombreuses reprises depuis lors, mais ce n'est qu'à partir des années 2000 qu'elle semble avoir commencé à considérer le droit international général et le droit international coutumier comme des notions équivalentes dans certains contextes, comme le montrent ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et sur la fragmentation du droit international. En principe, toutefois, la Commission n'a jamais exclu les traités des sources possibles du droit international général.

12. M. Kolodkin souscrit aux observations de M. Rajput sur la signification du paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités[303] de 1966 rédigé par la Commission et désapprouve par conséquent les commentaires que le Rapporteur spécial émet sur ce point au paragraphe 55 de son deuxième rapport. La Commission a admis clairement qu'une norme impérative pouvait être modifiée par un instrument international. Elle doit donc reconnaître qu'une norme impérative du droit international général peut être créée par voie conventionnelle. Lorsqu'elle a cité les principes régissant l'emploi de la force comme un exemple de norme du droit international général d'application universelle, la Commission a affirmé que ces principes étaient en fait énoncés dans la Charte des Nations Unies et non pas qu'ils s'en dégageaient. Pour M. Kolodkin, les instruments internationaux peuvent constituer une source de normes impératives du droit international général ; en d'autres termes, ils peuvent directement créer de telles normes. Un traité − en particulier un traité international universel de normalisation, parfois dénommé « traité international général » − pourrait prévoir que les États parties n'ont pas la possibilité de conclure des traités contraires à ses dispositions et que de tels traités sont par définition invalides.

13. La majorité de la Commission semble être d'avis que le critère de la reconnaissance par la « communauté internationale des États dans son ensemble », requis pour la création d'une norme impérative du droit international général, ne signifie pas nécessairement qu'une unanimité est nécessaire : une très grande majorité d'États pourrait suffire. La question se pose donc de savoir pourquoi une telle communauté internationale d'États ne pourrait pas être constituée par les parties à un instrument international qui serait le fruit d'une participation très large et représentative. Si les parties à un traité international universel peuvent établir une telle hiérarchie, comme cela est prévu à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, pour quelle raison ne pourraient-elles pas élever une norme du droit international général universel au rang de *jus cogens* ? Le Rapporteur spécial semble être presque disposé à admettre une telle possibilité au paragraphe 75 de son rapport, sans toutefois franchir le pas.

14. La possibilité de créer une norme impérative par voie conventionnelle soulève une autre question. Pour M. Kolodkin, la formation d'une norme du droit international général et l'acceptation et la reconnaissance de cette norme en tant que norme impérative ne constituent pas nécessairement deux étapes consécutives. Elles ne doivent être considérées comme telles que dans l'hypothèse où une norme impérative est issue de la coutume. S'il est admis qu'une norme impérative peut être créée par voie conventionnelle, il devient évident que tous les critères peuvent être réunis simultanément.

15. Outre les questions que le Rapporteur spécial a déjà recensées pour la suite des travaux, M. Kolodkin pense comme M. Park et M. Šturma qu'il conviendrait de réfléchir à la question des liens entre les normes impératives, la juridiction et l'immunité. Après un examen des effets des normes impératives dans les domaines qui ne relèvent pas du droit conventionnel, la Commission pourrait proposer un nouveau raisonnement sur les effets ou les conséquences des normes impératives, étant donné que la définition de ces normes est empruntée au droit conventionnel. M. Kolodkin propose de nouveau que la Commission se ménage la possibilité de revenir sur la définition des normes impératives et sur les critères de leur identification lorsqu'elle aura examiné les effets du *jus cogens* dans des domaines autres que le droit conventionnel.

16. M^me^ LEHTO dit que le choix du Rapporteur spécial de retenir deux critères d'identification du *jus cogens* fondés sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est conforme à la pratique des États, aux décisions des cours et tribunaux internationaux, à la doctrine et aux travaux antérieurs de la Commission. Dans tous ces contextes, l'article 53 est considéré comme une définition générale du *jus cogens* au regard du droit international, y compris dans les domaines qui ne relèvent pas du droit conventionnel. Différents points de vue concernant ces deux critères ont néanmoins été exprimés au cours du débat. M. Nguyen a proposé de les considérer comme trois critères cumulatifs. M. Murphy a suggéré de leur adjoindre le dernier membre de phrase de l'article 53, qui porte sur la modification d'une norme du *jus cogens*, une proposition reprise par M. Hmoud, M. Hassouna et M. Kolodkin. Même si la proposition de M. Nguyen semblait n'être qu'une question de présentation, elle a amené les membres à se demander si le fait de présenter l'indérogeabilité des normes du *jus cogens* comme un critère indépendant et de placer ce critère avant l'acceptation et la reconnaissance pouvait donner l'impression qu'il constituait une qualité inhérente aux normes en question. L'article 53 est toutefois pleinement conforme à la vision consensuelle du droit international et fait de l'acceptation par les États le principal − voire l'unique − critère du *jus cogens*.

17. Il importe de rappeler à cet égard que le *jus cogens* est un domaine très particulier du droit international constitué de normes fondamentales ayant des effets potentiellement considérables. Les critères du *jus cogens* doivent être suffisamment rigoureux pour distinguer les normes impératives des autres catégories de normes du droit international. Le premier critère énoncé au paragraphe 39 du deuxième rapport n'est pas pertinent à cet égard : le fait que seule une norme du droit international général soit apte à s'élever au rang de norme du *jus cogens* représente une condition préalable nécessaire à l'acquisition d'un tel statut mais ne constitue pas une qualité permettant de

[303] Le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv. Pour le paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 50, voir ibid., p. 270.

distinguer les normes impératives des autres normes. Rien n'indique non plus avec certitude que le deuxième critère permette d'établir cette distinction.

18. L'indérogeabilité, qui est d'une nature très particulière dans le cas du *jus cogens*, est évoquée dans d'autres contextes et à d'autres fins, l'exemple le plus évident étant celui des « clauses de non-dérogation » contenues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme. Dans son observation générale no 29 (2001) sur les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence, le Comité des droits de l'homme a relevé que le fait que certaines dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques soient proclamées non susceptibles de dérogation pourrait être interprété en partie comme une constatation de leur caractère de *jus cogens*[304]. Le Comité a toutefois souligné que cela ne valait pas pour toute la liste de dispositions du Pacte non susceptibles de dérogation, et que certaines dispositions avaient été incluses dans cette liste uniquement parce qu'elles portaient sur des droits dont la dérogation ne pourrait jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception. L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation était donc « liée − sans se confondre avec elle − à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêt[ai]ent le caractère de normes impératives du droit international[305] ». Le Rapporteur spécial voudra peut-être traiter la question des clauses de non-dérogation contenues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme dans son troisième rapport, lorsqu'il examinera les conséquences des normes du *jus cogens*.

19. Les deux critères proposés ne semblent pas exploiter pleinement le potentiel de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Comme l'a relevé M. Murphy, rejoint par d'autres membres de la Commission, un autre critère pourrait être dégagé du dernier membre de phrase de l'article 53, selon lequel une norme impérative ne peut être modifiée que par une nouvelle norme ayant le même caractère. L'ajout de cette condition relèverait le seuil fixé et soulignerait la particularité des normes impératives. Il permettrait notamment de souligner qu'une violation de ces normes, par exemple le recours par certains États à la torture, n'a pas pour effet de les affaiblir ni de les altérer, car elles ne peuvent être modifiées que par la procédure spéciale décrite à l'article 53.

20. Au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial fait référence à trois « caractéristiques descriptives par opposition aux éléments (ou critères) constitutifs des normes du *jus cogens* ». On pourrait toutefois se demander s'il existe des normes impératives n'ayant pas comme particularités de refléter des valeurs fondamentales et d'être hiérarchiquement supérieures et universellement applicables. Mme Lehto pense comme M. Nolte, M. Hmoud et M. Šturma que les trois caractéristiques, mais en particulier l'idée que les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont essentielles pour compléter les critères tirés de l'article 53. M. Nolte a fait remarquer que le statut de norme impérative doit être lié au contenu matériel des normes du *jus cogens* et aux valeurs qu'elles reflètent. Au paragraphe 2 de son commentaire de ce qui est devenu l'article 53, la Commission a elle aussi souligné l'importance de la teneur des normes impératives, précisant que ce n'est pas la forme d'une règle générale du droit international mais la nature particulière de la question qu'elle aborde qui peut lui conférer le caractère de *jus cogens*. Mme Lehto approuve donc le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit, au paragraphe 76 de son deuxième rapport, que le contenu des normes impératives, et les valeurs qu'elles visent à protéger, constituent les raisons sous-jacentes du caractère impératif de ces normes, alors que ce qui les identifie en tant que normes du *jus cogens* est le fait que ce statut soit accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. Les deux éléments sont intrinsèquement liés : c'est en raison de leur teneur et des valeurs qu'elles reflètent que ces normes sont acceptées et reconnues en tant que normes impératives.

21. La notion de « double acceptation » exposée au paragraphe 77 du rapport constitue un outil d'analyse utile pour souligner la nature spécifique de l'*opinio juris cogentis*. Mme Lehto convient avec le Rapporteur spécial que l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble » signifie que l'acceptation ou le consentement des États ne doit pas être donné individuellement mais dans le cadre d'un acte collectif. Comme l'a dit Conklin, la volonté des États en tant que membres de la communauté internationale ne doit pas être interprétée comme la somme des volontés particulières de chaque État.

22. Mme Lehto pense comme d'autres intervenants qu'il conviendrait de simplifier et de condenser les projets de conclusion. Elle est néanmoins favorable à l'introduction, dans le projet de conclusion 4, d'un troisième alinéa inspiré de la dernière phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, modification qui en entraînerait d'autres dans certains des projets de conclusion suivants. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, elle souscrit à l'avis exprimé par M. Nolte au sujet de la notion de droit international général, qui semble exclure la possibilité d'un *jus cogens* régional, et elle convient qu'il serait préférable de ne pas se prononcer sur cette question, le Rapporteur spécial souhaitant l'examiner à un stade ultérieur. Elle ne voit aucun problème de fond dans les déclarations figurant aux paragraphes 2 à 4 du projet de conclusion 5, selon lesquelles les trois principales sources de droit pourraient servir de fondement au *jus cogens*, et elle convient que les projets de conclusions 6 et 8 pourraient être fusionnés.

23. En ce qui concerne le projet de conclusion 7, Mme Lehto doute de l'utilité de la seconde phrase du paragraphe 1. Au paragraphe 3, l'expression « une large majorité » devrait être remplacée par « une très large majorité », conformément à la déclaration du Président du Comité de rédaction à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités à laquelle renvoie le paragraphe 67 du rapport[306]. Bien que le projet de conclusion 9 s'inspire étroitement

[304] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 40*, vol. I [A/56/40 (vol. I)], annexe VI.

[305] Voir ibid., par. 11.

[306] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), déclaration de M. Yasseen, Président du Comité de rédaction, quatre-vingtième séance, p. 514, par. 12.

des projets de conclusions 11 à 14 sur la détermination du droit international coutumier[307], le Rapporteur spécial s'est écarté de ces textes en mettant en évidence la valeur des travaux de la Commission.

24. M^me^ Lehto approuve la proposition de renommer le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ainsi que les propositions concernant le programme de travail futur figurant au paragraphe 93 du rapport. Quant à savoir si le Rapporteur spécial devrait établir une liste indicative des normes du *jus cogens*, et quels en seraient le fondement et la forme, il serait préférable de renvoyer à des normes particulières du *jus cogens* dans le corps du rapport suivant − et, en dernier lieu, dans les commentaires des projets de conclusion − plutôt que de s'atteler à l'établissement d'une liste, qui risque de prendre beaucoup de temps.

25. En conclusion, M^me^ Lehto dit qu'elle approuve le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction et félicite le Rapporteur spécial pour son travail.

26. Sir Michael WOOD dit que le Rapporteur spécial a abordé le sujet d'une manière essentiellement pratique, selon ce qui convient pour les travaux de la Commission. L'idée de rédiger des projets de conclusion semble avoir été acceptée, et l'intention du Rapporteur spécial de faire en sorte que ces textes reflètent le droit et la pratique actuels en matière de *jus cogens* et n'entrent pas dans des débats théoriques est à saluer. Sir Michael Wood souscrit à la proposition de nouvel intitulé du sujet.

27. Le *jus cogens* n'est pas un sujet facile. Pour beaucoup, le *jus cogens* est une notion empreinte de mystère et de controverse, qui fait l'objet d'une littérature abondante, largement théorique et souvent contradictoire. Il est invoqué par les tribunaux, mais il apparaît avant tout dans les spéculations des auteurs bien plus qu'il n'est effectivement appliqué. Il semble que très peu de règles aient été acceptées en tant que *jus cogens*. C'est probablement une bonne chose car à l'évidence le sujet peut donner matière à abus. Même le principe fondamental du droit international, *pacta sunt servanda*, et, de fait, ce principe en particulier, doit céder le pas au *jus cogens*.

28. La Commission devant, dans la mesure du possible, faire preuve de cohérence, Sir Michael Wood apprécie que le Rapporteur spécial se soit efforcé d'inclure dans son deuxième rapport de nombreuses références à d'autres sujets. Le premier rapport contenait un bref historique des négociations ayant abouti à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Étant donné qu'une grande partie du débat de cette époque demeure largement pertinente pour les travaux actuels de la Commission, il pourrait être nécessaire d'exposer de manière plus approfondie, plus systématique et plus chronologique l'historique des négociations ayant abouti non seulement à l'article 53 mais aussi aux autres dispositions pertinentes de la Conventions de Vienne de 1969 et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986.

29. En ce qui concerne les questions de fond soulevées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, Sir Michael Wood fait observer qu'aux paragraphes 18 à 30 le Rapporteur spécial revient sur sa proposition − longuement examinée l'année précédente − d'inclure dans les projets de conclusion un paragraphe décrivant ce qu'il qualifie tour à tour de caractéristiques ou d'éléments descriptifs. Pour les raisons que lui-même et d'autres membres ont exposées, Sir Michael Wood n'est pas convaincu de l'utilité d'un tel paragraphe descriptif. Il n'est pas non plus convaincu de l'utilité de la distinction sur laquelle le Rapporteur spécial continue d'insister, entre les « éléments (ou critères) constitutifs » permettant de déterminer les normes du *jus cogens* et les « caractéristiques descriptives » du *jus cogens*, qui pourraient être pertinentes pour « évaluer » les critères d'identification des normes du *jus cogens*. Les explications ambiguës données dans le deuxième rapport ne font que confirmer qu'une telle disposition serait non seulement superflue mais aussi potentiellement dommageable. Le rapport ne permet pas de distinguer clairement entre, d'une part, les caractéristiques descriptives et, d'autre part, les critères d'identification, et Sir Michael Wood se demande si la Commission ne risquerait pas de modifier le sens de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 en adoptant une telle approche. Tout élément descriptif qui pourrait être considéré comme utile − et Sir Michael Wood n'est pas convaincu qu'il en existe − pourrait être mentionné dans le commentaire des projets de conclusion.

30. Le premier critère d'identification d'une norme du *jus cogens* est qu'il doit s'agir d'une « norme du droit international général ». Sir Michael Wood essaie de ne pas employer les termes « norme » et « droit international général » mais ils ne peuvent être évités dans le présent contexte. Le terme « droit international général » est déjà examiné dans le rapport ; en revanche, il pourrait être utile d'expliquer dans le commentaire que, dans le présent contexte, « norme » est simplement synonyme de « règle ».

31. La Commission doit résoudre un problème plus épineux, à savoir trouver les moyens de clarifier le sens du terme « droit international général » dans le contexte du *jus cogens* en tenant compte de ce que le terme pourrait signifier au-delà de ce contexte. Sir Michael Wood attire l'attention sur une note de bas de page du commentaire du projet de conclusion 1 sur la détermination du droit international coutumier, où il est dit que l'expression « droit international général » est employée de diverses manières, notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel, de droit international coutumier ou de principes généraux du droit[308]. Il convient également de relever les observations intéressantes de M. Kolodkin au sujet du terme en question.

32. Dans le contexte du sujet à l'examen, la question à examiner est la manière dont ce terme est employé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial semble conclure que le terme renvoie principalement au droit international coutumier et peut-être également aux principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour

[307] *Annuaire… 2016*, vol. II (2^e^ partie), p. 79 à 85 (projets de conclusions 11 à 14).

[308] Voir ibid., p. 66, note de bas de page 252.

internationale de Justice, mais pas au droit conventionnel, bien que celui-ci puisse refléter le droit international général. Sir Michael Wood n'est toutefois pas certain que la Commission puisse être aussi catégorique. La réponse à la question de savoir si les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent être considérés comme du droit international général au sens de l'article 53 semble dépendre de la manière dont ces principes sont perçus.

33. En ce qui concerne les traités, il est vrai qu'ils sont rarement des instruments généraux dans le sens où ils seraient contraignants pour tous les États ou pratiquement tous les États. Néanmoins, comme l'ont relevé d'autres intervenants, il n'existe en principe aucune raison d'exclure une telle possibilité. Il est difficile de ne pas souscrire à l'analyse proposée par M. Kolodkin à cet égard. Une autre question, qui n'est pas abordée dans le deuxième rapport, est la mesure dans laquelle les normes du droit international général lient les sujets de droit international autres que les États. À l'évidence cette question est liée aux effets du *jus cogens* et elle pourrait être traitée par le Rapporteur spécial dans un futur rapport.

34. Le deuxième critère d'identification du *jus cogens* doit faire l'objet d'une analyse plus précise que celle présentée dans le deuxième rapport. Sir Michael Wood pense comme de nombreux autres membres que ce deuxième critère devrait être complété par l'exigence selon laquelle une norme du *jus cogens* « ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens* ». Cette exigence n'est pas seulement une conséquence du *jus cogens* dans la mesure où elle renvoie à ce qui se passe après l'émergence d'une norme de *jus cogens*.

35. Une question gagnerait à être analysée de manière plus approfondie : celle de la signification de la formule « acceptée et reconnue ». Le Rapporteur spécial semble expliquer cette formule en renvoyant à l'emploi qui en est fait à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; pourtant, l'historique de la rédaction rappelé au paragraphe 67 du rapport n'est pas très éclairant à cet égard. Il n'est pas aisé de comprendre pour quelle raison le libellé de l'Article 38 devrait être pertinent s'agissant de la reconnaissance et de l'acceptation d'une règle à laquelle il n'est pas permis de déroger et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*. On ne peut pas simplement partir de l'idée que les mots « acceptée » et « reconnue » sont des équivalents dont l'emploi est fonction de la source visée. Ils ont peut-être des significations différentes et sont peut-être cumulatifs, comme le laisse supposer leur sens courant. Par exemple, on pourrait penser que la « reconnaissance » des normes du *jus cogens* en tant que droit international coutumier suppose que le silence ne suffit pas à cette fin, alors qu'il pourrait être une preuve de l'acceptation. On pourrait également demander pourquoi le mot « acceptée » devrait précéder le mot « reconnue », d'autant que celui-ci figure en premier dans la liste de l'Article 38. Le Rapporteur spécial a donné quelques détails sur le point de savoir si l'expression « acceptée et reconnue » renvoie au droit international général plutôt qu'à l'indérogeabilité, mais c'est un faux problème puisque la version anglaise comme la version française font clairement mention de l'indérogeabilité.

36. L'expression « dans son ensemble », dans la formule « communauté internationale des États dans son ensemble », n'est pas suffisamment expliquée dans le rapport. Il n'est pas du tout évident qu'elle signifie que l'acceptation et la reconnaissance ne peuvent être que collectives et ne sauraient être individuelles. Lorsqu'il écrit que des preuves potentielles de « l'acceptation comme étant le droit » aux fins de la détermination du droit international coutumier sont également pertinentes en matière de *jus cogens*, le Rapporteur spécial semble admettre que l'acceptation individuelle pourrait être pertinente. Sir Michael Wood pense lui aussi que l'expression « une large majorité » ne rend pas l'idée du critère en question ; il n'est pas certain que l'expression « une très large majorité » soit plus adaptée.

37. Sir Michael Wood n'est pas convaincu que le processus en deux étapes proposé par le Rapporteur spécial pour la formation des normes du *jus cogens* soit incontournable, même s'il est séduisant du point de vue méthodologique et s'il correspond à la manière dont les choses se passent dans bien des cas. Le renvoi aux travaux antérieurs de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, au paragraphe 40 du rapport, ne semble pas confirmer cette hypothèse. La solution consisterait peut-être à éviter de suggérer l'existence de deux étapes successives.

38. En conclusion, Sir Michael Wood dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction de tous les textes à l'examen, qui pourront ainsi gagner en concision et en cohérence.

39. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ félicite le Rapporteur spécial pour la grande concision de son deuxième rapport, fruit de recherches étendues et d'une analyse rigoureuse de documents pertinents. Les projets de conclusion proposés permettront à la Commission de progresser à grands pas dans la clarification de la nature juridique des normes du *jus cogens* et des éléments permettant leur identification. M. Vázquez-Bermúdez accueille avec satisfaction la décision d'établir les critères constitutifs des normes du *jus cogens* à partir de la Convention de Vienne de 1969, car la définition et les principaux éléments de ces normes tels qu'ils apparaissent dans la Convention sont ceux généralement acceptés par les États, dans la jurisprudence nationale et internationale et dans la doctrine.

40. Dans son rapport (chap. I, sect. C), le Rapporteur spécial examine les questions découlant des débats que la Commission et la Sixième Commission ont consacrés au paragraphe 2 du projet de conclusion 3[309] et étaye celui-ci par de nouveaux éléments. Aux termes du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables. Ces aspects sont inhérents à la nature juridique du *jus cogens* et expliquent pourquoi la communauté internationale a accepté ou reconnu que certaines règles relevaient de la catégorie du *jus cogens* en

[309] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

ce qu'elles protégeaient, non pas les intérêts individuels d'un État ou d'un groupe d'États, mais l'intérêt général fondamental de la communauté internationale dans son ensemble ou une valeur fondamentale commune. Il s'agit donc de normes qui consacrent les droits et les obligations de la plus haute importance pour la communauté internationale, qui ne souffrent aucune dérogation et qui ne peuvent être modifiées que par d'autres normes du même rang. Cette définition est en accord avec l'avis exprimé par la Commission dans son commentaire du futur article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir que ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international, mais la nature particulière de la matière à laquelle elle s'applique qui lui donne le caractère de *jus cogens*. Outre les déclarations des États, les jurisprudences nationale, régionale et internationale vont dans ce sens.

41. La supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens* sur les autres normes du droit international, confirmée par le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international[310] publié en 2006 ainsi que par diverses autres sources mentionnées par le Rapporteur spécial, et clairement énoncée aux articles 53 et 54 de la Convention de Vienne de 1969, est généralement acceptée. Elle ressort également du fait que les normes du *jus cogens* ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation et ne peuvent être modifiées que par une norme ayant le même caractère. L'orateur convient avec le Rapporteur spécial que ces normes sont universellement applicables et lient tous les États et autres sujets de droit international.

42. Se référant au paragraphe 18 du rapport, M. Vázquez-Bermúdez dit que la supériorité hiérarchique des normes du *jus cogens*, loin d'être un critère présidant à leur formation ou à leur identification, est une conséquence juridique logique, compte tenu de la nature impérative de ces normes, de leur indérogeabilité et du fait qu'elles ne peuvent être modifiées que par des règles ayant le même caractère et le même statut.

43. Au chapitre II de son rapport, le Rapporteur spécial examine les critères d'identification des normes du *jus cogens* en s'appuyant sur la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, composée de trois éléments. Cependant, il ne retient que les deux premiers éléments de cette définition, écartant le troisième, c'est-à-dire le fait qu'une norme du *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme de même caractère. Pour M. Vázquez-Bermúdez, chacun des trois éléments est nécessaire. Il approuve le premier critère retenu par le Rapporteur spécial, à savoir que la norme doit être une norme du droit international général, mais estime que l'analyse qui en est faite dans le rapport est confuse, en particulier lorsqu'il est question de la *lex specialis* et des règles auxquelles il est possible de déroger par des règles plus spécifiques. En réalité, le caractère général ou spécial d'une norme du *jus cogens* est déterminé par son contenu. De plus, dans le cadre du présent sujet, une norme du droit international général est définie comme une norme liant tous les États et autres sujets de droit international. C'est apparemment ce que tend à énoncer le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, bien que le sens du membre de phrase « dont le champ d'application est général » ne soit pas clair.

44. Pour preuve de son importance, le premier critère est mentionné plusieurs fois en corrélation avec les normes du *jus cogens* dans la Convention de Vienne de 1969. M. Vázquez-Bermúdez est favorable à la proposition faite par le Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet en « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », de manière à bien montrer qu'il s'agit de la catégorie de normes mentionnée dans la Convention de Vienne de 1969. Comme le Rapporteur spécial le signale au paragraphe 51 de son rapport, l'absence dans la pratique effective d'exemples de principes généraux considérés comme fondements de normes du *jus cogens* n'implique pas que les principes généraux ne puissent pas être le fondement de normes du *jus cogens*. Outre les exemples présentés dans le rapport, l'orateur appelle l'attention sur l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant le statut juridique et les droits des migrants sans papiers (2003), selon lequel le principe d'égalité devant la loi, d'égale protection devant la loi et de non-discrimination appartient au *jus cogens*, parce qu'il est le fondement de toute la structure juridique de l'ordre public national et international et imprègne tout le droit (paragraphe 101 de l'avis).

45. L'idée que des principes généraux du droit puissent servir de fondements à des normes du *jus cogens* est largement présente dans la doctrine et dans les déclarations des États ; la pratique étatique confirme aussi largement l'idée que des normes du *jus cogens* puissent être formées à partir du droit international coutumier.

46. Si quelques instruments multilatéraux, comme la Charte des Nations Unies, sont d'application universelle ou quasi universelle et peuvent donc être considérés comme relevant du droit international général, il n'en va pas de même pour la plupart des autres, dont les dispositions lient uniquement les parties. De même, les règles conventionnelles n'engendrent pas elles-mêmes des normes impératives du droit international général ; elles n'acquièrent une nature impérative que lorsqu'elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par de nouvelles normes du *jus cogens*. Néanmoins, une relation existe parfois entre les normes du droit international général, notamment du droit international coutumier, et les règles conventionnelles. C'est pourquoi l'orateur a approuvé globalement le projet de conclusion 5, sous réserve de quelques modifications telles que la reformulation du paragraphe 4 aux fins d'une meilleure prise en compte des relations potentielles entre les règles conventionnelles et les normes du *jus cogens*.

47. Dans les projets de conclusions 4, 6 et 8, le Rapporteur spécial a retenu trois des éléments de définition d'une norme du *jus cogens* figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 mais, pour des raisons mal définies, a écarté le dernier, à savoir qu'une norme de *jus cogens* « ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Il fait valoir que ce dernier élément répond à des

[310] *Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1.

questions qui ne se posent qu'après l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* et qu'il ne peut donc être utilisé à cet effet. Il reconnaît toutefois que, aux fins de l'établissement des critères d'identification des normes du *jus cogens*, les éléments retenus ne sauraient être décrits *stricto sensu* comme les effets juridiques de ces normes ou comme les règles qui régissent leur modification, et devraient plutôt être considérés comme ce qu'il convient de démontrer que la communauté internationale des États dans son ensemble a « accepté et reconnu ». Le Rapporteur spécial reconnaît aussi que le contenu des normes est la raison sous-jacente de leur « caractère impératif », mais il semble avoir confondu le « caractère impératif » et l'« indérogeabilité », ou avoir considéré que ces deux expressions étaient synonymes, si bien qu'il n'a pas retenu les conditions limitatives de la modification des normes parmi les critères d'identification. Une telle approche est infondée.

48. M. Vázquez-Bermúdez estime que, selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, le « caractère impératif » recouvre à la fois l'indérogeabilité des normes du *jus cogens* et les conditions limitatives de leur modification. Ces normes ne sont susceptibles d'aucune dérogation, mais elles peuvent être modifiées, pour autant que ce soit par une nouvelle norme ayant le même caractère.

49. Parler d'« indérogeabilité » au sens large, comme le fait le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, peut amener à contredire les dispositions de la Convention de Vienne de 1969. La pratique semble indiquer que l'indérogeabilité n'est pas le seul critère du « caractère impératif ». De plus, dans son rapport final, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international laisse entendre qu'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ne relève pas obligatoirement du *jus cogens* : l'indérogeabilité est une caractéristique nécessaire mais non suffisante. En outre, bien que certains aient fait observer que l'indérogeabilité au sens de l'article 53 différait de l'indérogeabilité au sens des instruments relatifs aux droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 29, a considéré que l'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques était liée − sans se confondre avec elle − à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtaient le caractère de normes impératives du droit international[311]. Il est donc clairement établi que l'indérogeabilité n'est pas équivalente au « caractère impératif » et que les critères d'identification des normes du *jus cogens* doivent être en conformité avec ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, qui recouvrent à la fois l'indérogeabilité desdites normes et les conditions limitatives de leur modification.

50. À l'origine, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne faisait aucune mention de l'acceptation et de la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, mais il a finalement été modifié, par analogie avec l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cependant, les termes « acceptée » et « reconnue » ne doivent pas être considérés comme étant utilisés de manière cumulative, car le premier s'applique aux règles de *jus cogens* fondées sur le droit international coutumier et le second, aux règles de *jus cogens* fondées sur des principes généraux du droit ou, le cas échéant, sur des dispositions conventionnelles. Dire d'une norme du *jus cogens* qu'elle est à la fois « acceptée » et « reconnue » n'a pas de sens, et la doctrine consacrée à la théorie de la « double acceptation » est artificielle et erronée. Les éléments nécessaires à l'identification d'une norme du *jus cogens* fondée sur une règle coutumière sont les mêmes que ceux qui sont nécessaires à l'identification d'une norme ordinaire de droit coutumier, si ce n'est qu'ils doivent faire la preuve de l'*opinio juris cogentis*. De même, les éléments nécessaires à l'identification d'une norme du *jus cogens* fondée sur un principe général du droit sont les mêmes que ceux qui sont nécessaires à l'identification d'un principe général du droit commun, si ce n'est qu'ils doivent démontrer que le caractère impératif de la norme est reconnu.

51. Une norme ordinaire de droit coutumier, c'est-à-dire une norme formée à partir d'une pratique générale assortie de l'*opinio juris*, peut être élevée au statut de norme du *jus cogens* si l'*opinio juris* des États devient une *opinio juris cogentis*. Cependant, rien n'empêche qu'une norme du *jus cogens* ne soit créée directement, sans avoir constitué au préalable une norme du droit international coutumier. De même, rien n'empêche qu'un principe général du droit ne se transforme directement en norme du *jus cogens*, si son caractère impératif est reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. M. Vázquez-Bermúdez estime que les projets de conclusion devraient être modifiés en conséquence.

52. M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il est favorable aux propositions du Rapporteur spécial concernant le futur programme de travail, ainsi qu'au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

53. M. JALLOH remercie le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport, qui contient une analyse approfondie s'appuyant sur la pratique étatique pertinente, la jurisprudence nationale et internationale et les écrits d'éminents publicistes. Dans la première partie de ce rapport, le Rapporteur spécial insiste, à juste titre, sur les divergences de vues concernant le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, où sont énoncées les caractéristiques des normes du *jus cogens*. M. Jalloh souscrit à la conclusion finale du Rapporteur spécial, ancrée à la fois dans la pratique et dans la doctrine, selon laquelle les trois éléments mentionnés dans le projet de conclusion 3 sont sans conteste les caractéristiques généralement acceptées des normes du *jus cogens* et, comme le Rapporteur spécial, il a trouvé quelque peu surprenante la controverse que ces caractéristiques ont suscitée.

54. Il serait bon que le Rapporteur spécial précise le sens de l'expression « droit international général ». Il n'est pas exact qu'il existe une hiérarchie implicite des sources du droit international, puisque les traités, la coutume et les principes généraux du droit peuvent tous servir de fondements à des normes du *jus cogens*, en vertu de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

[311] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40*, vol. I [A/56/40 (vol. I)], annexe VI, par. 11.

55. Citant Kofi Annan, ancien Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, M. Jalloh dit que, pour sa cohésion, toute société dépend de valeurs communes. L'élaboration et l'application de règles axées sur des valeurs pour régir leurs relations permettent aux États de savoir ce qu'ils peuvent attendre les uns des autres et d'agir en conséquence et, par là, d'instaurer la stabilité internationale et de limiter le recours à la violence. Par définition, le droit international repose sur le consentement des États. Ainsi les États peuvent-ils surmonter leurs différences grâce à la liberté d'adopter et de modifier des règles, de déroger à ces règles, voire de les abroger − c'est ce que l'on appelle le *jus dispositivum*. Les normes du *jus cogens* font figure d'exception : ce sont des règles si essentielles à l'existence même de la société internationale qu'elles ne sont tout simplement pas susceptibles de dérogation ou d'abrogation de la part des États. Autrement dit, leur caractère impératif résulte de ce qu'elles sont l'expression de valeurs fondamentales et universelles de la communauté internationale dans son ensemble. M. Jalloh ne partage pas l'opinion de certains membres de la Commission selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent ces valeurs fondamentales mais ne les reflètent pas nécessairement.

56. Les travaux que la Commission a consacrés au *jus cogens* en vue de la rédaction de la Convention de Vienne de 1969 ont joué un rôle crucial au renforcement du statut de norme impérative en droit international. Avec l'adoption de la Convention, en particulier des articles 53, 64 et 66, la notion de *jus cogens* est devenue une composante fondamentale du droit international positif.

57. Il ressort clairement des différentes déclarations faites à la Sixième Commission et des décisions rendues par des juridictions internationales que les normes du *jus cogens* sont l'expression des valeurs de la communauté internationale. S'il semble clair que la notion de normes impératives ne peut plus être raisonnablement contestée, il reste à savoir quels critères devraient régir l'identification de ces normes et leur contenu. Comme le Rapporteur spécial l'a relevé avec justesse dans son premier rapport, les divergences de vues sur le sujet tiennent en grande partie à un désaccord doctrinal sur les fondements du *jus cogens* et son contenu. Même si l'opposition entre le jusnaturalisme et le positivisme peut l'aider à structurer ses débats, la Commission doit fonder ses travaux sur la pratique des États. Néanmoins, il serait peut-être opportun que le Rapporteur spécial précise quel courant juridique guide ses travaux, ne fût-ce que pour apaiser les États qui s'en préoccupent.

58. Il est vrai que les éléments de définition des normes du *jus cogens* trouvent leur origine dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il est toutefois important d'aller plus loin et de réfléchir aux effets du *jus cogens* sur le droit des traités et les autres sources du droit international. De fait, si la Commission a sans doute agi avec prudence en adoptant une approche plus restrictive en 1996, elle doit maintenant élargir son champ d'examen. Cela étant dit, lorsqu'il s'agit de développer les éléments fondamentaux énoncés à l'article 53, il convient d'accorder toute l'attention requise à la pratique des États et aux décisions des juridictions nationales et internationales.

59. En 2016, la proposition d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens* comptait autant de partisans que d'opposants au sein de la Commission. Maintenant que celle-ci s'est dotée de nouveaux membres, il pourrait ne plus en être ainsi. À l'heure actuelle, la majorité des membres semblent favorables à l'établissement d'une liste indicative. M. Jalloh prie instamment le Rapporteur spécial de maintenir sa proposition initiale, qui était de fournir des exemples de normes du *jus cogens* ; selon lui, cela représenterait la principale valeur ajoutée du projet.

60. L'établissement d'une liste poserait des difficultés méthodologiques, mais de longs débats et une analyse détaillée de règles de fond du droit international ne seraient pas forcément nécessaires pour simplement dresser une liste non exhaustive d'exemples de normes du *jus cogens*. La Commission a déjà présenté une telle liste dans son commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en signalant que « [l]es normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination[312] ». Il est peu probable que cette liste soit contestée. De plus, le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international contient une liste des règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens*. La Commission dispose donc d'une liste préliminaire, d'une liste non exhaustive et d'une liste prospective de normes pour commencer ses travaux.

61. Afin de bien montrer qu'elle n'entend pas établir une liste exhaustive, au risque d'écarter d'autres normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*, la Commission peut recourir à la formule d'usage « notamment, mais pas uniquement », par exemple, au paragraphe 2 du projet de conclusion 9 ou dans le commentaire s'y rapportant. M. Jalloh partage l'avis de M. Hassouna et de M. Park à cet égard. En tout état de cause, la Commission doit faire tout son possible pour établir au moins une liste minimale d'exemples de *jus cogens* qui présentent un intérêt pour le développement progressif et la codification du droit international. Cependant, si cette entreprise n'est pas réalisable ou si elle n'est pas jugée souhaitable par la majorité des membres, un compromis pourrait être trouvé grâce à l'établissement d'une liste de normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*, plutôt que d'une liste de normes de *jus cogens* à proprement parler.

62. M. Jalloh approuve le nouvel intitulé du sujet proposé par le Rapporteur spécial, « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », même s'il juge préoccupant le flou qui entoure l'expression « droit international général ». Il partage les vues exprimées par M. Nolte à cet égard, y compris en ce qui concerne le *jus cogens* particulier ou régional.

63. Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Jalloh est favorable à ce que le Rapporteur spécial examine dans son troisième rapport, comme il l'a proposé, les effets du *jus cogens*, notamment en droit conventionnel et

[312] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 91 (paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 26).

dans d'autres domaines du droit international. Il souscrit aux propositions de M. Hassouna et de M. Kolodkin à cet égard, mais souhaiterait aussi que le Rapporteur spécial s'attache à déterminer si le *jus cogens* peut être à l'origine de restrictions des pouvoirs du Conseil de sécurité. L'Association de droit international a affirmé que les normes impératives du droit international s'appliquaient à la fois aux États et aux organisations internationales. Dans son opinion individuelle[313] sur 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)*, M. Lauterpacht, juge ad hoc, a appuyé l'idée que ces normes lient inconditionnellement le Conseil de sécurité, qui doit respecter les valeurs fondamentales protégées par le *jus cogens* puisqu'elles ne sont susceptibles d'aucune dérogation − une position qui est également défendue dans une grande partie de la doctrine. Il est donc important de réfléchir à la portée et aux effets juridiques des restrictions que l'application des normes impératives impose au Conseil de sécurité ainsi qu'à leurs effets − par exemple, eu égard au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, sur l'emploi de la force. D'autres questions pourraient également être examinées, notamment celle de l'interaction entre les normes du *jus cogens*, les droits de l'homme et le droit humanitaire.

64. D'une manière générale, les projets de conclusion sont bien écrits et bien structurés, et suivent une logique facile à comprendre et à démontrer. Cependant, un certain nombre de propositions intéressantes ont été faites en vue de fusionner certains d'entre eux et au moins un ou deux de ces projets de conclusion pourraient effectivement gagner en concision. Tout l'objectif de l'entreprise est de clarifier le concept de *jus cogens* ; or des conclusions trop longues et répétitives ne peuvent que créer la confusion. M. Jalloh convient que le Rapporteur spécial devrait revoir la notion de « communauté internationale dans son ensemble » et la valeur de seuil que représente une « large majorité d'États » ; il est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

65. M. RUDA SANTOLARIA pense comme le Rapporteur spécial que les normes du *jus cogens* sont l'expression des valeurs fondamentales et des intérêts de la communauté internationale, et qu'elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation. Comme le Rapporteur spécial le fait observer, les normes du *jus cogens* ne sont pas simplement des normes du droit international général : elles doivent être acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble par la voie de l'*opinio juris cogentis*. Mention pourrait être faite des valeurs fondamentales et des intérêts de la communauté internationale lorsque l'immense majorité des États accepte et reconnaît qu'aucune dérogation aux normes reflétant ces valeurs et ces intérêts ne peut être permise.

66. M. Ruda Santolaria approuve pleinement l'importance qui a été donnée à la question de l'application universelle du *jus cogens* et, en particulier, le renvoi très pertinent qui a été fait à l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant le statut juridique et les droits des migrants sans papiers, dans lequel la Cour fait observer que le principe d'égalité et de non-discrimination relève du domaine du *jus cogens* et revêt un caractère impératif, crée des obligations de protection *erga omnes* liant tous les États et produit des effets sur les tiers, y compris les particuliers (paragraphe 110 de l'avis). Il se félicite également que le Rapporteur spécial ait adopté une démarche objective, fondée sur la pratique des États et les décisions de juridictions internationales, et non une approche positiviste ou jusnaturaliste. Il souscrit aux deux critères d'identification des normes du *jus cogens* qui ont été mis en évidence, à savoir qu'il doit s'agir de normes du droit international général et que celles-ci doivent être acceptées et reconnues par la communauté internationale des États.

67. À cet égard, comme d'autres membres de la Commission l'ont relevé, il est fondamental de savoir ce que l'on entend par « droit international général ». L'orateur croit comprendre que l'expression recouvre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, qui sont une source spécifique du droit international. Toutefois, pour qu'un principe général du droit soit considéré comme étant une norme de *jus cogens*, il doit en outre être de nature coutumière. De fait, comme indiqué aux paragraphes 43 à 47 du rapport relativement à la jurisprudence de juridictions nationales et internationales, les normes du *jus cogens* sont principalement fondées sur le droit coutumier.

68. M. Ruda Santolaria convient avec le Rapporteur spécial que le droit conventionnel ne constitue pas un *jus cogens*, mais qu'il peut refléter ou démontrer l'existence de normes du droit international coutumier susceptibles d'accéder au statut de *jus cogens* − cela étant particulièrement vrai de certains traités multilatéraux. Comme il ressort du rapport, il existe un lien étroit entre les deux sources du droit international, si bien que les traités peuvent codifier des règles du droit coutumier existantes, cristalliser des règles en voie de formation ou en faire naître de nouvelles de la pratique. Cela étant, la norme du droit international général concernée n'est pas la disposition conventionnelle mais plutôt la règle du droit international coutumier, laquelle associe à la pratique l'*opinio juris sive necessitatis*.

69. En plus d'être une norme du droit international général, une norme du *jus cogens* doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Sur ce point, l'orateur convient avec le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission que les États sont les sujets de droit international qui créent les normes du *jus cogens*, mais aussi que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 vise la communauté internationale des États dans son ensemble et non les États de manière individuelle. Il souligne que l'acceptation et la reconnaissance ne sont pas exigées de tous les États, car cela risquerait de conduire à des situations absurdes, dans lesquelles un État ou un petit groupe d'États pourraient chercher à s'opposer à la conviction largement répandue que telle ou telle norme du droit international général est de nature impérative. Il estime toutefois, de même que certains autres membres, qu'une large majorité d'États

[313] Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993.

n'est pas suffisante. Comme l'a précisé João Ernesto Christófolo, cité dans la note de bas de page appelée à la fin de la cinquième phrase du paragraphe 67 du rapport, c'est « l'immense majorité des États » qui est requise.

70. M. Ruda Santolaria est favorable à ce que l'intitulé du sujet devienne « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », comme le propose le Rapporteur spécial. Il souscrit également aux projets de conclusion, mais avec plusieurs réserves. Comme d'autres membres l'ont fait remarquer, il serait possible de fusionner certains des six projets de conclusion pour éviter des répétitions, ce qui ramènerait leur nombre à trois sans pour autant altérer leur teneur ni diluer les arguments du Rapporteur spécial. L'orateur affirme que les « principes généraux de droit » devraient être évoqués de manière plus nuancée au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, comme il l'a dit précédemment. Dans la version espagnole du paragraphe 1 du projet de conclusion 7, le mot *actitud* pourrait être remplacé par *conciencia* ou *convicción*. Au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, l'expression « large majorité » devrait être remplacée par « immense majorité ».

71. M. Ruda Santolaria est favorable au programme de travail proposé. Il juge important de réfléchir à la manière dont une norme du *jus cogens* peut faire l'objet d'une modification ou d'une dérogation en vertu d'une autre norme de même caractère, d'analyser les contradictions possibles entre les normes du *jus cogens* et de se demander si le *jus cogens* régional doit être pris en considération, comme certains l'ont proposé.

72. En ce qui concerne la possibilité d'établir une liste indicative, l'orateur convient avec M. Rajput qu'il serait fort utile que la Commission fournisse une méthode d'identification des normes du *jus cogens*. Si elle donne des exemples concrets, elle devra faire preuve de prudence, mentionner uniquement les cas où le statut de norme impérative du droit international général ne fait aucun doute et éviter d'établir une liste excessivement longue ou descriptive qui pourrait donner une impression d'exhaustivité, ce qui serait en contradiction avec la nature évolutive du *jus cogens* au sens des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969.

73. Enfin, M. Ruda Santolaria dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

74. M. REINISCH dit que l'excellent deuxième rapport du Rapporteur spécial contient des sections très utiles sur les critères d'identification du *jus cogens*. Pour ce qui est de savoir si la Commission doit établir une liste indicative de normes du *jus cogens*, il estime qu'une telle liste, jointe en annexe des projets de conclusion ou comprise dans les conclusions elles-mêmes, serait très précieuse et donnerait exactement le type d'indications attendues de la Commission. La crainte que cette liste puisse être perçue comme exhaustive, et non indicative, ne justifie pas de s'abstenir de l'établir, compte tenu de l'importance de la tâche.

75. Au sujet des projets de conclusion eux-mêmes, le projet de conclusion 4 ne semble pas particulièrement prêter à la controverse, puisqu'il repose sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le projet de conclusion 4 sert clairement d'introduction à une analyse plus détaillée des différentes composantes d'une norme du droit international général (projet de conclusion 5) ainsi que de l'acceptation et de la reconnaissance générales de l'indérogeabilité (projet de conclusion 6), mais son lien avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 est plus difficile à établir. Il a pour objectif exprès d'« identifier » une norme du *jus cogens* ; or la norme ainsi identifiée semble identique à celle définie dans le projet de conclusion 3. Comme d'autres membres l'ont déjà fait remarquer, cette répétition risque de semer la confusion parmi les lecteurs ; il devrait donc être envisagé de remanier les deux projets de conclusion afin que la définition d'une norme du *jus cogens* fasse l'objet d'une seule disposition.

76. Selon le rapport du Rapporteur spécial, seules les normes du droit international général peuvent acquérir le statut de *jus cogens*. Le projet de conclusion 5 les définit comme des normes « dont le champ d'application est général ». Comme M. Murphy, M. Reinisch se demande si cela signifie que les normes en question s'appliquent à tous les États, c'est-à-dire qu'elles sont « universellement applicables », selon ce qui est dit au paragraphe 2 du projet de conclusion 3. Si tel était le cas, les normes du droit international général excluraient nécessairement la coutume régionale ou les principes généraux du droit européen, que la Cour de justice de l'Union européenne a fréquemment invoqués lors de l'élaboration de sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux. M. Reinisch se demande avec M. Nolte si telle est bien l'intention du Rapporteur spécial et, dans l'affirmative, si la Commission devrait effectivement exclure la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional ou si elle ne devrait pas plutôt préciser simplement que les travaux sur le *jus cogens* portent uniquement sur le *jus cogens* universel sans pour autant écarter la possibilité qu'il existe des normes impératives au niveau régional. D'après le paragraphe 68 du premier rapport[314], la question de savoir si le droit international admet l'existence d'un *jus cogens* régional sera examinée dans le rapport final.

77. Selon le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens*, mais, selon le paragraphe 3 du même projet de conclusion, les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens*. M. Reinisch souscrit à cette idée, mais se demande si une pratique effective pourra être identifiée à l'appui de ce propos. La réponse à cette question apparaît d'autant plus importante que la Cour internationale de Justice et la plupart des juridictions nationales semblent avoir cantonné les normes du *jus cogens* au droit coutumier. Par exemple, le libellé du paragraphe 79 de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui mentionne les « principes intransgressibles du droit international coutumier », laisse peu de place à d'autres sources en matière de formation des normes du *jus cogens*. De même, la jurisprudence citée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 44 à 46 de son rapport non seulement

[314] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693.

permet, dans la plupart des cas, que la coutume soit élevée au rang de *jus cogens*, mais présente aussi le *jus cogens* comme une coutume de rang supérieur.

78. Le projet de conclusion 6 est redondant et il conviendrait d'y remédier au moment de la rédaction. Il ne contient rien qui n'ait déjà été mentionné dans les projets de conclusions 3 et 4. Un certain nombre de questions se posent en raison de la distinction faite entre l'*opinio juris* et l'*opinio juris* « conditionnelle » (plus judicieusement désignée par l'expression « *opinio juris cogentis* ») sans laquelle une norme ne peut devenir une norme du *jus cogens*.

79. Le projet de conclusion 7 pose la question du seuil : combien d'États doivent accepter une norme en tant que norme du *jus cogens* pour qu'elle soit considérée comme ayant obtenu l'acceptation de la communauté internationale des États dans son ensemble ? Il serait bon de préciser le paragraphe 3 en introduisant une comparaison entre le seuil d'acceptation requis pour qu'une norme soit considérée comme relevant du *jus cogens* et le seuil d'acceptation, moins élevé, qui atteste la formation de normes de droit coutumier ou de principes généraux du droit. De plus, il serait prudent de préciser que la majorité requise doit s'apparenter à la « très large majorité » à laquelle le Président du Comité de rédaction, cité au paragraphe 67 du rapport, a fait référence lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. En ce qui concerne la possibilité que les principes généraux du droit acquièrent le statut de *jus cogens*, il serait bon que le Rapporteur spécial précise si certains principes généraux du droit ont déjà été considérés par des États comme relevant du *jus cogens* et, dans l'affirmative, comment ils ont été reconnus comme tels. Cela serait fort appréciable car le rapport donne à penser que le Rapporteur spécial cantonne son analyse approfondie de cas au domaine du droit international coutumier.

80. Dans son libellé actuel, le projet de conclusion 8 ne semble pas apporter de grands éclaircissements sur la manière dont l'exigence d'acceptation diffère selon qu'elle concerne le *jus cogens*, le droit international coutumier ou les principes généraux du droit. De fait, il répète simplement ce qui a déjà été énoncé dans les projets de conclusions 3, 4 et 6, à savoir que les normes du *jus cogens* sont celles qui sont considérées par les États comme ne pouvant faire l'objet d'aucune dérogation. Il pourrait être utile de connaître l'opinion du Rapporteur spécial sur le point de savoir si l'*opinio juris cogentis* devrait se distinguer de l'*opinio juris* uniquement sur le fond, ou également sur la forme. En tout état de cause, un changement de libellé aiderait sans doute à clarifier ce point.

81. Le projet de conclusion 9 passe en revue les différents types de preuve de l'existence d'une norme du *jus cogens*. Son libellé laisse entendre que les décisions des cours et tribunaux internationaux sont mises sur le même plan que les positions des États eux-mêmes. Cela va quelque peu à l'encontre du projet de conclusion 7, selon lequel seule « l'attitude des États » est pertinente, ainsi que du statut des jugements en tant que moyens auxiliaires, au sens du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

82. Enfin, M. Reinisch dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.

3373e SÉANCE

Mercredi 12 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA (Vice-Président)

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. CISSÉ, formulant tout d'abord une observation sur les critères d'identification du *jus cogens*, dit que l'on pourrait faire valoir qu'il en existe quatre, dont les deux critères cumulatifs mis en évidence dans le deuxième rapport (A/CN.4/706). Étant donné que les éléments de la définition figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) doivent être considérés comme liés et formant un tout indissociable, le troisième critère est l'indérogeabilité, qui découle de la nature impérative du *jus cogens*. Il s'agit d'un élément essentiel, car sans lui le *jus cogens* est dénué de sens et ne peut atteindre son objectif principal, qui est de protéger les valeurs humaines fondamentales. L'indérogeabilité est l'élément qui permet à une norme impérative de produire tous ses effets juridiques, qui en fait une norme *sui generis* dans la hiérarchie des normes et qui distingue le *jus cogens* du *jus dispositivum* et du droit coutumier en lui donnant primauté sur eux. Il s'agit donc d'un critère indépendant et même, parmi les critères d'identification des normes impératives, de celui qui est le plus déterminant.

2. Le quatrième critère, que l'on pourrait désigner par l'expression « équivalence des normes », découle de la disposition de l'article 53 prévoyant qu'une norme impérative ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Ainsi, si la nouvelle norme n'a pas le même caractère, elle est nulle parce qu'elle entre en conflit avec l'ancienne norme impérative. C'est pourquoi M. Cissé pense avec M. Murphy que cette disposition constitue un critère supplémentaire permettant d'identifier le *jus cogens*.

Ce quatrième critère est tout aussi fondamental que les trois premiers car en cas de conflit entre des normes impératives, il permettrait aux tribunaux nationaux ou internationaux de déterminer quelles normes pourraient être qualifiées de normes du *jus cogens*. Ce critère est bien fondé puisqu'il est dit dans la première phrase de l'article 53 que tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul. Dès qu'il apparaît qu'il y a conflit entre une nouvelle norme et une norme impérative antérieure, le traité comportant cette nouvelle norme doit automatiquement être déclaré frappé de nullité absolue.

3. À y regarder de plus près, cependant, ce qui semblait être un quatrième critère ne constitue pas véritablement un critère indépendant, en cela qu'il ne peut pas être dissocié du troisième critère car il ne fait que renforcer le critère de l'indérogeabilité en cas de conflit entre deux normes impératives n'ayant pas le même caractère. On peut donc en déduire que le troisième critère, à savoir l'indérogeabilité, est en soi suffisant pour empêcher la formation de toute nouvelle norme impérative contraire à la norme impérative antérieure. En d'autres termes, la condition fixée par l'article 53 voulant qu'une norme impérative ne puisse être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère est consubstantielle au critère de l'indérogeabilité de toute norme impérative du droit international. C'est pourquoi la conclusion finale doit être que l'article 53 énonce trois critères pour l'identification d'une norme du *jus cogens*, à savoir que la norme en question soit une norme de droit international, que cette norme soit reconnue et acceptée par la communauté internationale et qu'elle n'admette aucune dérogation du fait de son caractère impératif.

4. M. Cissé dit que si la Commission a eu raison d'examiner uniquement les normes de *jus cogens* du droit international dans le rapport à l'examen, et si lui-même admet qu'en cas de conflit entre ces normes et les normes de *jus cogens* découlant du droit interne les premières doivent l'emporter, une telle démarche peut conduire à une fragmentation de cette branche du droit international. Ayant une conception moniste du droit international, selon laquelle le droit interne et le droit international forment un tout et les deux ordres, bien que distincts à certains égards, se recoupent, il est favorable à un examen global du *jus cogens*, qui porte tant sur celui découlant du droit interne que sur celui découlant du droit international. Les débats futurs de la Commission sur le sujet gagneraient en pertinence si une étude était réalisée sur les rapports entre les normes impératives du droit interne et celles du droit international, car ces normes ont pour objectif commun la protection des droits de l'homme fondamentaux et des valeurs humaines fondamentales.

5. M. Cissé part du postulat que l'objet principal du *jus cogens* en tant qu'ensemble de normes auxquelles il ne peut être dérogé est de protéger l'être humain, et que cette protection est garantie par l'État au moyen de son droit interne et par la communauté des États au moyen du droit international. Si la Commission admet l'existence de ces deux types de *jus cogens*, la question se pose de savoir si la référence expresse, dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à une norme impérative du droit international suffit pour conclure que cet article exclut les normes de *jus cogens* reconnues en droit interne. M. Cissé estime que l'article 53 n'établit pas une distinction nette entre deux types de *jus cogens* qui seraient inconciliables à jamais, car un tribunal international qui serait amené à statuer sur un conflit entre normes impératives aurait à se référer à la pratique des États, soit, en d'autres termes, au droit interne.

6. Un exemple du lien essentiel entre l'ensemble des normes impératives qui protègent les droits de l'homme concerne les crimes de sang. En droit international, ceux-ci sont sanctionnés dans le contexte des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide, et aucune dérogation aux dispositions du droit international visant de tels crimes n'est autorisée. De même, dans certains États africains, aucune exception à l'interdiction de la peine capitale n'est autorisée, eu égard au principe selon lequel toute vie humaine étant sacrée, la communauté doit s'abstenir de tuer un meurtrier en réparation du crime qu'il a commis ; verser le sang de cette personne ne redresserait pas le tort causé à un autre être humain. Dans certaines communautés traditionnelles en Côte d'Ivoire, les auteurs de crimes ne sont pas incarcérés car le châtiment suprême est le bannissement de sa communauté d'origine. Dans le cadre de cette forme traditionnelle de justice, on considère que nul ne peut déroger au respect scrupuleux de certaines normes, qui peuvent être qualifiées de normes impératives reposant sur une coutume ancestrale. Si le droit international consacre la notion de crimes contre l'humanité s'agissant de certains crimes commis à grande échelle, dans certaines sociétés africaines traditionnelles on parle de crime contre la communauté dans les cas de crime de sang, même lorsqu'il n'y a qu'une seule victime. La différence entre les deux ordres juridiques est une différence de degré et non de nature. Cette analogie confirme ainsi qu'il existe des normes impératives de *jus cogens* en droit interne comme en droit international. À cet égard, M. Cissé pense avec M. Nguyen et M. Park que les normes impératives jouent un rôle important aux plans national et régional. C'est pourquoi il juge nécessaire d'adopter une approche plus globale de ces normes impératives, qui prenne en compte le droit coutumier et le droit ancestral, le droit national, le droit régional et le droit international. Les normes impératives du droit international qui protègent les droits de l'homme fondamentaux peuvent être enrichies par les traditions, les coutumes et les cultures du monde entier, lesquelles peuvent à leur tour s'inspirer avec profit du droit international quand se posent certaines questions touchant à des droits de l'homme fondamentaux, imprescriptibles et auxquels il ne peut être dérogé. Une étude plus approfondie des interactions et des analogies entre les normes impératives du droit interne et les normes impératives du droit international conduirait à une interprétation *lato sensu* de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, laquelle permettrait à la Commission d'appréhender la notion de *jus cogens* dans sa globalité. En fait, la distinction entre les deux types de normes impératives est plus théorique que pratique.

7. L'étude du *jus cogens* ne saurait se limiter au droit conventionnel car l'article 53 ne traite pas de la question du *jus cogens* de manière exhaustive. Des normes impératives peuvent être dégagées de toutes les sources pertinentes du droit international coutumier, de la jurisprudence nationale ou internationale, des principes généraux du

droit et des valeurs fondamentales protégées par les traditions ancestrales et les us et coutumes. Il n'y a pas d'obstacles juridiques à cette approche, comme en témoigne le fait que les principes généraux du droit étaient initialement appliqués dans le droit interne des nations civilisées avant d'être transposés dans le droit international par voie de codification. Il est donc tout à fait concevable que certaines normes du *jus cogens* de droit interne deviennent des normes impératives du droit international.

8. L'apatridie est un autre exemple montrant que le droit international peut et doit s'inspirer des expériences nationales et régionales pour définir des normes impératives. Le droit international n'apporte pas de réponse satisfaisante à certaines questions qui touchent directement à la protection des droits de l'homme et qui pourraient être considérées comme relevant de normes impératives du droit international. Le droit international prête une grande attention aux crimes qui heurtent la conscience humaine, mais semble être beaucoup plus discret face aux situations où il n'y a pas atteinte à l'intégrité physique. Or l'apatridie constitue une violation grave du droit fondamental de l'homme à une nationalité et à une citoyenneté. L'apatride étant dépourvu de nationalité, il n'est protégé par aucun État contre de multiples formes d'abus, de discrimination et de traitements inhumains. L'apatridie constitue donc une violation d'une norme impérative lorsqu'il y a rejet d'une demande légitime de nationalité.

9. L'exemple de l'apatridie montre combien il est difficile d'établir une ligne de démarcation absolue entre le *jus cogens* en droit interne et le *jus cogens* en droit international. En effet, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne vise pas à établir une telle distinction, même s'il fait expressément référence aux normes impératives du droit international. Le droit interne des pays de droit romain et des pays de *common law* renvoie à la notion d'ordre public, qui est l'équivalent de la notion de norme impérative ou de *jus cogens* en droit international. Comme l'a fait observer l'American Law Institute, une norme impérative est l'équivalent d'un impératif d'ordre public dans les systèmes nationaux. Cette notion d'ordre public traduit le caractère impératif d'un certain nombre de principes, normes, règles et valeurs fondamentales que la société entend protéger car elle les considère comme des normes impératives du droit interne. Cette notion est inscrite dans toutes les constitutions du monde et dans les législations nationales portant sur des questions liées aux intérêts vitaux des personnes ou de la société. Afin que ces intérêts puissent être protégés, aucune dérogation n'est autorisée et le ministère public est tenu d'intervenir chaque fois que l'ordre public est menacé. En ce qui concerne le *jus cogens* régional, si les 15 États membres de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), suivant l'exemple des autorités ivoiriennes, simplifiaient les conditions d'octroi de la nationalité et harmonisaient leur législation sur l'apatridie conformément à la Déclaration d'Abidjan sur l'éradication de l'apatridie[315], cela pourrait constituer une preuve concluante de l'existence d'un *jus cogens* régional relatif à l'apatridie.

10. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 étant très général, il appartiendra aux tribunaux internes ou internationaux, en tant que faiseurs de droit, de donner corps à la notion de *jus cogens* en précisant la portée de celui-ci, les principes qui lui sont applicables, les critères de son identification, les preuves de son existence et les sanctions applicables en cas de non-respect. Les tribunaux devront exercer cette fonction avec prudence et de manière progressive, en s'appuyant sur les sources du droit national et international et sur leur propre jurisprudence. L'établissement d'une liste de normes constitutives du *jus cogens* serait donc utile. D'autres normes impératives telles que l'interdiction de l'esclavage, de l'apartheid, de l'agression, de la traite des êtres humains, du terrorisme international, de la piraterie maritime et de l'apatridie pourraient être ajoutées à l'interdiction du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, de la torture, des traitements cruels et inhumains, de l'emploi de la force, de la détention arbitraire, de la discrimination et du refoulement, notamment, le *jus cogens* n'étant pas gravé dans le marbre. Les normes impératives doivent évoluer au rythme des progrès réalisés dans l'élargissement de la protection des êtres humains et de la vie humaine assurée par le droit international. Les critères d'identification des normes du *jus cogens* qui ont été définis dans le rapport sont certes pertinents, mais ils devraient être étoffés par une description de la teneur d'une véritable norme impérative, indépendamment du point de savoir si la norme trouve sa source dans le droit conventionnel, le droit international coutumier ou la jurisprudence. C'est pourquoi il y a lieu d'établir une liste systématique des normes impératives constitutives du *jus cogens* interne, régional et universel, en se fondant sur la pratique des États et la jurisprudence nationale et internationale.

11. En ce qui concerne l'intitulé du sujet, il serait plus simple de retenir « L'identification des normes impératives du droit international », car l'ensemble de l'argumentation du Rapporteur spécial ne porte que sur l'identification de ces normes. Le terme « *jus cogens* », qui pourrait être défini dans l'introduction, ne devrait plus figurer dans le titre.

12. Dans le projet de conclusion 4, les éléments que M. Cissé a décrits précédemment pourraient être ajoutés aux deux critères qui y sont déjà énoncés et qu'il approuve. Le projet de conclusion 5 devrait avoir pour titre « Les sources du *jus cogens* », car les éléments qu'il contient définissent les sources du *jus cogens*, qui sont les mêmes que celles du droit international public. Les projets de conclusions 6, 7 et 8 pourraient être fusionnés et insérés dans le projet de conclusion 4, car ils traitent tous de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critères d'identification du *jus cogens*. Le projet de conclusion 4 serait certes plus long, mais il aurait l'avantage de regrouper tous les éléments liés aux critères d'identification du *jus cogens*, ce qui éviterait les répétitions. Le titre du projet de conclusion 9 devrait être modifié pour se lire « Les preuves des normes impératives », ce qui engloberait les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance. Peut-être serait-il judicieux d'envisager l'élaboration d'un projet de conclusion sur la portée du *jus cogens*, ce qui permettrait de définir une approche systématique de l'identification des normes impératives du droit international. Dans le même ordre d'idées, peut-être pourrait-on établir une liste non exhaustive de normes de *jus cogens*, qui pourrait être

[315] Déclaration d'Abidjan des Ministres des États membres de la CEDEAO sur l'éradication de l'apatridie, faite à Abidjan, le 25 février 2015.

complétée petit à petit, à mesure que les tribunaux statuent sur des affaires touchant à des normes impératives.

13. Enfin, M. Cissé recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

14. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'il lui est difficile d'accepter la distinction faite dans le rapport entre les éléments (ou critères) constitutifs des normes de *jus cogens* et les éléments descriptifs qui caractérisent la nature du *jus cogens*. La différence entre éléments descriptifs et caractéristiques, d'une part, et éléments constitutifs, d'autre part, n'est pas suffisamment claire, sauf peut-être pour ce qui a trait à l'intention du Rapporteur spécial de dissocier ce qu'il appelle la « hiérarchie » des normes de *jus cogens* et les aspects substantiels de ces normes (les valeurs ou les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble) des éléments permettant d'identifier une norme de *jus cogens* existante.

15. À cet égard, M^me^ Escobar Hernández nourrit de sérieuses réserves au sujet du traitement distinct par le Rapporteur spécial des critères cumulatifs énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 aux fins de la définition de ce qui constitue le *jus cogens*. Pour le Rapporteur spécial, ces critères peuvent être considérés un par un, chaque élément remplissant une fonction différente, mais M^me^ Escobar Hernández ne partage pas pleinement son avis selon lequel les trois premiers éléments − une norme du droit international acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise − peuvent être dissociés du quatrième − une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère −, car l'idée que la quatrième caractéristique concerne davantage les effets du *jus cogens* que son identification n'est pas suffisamment étayée. Au contraire, cet élément est inhérent à la notion de *jus cogens* et, à ce titre, il devrait figurer dans le projet de conclusion 4, indépendamment du point de savoir s'il fera l'objet d'une attention particulière à un stade ultérieur. Même si l'on admettait que ce quatrième élément est un simple effet ou une simple conséquence de la classification d'une norme comme norme du *jus cogens*, ce ne serait pas l'unique effet. M^me^ Escobar Hernández continue de penser que la Commission ne saurait aborder le sujet du *jus cogens* sans avoir analysé en détail les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[316], qui traitent des conséquences d'une violation d'une norme impérative du droit international général. En tout état de cause, elle n'est pas opposée au choix du Rapporteur spécial de ne pas examiner ce quatrième critère avant d'avoir traité de la hiérarchie des normes de *jus cogens*.

16. Par ailleurs, s'agissant de la notion de norme du droit international général, qui est assurément d'une importance déterminante pour le sujet, l'oratrice partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le caractère « général » d'une norme devrait être déduit essentiellement de son applicabilité générale, entendue au sens d'applicabilité subjective. Toutefois, peut-être serait-il avisé de nuancer l'application de ce critère de deux façons, d'une part en n'excluant pas la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional, et d'autre part en tenant compte du fait que, dans ce cas particulier, l'applicabilité générale pourrait s'entendre de l'applicabilité dans certains contextes seulement, ce qui soulève la question de la *lex specialis*.

17. L'identification d'une norme de droit international général à partir de l'applicabilité générale de la norme est une approche pertinente, mais elle aurait certainement des conséquences importantes qu'il conviendrait de prendre en considération, en particulier pour ce qui a trait au type de normes à inclure dans cette catégorie. Si M^me^ Escobar Hernández convient que seuls les règles et principes de droit général ou coutumier, au sens strict, peuvent être qualifiés de normes du droit international général, elle n'est pas pleinement convaincue qu'il s'agisse des seules normes d'application générale du droit international contemporain, car il est indéniable que, comme d'autres membres de la Commission l'ont fait observer, les traités multilatéraux sont d'application générale, même s'ils ne sont pas considérés comme des normes du droit international général.

18. Cependant, si cet amalgame entre le caractère général d'une norme et son applicabilité générale lui semble inacceptable dans l'abstrait, l'oratrice partage l'idée fondamentale exprimée dans le projet de conclusion 5, où une distinction est établie entre, d'une part, les règles coutumières et les principes généraux du droit en tant que normes générales aptes à donner naissance à une norme de *jus cogens*, et, d'autre part, les traités internationaux en tant que normes pouvant refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens*. Cette idée devrait être développée de deux façons. Premièrement, une règle conventionnelle, en tant qu'élément de la pratique, peut elle aussi engendrer − et pas seulement refléter − une norme du droit international général constitutive du *jus cogens*. Deuxièmement, ce rôle générateur peut également être joué par d'autres normes, telles que certaines résolutions adoptées par des organisations internationales.

19. Les normes de *jus cogens* ont un caractère éminemment substantiel, qui découle du fait qu'elles reflètent et protègent les valeurs et les intérêts de la communauté internationale. Dans cette optique fonctionnelle, la condition voulant qu'une norme de *jus cogens* soit une norme du droit international général tient une place centrale dans le processus d'élaboration ou d'identification de la norme. Ce lien s'atténue une fois que la norme est créée, car à ce stade-là une norme de *jus cogens* peut être reflétée dans quelque norme juridique que ce soit sans perdre son caractère propre.

20. M^me^ Escobar Hernández pense avec le Rapporteur spécial que la notion de « communauté internationale des États dans son ensemble » est essentielle aux fins de l'identification du *jus cogens*. L'idée qu'une norme doive être acceptée par une majorité d'États particulièrement large pour être considérée comme relevant du *jus cogens* devrait être davantage mise en relief car c'est l'un des facteurs qui distingue le *jus cogens* du droit coutumier

[316] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite 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. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

ordinaire. Pour Mme Escobar Hernández, l'acceptation et la reconnaissance du *jus cogens* portent non seulement sur le fait qu'aucune dérogation n'est permise, mais aussi sur la condition que la norme ne puisse être modifiée ou qu'on ne puisse y déroger qu'en vertu d'une autre norme de même caractère. C'est, à son avis, ainsi qu'il convient d'interpréter ce que le Rapporteur spécial appelle l'« *opinio juris cogentis* », laquelle ne peut être formée que par la communauté internationale des États dans son ensemble.

21. Mme Escobar Hernández pense, comme d'autres membres de la Commission, que certains des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport sont quelque peu verbeux et répétitifs. Le nombre de projets de conclusion pourrait être réduit de six à cinq, lesquels devraient porter, respectivement, sur les critères d'identification du *jus cogens*, les normes du droit international général, la communauté internationale des États dans son ensemble, l'acceptation et la reconnaissance de normes comme relevant du *jus cogens* et les preuves de cette acceptation et de cette reconnaissance. Le Comité de rédaction devrait réviser les projets de conclusion en vue de les préciser et de les simplifier, en évitant les redites et en se concentrant sur les éléments essentiels des questions traitées.

22. Comme Mme Escobar Hernández l'a indiqué précédemment, le fait qu'une norme ne puisse être modifiée ou qu'on ne puisse y déroger qu'en vertu d'une autre norme de même caractère devrait être mentionné dans le projet de conclusion 4 en tant que critère distinct. Dans le projet de conclusion 5, le paragraphe 1 est superflu et peut prêter à confusion ; il devrait donc être supprimé. Il importe néanmoins d'expliquer ce que l'on entend par « champ d'application […] général » ; le commentaire serait un endroit approprié pour le faire.

23. Le caractère répétitif des projets de conclusions 6, 7 et 8 rend malaisée la distinction entre les deux questions dont ils traitent, à savoir la notion de communauté internationale des États dans son ensemble et la notion d'acceptation et de reconnaissance. Bien que ces deux notions soient étroitement liées, l'oratrice préférerait, par souci de clarté, qu'elles soient traitées dans deux projets de conclusion distincts, qui mettraient l'accent, respectivement, sur le sujet (la communauté internationale des États dans son ensemble) et l'objet (indérogeabilité et modification uniquement par une norme ayant le même caractère) de « l'acceptation et la reconnaissance ». Ces projets de conclusion devraient éviter toute référence à des éléments de preuve, cette question étant abordée dans le projet de conclusion 9, qui pourrait être considérablement simplifié. Certains des termes employés dans le projet de conclusion 9, tels que « documents », devraient également être modifiés, car ils ne semblent pas convenir pour le type de texte visé.

24. Mme Escobar Hernández souscrit à la proposition de modification de l'intitulé du sujet faite par le Rapporteur spécial, à condition que les mots « (*jus cogens*) » soient conservés. Elle approuve également le projet de programme de travail futur, avec les réserves qu'elle a exprimées précédemment concernant les « effets » du *jus cogens*. Enfin, comme elle l'a souligné à la session précédente de la Commission, l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens* devrait constituer un élément essentiel des travaux de la Commission ; une telle liste serait d'une grande utilité, quelle que soit la forme qu'elle prendrait dans le projet de conclusions. Mme Escobar Hernández est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

25. Mme GALVÃO TELES dit que ses observations sur les propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son excellent deuxième rapport sont guidées par la nécessité d'assurer une cohérence entre les travaux actuels de la Commission et ses travaux antérieurs sur le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international. Ses suggestions visent à rationaliser les projets de conclusion et ne portent pas sur des questions de fond.

26. La première question que Mme Galvão Teles souhaite soulever est celle de savoir si les normes du *jus cogens* reflètent des valeurs fondamentales. Elle partage l'avis que le Rapporteur spécial a exprimé à ce sujet à la soixante-huitième session de la Commission, lors de l'examen du paragraphe 2 du projet de conclusion 3[317], et pense elle aussi que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes et sont universellement applicables. À son sens, la protection des valeurs fondamentales est le principal trait distinctif des normes du *jus cogens*, ce qui explique pourquoi celles-ci sont en faible nombre et il ne peut y être dérogé. Le caractère unique des normes de *jus cogens* ne tient pas à leurs sources mais à leur teneur et au fait qu'elles ont pour objet de protéger des valeurs que la communauté internationale dans son ensemble reconnaît comme étant fondamentales et, partant, ne souffrant aucune exception.

27. Si ce point de vue n'est pas partagé par tous les spécialistes ni expressément adopté par l'ensemble des juridictions internationales, c'est la position qu'a prise la Commission, comme le montrent ses travaux sur le droit des traités, la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la fragmentation du droit international. Dans le commentaire de son projet d'articles sur le droit des traités de 1966[318], la Commission a déclaré que c'était la nature particulière de la matière à laquelle elle s'appliquait qui donnait le caractère de *jus cogens* à une règle[319] et que les règles du *jus cogens* avaient un caractère si fondamental que tout traité incompatible avec elles devait être considéré comme non valide dans sa totalité[320]. Dans son commentaire relatif au projet d'article 12 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a déclaré que les obligations imposées aux États par des normes impératives touchaient, par définition, aux intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble[321]. Enfin, dans sa conclusion 32, le

[317] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

[318] Le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv.

[319] Voir ibid., p. 270 (paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 50).

[320] Voir ibid., p. 260 (paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 41).

[321] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 59 (paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 12).

Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a souligné qu'une règle de droit international pouvait être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu[322]. Mme Galvão Teles attend avec intérêt la proposition révisée de projet de conclusion du Rapporteur spécial, qui devrait conserver la référence au lien entre normes de *jus cogens* et valeurs fondamentales.

28. Une autre question qui se pose est celle de savoir si les traités doivent être considérés comme faisant partie du droit international général. Il n'existe pas de définition acceptée du « droit international général » et il n'y a aucune unanimité dans la doctrine sur la question de savoir si ce droit est constitué par le seul droit international coutumier ou s'il comprend également les principes généraux du droit et/ou les traités. Au paragraphe 1 de son commentaire relatif au projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966, la Commission a affirmé que l'interdiction de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unies constituait une règle relevant du *jus cogens*[323], donnant à entendre que le droit international général englobe le droit conventionnel. Ainsi, les traités multilatéraux qui ont été ratifiés par tous les États ou presque peuvent constituer une source de *jus cogens*, bien qu'une norme conventionnelle doive également être reconnue comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé pour être considérée comme relevant du *jus cogens*.

29. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, l'adjectif « général », dans l'expression « droit international général », vise non pas la source de la norme mais son champ d'application. C'est pourquoi Mme Galvão Teles désapprouve la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle les règles conventionnelles en tant que telles ne devraient pas être considérées comme une source ou un fondement des normes de *jus cogens*. Elle pense qu'il faudrait modifier le projet de conclusion 5 pour indiquer que les traités multilatéraux ratifiés par un grand nombre d'États peuvent aussi bien refléter des normes de *jus cogens* que constituer une source de telles normes. En outre, le droit international coutumier, les principes généraux du droit et les traités multilatéraux généraux devraient y être qualifiés de « source » de normes de *jus cogens* plutôt que de « fondement ». L'oratrice approuve les deux critères énoncés dans le projet de conclusion 4, ainsi que l'affirmation, faite au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, selon laquelle l'acceptation et la reconnaissance de tous les États ne sont pas requises. Dans les projets de conclusions 7 et 9, elle pense qu'il conviendrait d'employer d'autres expressions qu'« attitudes » et « documents ».

30. Il se pose également la question de savoir si les conséquences du *jus cogens* devraient être limitées au droit conventionnel ou si elles devraient s'étendre au droit de la responsabilité de l'État et à d'autres domaines du droit international. La Commission s'est déjà penchée sur la question du *jus cogens* dans le cadre du droit des traités et du droit de la responsabilité de l'État, les normes de *jus cogens* ayant des conséquences juridiques particulières dans ces deux domaines. La proposition formulée au paragraphe 93 du rapport, tendant à traiter des effets du *jus cogens* dans d'autres domaines tels que les règles relatives à la compétence, devrait être examinée plus avant.

31. En ce qui concerne les avantages et les inconvénients de l'introduction d'une liste indicative de normes de *jus cogens*, la Commission a déjà étudié cette question au paragraphe 3 de son commentaire relatif au projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966[324]. Ce commentaire concernait toutefois une disposition qui devait être intégrée à un traité, et qui l'a été. Dans le contexte du projet de conclusions à l'examen, une telle liste peut être utile. La Commission a déjà établi des listes indicatives dans plusieurs autres contextes, notamment celles qu'elle a insérées au paragraphe 5 de son commentaire du projet d'article 26 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[325] et dans la conclusion 33 du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[326]. Mme Galvão Teles est donc favorable à l'introduction d'une liste indicative fondée sur les travaux passés de la Commission et sur les décisions des cours et tribunaux internationaux, assortie d'une note en soulignant le caractère non exhaustif.

32. En conclusion, Mme Galvão Teles souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'intituler le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

33. Mme ORAL dit qu'elle pense avec le Rapporteur spécial que le *jus cogens* a le caractère de *lex lata*, bien que la question ne soit pas sans susciter des controverses. Elle est d'avis que la Commission devrait s'appuyer sur ses travaux précédents pour fournir des orientations concernant cet élément très important du droit international. Le deuxième rapport du Rapporteur spécial constitue une bonne base pour une telle entreprise.

34. Passant aux paragraphes 20 à 30 du deuxième rapport du Rapporteur spécial, consacrés aux trois aspects du *jus cogens* sur lesquels porte le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 (valeurs fondamentales, supériorité hiérarchique et application universelle), Mme Oral dit qu'elle souscrit globalement au projet de conclusion. Au cœur de ces normes ayant acquis le statut de *jus cogens* se trouve un ensemble de valeurs fondamentales communes à la communauté internationale. Ce point de vue a été exprimé dans le passé par un certain nombre de membres de la Commission à propos du projet d'article 50 sur le droit des traités de 1966, et même avant cela dans le rapport du Rapporteur spécial sur le droit des traités de 1953[327], où figure une référence aux principes fondamentaux du droit international pouvant être considérés comme constituant des principes d'ordre international public. Des valeurs fondamentales protégées par des normes impératives ont également été reconnues dans des décisions judiciaires, notamment l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu en l'*Affaire du Détroit de Corfou* et le jugement que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

[322] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 191.

[323] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 270 (commentaire relatif au projet d'article 50).

[324] Ibid.

[325] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 90 et 91.

[326] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 191.

[327] *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 90 et suiv., document A/CN.4/63 (en anglais seulement).

a prononcé en l'affaire *Le Procureur c. Anto Furundžija*. Étant donné qu'il serait difficile de faire figurer la protection de valeurs fondamentales parmi les critères d'identification du *jus cogens*, Mme Oral est favorable à l'idée de l'inclure dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, dans le cadre d'une description générale de la nature du *jus cogens*, qui pourrait être approfondie dans le commentaire.

35. Le projet de conclusion 4 reprend des éléments de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et répète quelque peu ce qui est dit dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 3. Mme Oral pense avec le Rapporteur spécial que l'article 53 de la Convention de Vienne ne devrait constituer qu'un point de départ. À propos de la question de savoir si l'article 53 énonce deux ou trois critères, Mme Lehto et d'autres membres de la Commission ont fait valoir de manière convaincante qu'il convenait de retenir un troisième critère, celui voulant qu'une norme de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une autre norme impérative. Mme Oral y est peu encline, cependant, car elle n'a trouvé aucun élément attestant clairement que les États ou les tribunaux tiennent compte de ce critère dans l'identification des règles de *jus cogens*. Elle comprend la nécessité de distinguer les normes de *jus cogens* des normes ordinaires auxquelles il ne peut pas non plus être dérogé, mais elle estime que le contenu du paragraphe 2 du projet de conclusion 3 suffit à cette fin. C'est pourquoi elle souscrit au libellé proposé par le Rapporteur spécial, articulé autour de deux critères.

36. En ce qui concerne le projet de conclusion 5, il n'y a pas de définition convenue du « droit international général », comme l'a souligné le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Compte tenu des divergences de vues à ce sujet, Mme Oral se demande s'il est nécessaire de déterminer une fois pour toutes quelles sources peuvent donner naissance à une règle de *jus cogens*. Aux fins de l'identification du *jus cogens*, c'est le deuxième critère énoncé à l'article 53 − l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble − qui est déterminant. Cependant, l'oratrice n'est pas opposée à l'idée d'indiquer, dans le projet de conclusion 5, que le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit conventionnel font partie du droit international général. Si le Rapporteur spécial, au paragraphe 41 du rapport, évoque la possibilité que la distinction faite par le Groupe d'étude entre le droit international général, d'une part, et le droit conventionnel et la *lex specialis*, d'autre part, puisse empêcher les règles du droit international humanitaire d'acquérir le statut de *jus cogens*, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, dans sa conclusion 33, cite les règles fondamentales du droit international humanitaire en tant que règles faisant partie du *jus cogens*. Il conviendrait donc d'indiquer clairement que les régimes spécialisés peuvent aussi comprendre des normes de caractère impératif. En outre, il ne faut pas exclure la possibilité qu'un *jus cogens* régional existe.

37. Mme Oral admet que le droit international coutumier et les principes généraux du droit puissent servir de fondement au *jus cogens*, comme cela est indiqué aux paragraphes 2 et 3 du projet de conclusion 5. Le Rapporteur spécial aurait néanmoins pu donner davantage d'exemples de principes généraux du droit qui peuvent être considérés comme relevant du *jus cogens*. Comme l'a dit M. Vázquez-Bermúdez à la 3372e séance de la Commission, l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme concernant le statut juridique et les droits des migrants sans papiers fournit un tel exemple. La référence faite, dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 5, au paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, semble inutile ; il serait peut-être préférable de ne renvoyer qu'aux « principes généraux du droit » et d'apporter des explications complémentaires dans le commentaire. Le sujet « Principes généraux du droit » est inscrit au programme de travail à long terme de la Commission et il sera examiné plus avant dans ce contexte.

38. S'agissant des règles conventionnelles, auxquelles il est fait référence au paragraphe 4 du projet de conclusion 5, Mme Oral approuve la description faite par M. Rajput, à la 3369e séance de la Commission, de la manière dont une norme de droit conventionnel peut devenir une norme de *jus cogens*, même si elle ne partage pas l'opinion selon laquelle le *jus cogens* doit être fondé sur l'ensemble des trois sources (droit conventionnel, droit interne et droit international coutumier). Elle partage également l'avis exprimé par M. Kolodkin à la 3372e séance, à savoir que l'ordre dans lequel les critères permettant de déterminer qu'une règle relève du *jus cogens* sont jugés avoir été remplis n'a pas d'importance, tout au moins en ce qui concerne les traités.

39. Le membre de phrase « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble » est peut-être l'élément de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 dont la signification est la plus difficile à cerner, mais c'est aussi le critère d'identification des normes de *jus cogens* le plus important. Les projets de conclusions 6 à 9 énoncent les éléments essentiels à cet égard. Pour Mme Oral, l'ordre de ces projets de conclusion est quelque peu déroutant ; à son avis, le projet de conclusion 7 (Communauté internationale des États dans son ensemble) devrait figurer en premier, les trois autres projets de conclusion portant tous sur l'acceptation et la reconnaissance. Peut-être serait-il bon d'en fusionner certains pour gagner en clarté et éviter les répétitions.

40. Mme Oral souscrit à la teneur du paragraphe 1 du projet de conclusion 8 mais estime que le raisonnement qui le sous-tend n'est pas pleinement expliqué dans le rapport du Rapporteur spécial. D'un point de vue purement grammatical, le libellé de la définition du *jus cogens* dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 est différent de la définition bien établie du droit international coutumier. Comme cela a été souligné dans les écrits sur la question, les rédacteurs de la Convention auraient pu définir explicitement le *jus cogens* comme étant les normes du droit international coutumier auxquelles il ne peut pas être dérogé, mais ils s'en sont abstenus. En outre, comme l'a souligné Sir Michael Wood à la 3372e séance de la Commission, l'historique des négociations sur la disposition, en particulier sur les mots « acceptée et reconnue », a été traité quelque peu superficiellement dans le rapport. Sur ce point, Mme Oral n'estime pas que la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit

des traités, qui est citée au paragraphe 67 du rapport, ait apporté une réponse définitive.

41. À en juger par le libellé de l'article 53, il semble que, à la différence du droit international coutumier, sur lequel elles reposent dans une large mesure, les normes de *jus cogens* ne soient pas subordonnées à l'élément de conduite ou de pratique générale. Les mots « acceptée et reconnue », en tant qu'éléments du deuxième critère énoncé à l'article 53, ne font donc pas référence à la pratique des États. C'est plutôt l'opinion ou l'*opinio juris cogentis* des États qui est déterminante, comme le met en relief le Rapporteur spécial dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 6. Pour dire les choses simplement, le *jus cogens* n'exige pas une double dose de droit international coutumier.

42. Quant au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, qui porte sur l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble », M^me^ Oral partage l'avis des orateurs précédents qui ont fait valoir que l'acceptation et la reconnaissance par « une très large majorité » d'États devrait être exigée, conformément à ce qui est expliqué au paragraphe 67 du rapport. Elle partage également l'avis selon lequel les mots « dans son ensemble » ne signifient pas « tous » les États, l'accent étant mis sur la « communauté internationale des États » et pas simplement sur « les États ». Le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission ont raison d'affirmer que l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble » fait référence non pas à l'attitude ou aux opinions individuelles d'États mais à leur attitude collective.

43. M^me^ Oral est ouverte à l'idée de modifier l'intitulé du sujet pour qu'il se lise « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », comme le propose le Rapporteur spécial, étant entendu que les mots « *jus cogens* » resteront entre parenthèses et que cet intitulé n'exclura pas les normes relevant de régimes spécialisés.

44. M^me^ Oral est également ouverte à l'idée de fournir une liste indicative et non exhaustive de normes de *jus cogens*, à condition que le caractère indicatif d'une telle liste soit clairement affirmé. Enfin, elle recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

45. M. PETER félicite le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport sur le sujet « *Jus cogens* », consacré aux critères ou conditions d'identification du *jus cogens*. Il exprime sa sympathie au Rapporteur spécial et à M. Murase, Rapporteur spécial pour le sujet « Protection de l'atmosphère », qui ont tous deux fait l'objet de pressions du Secrétariat à propos de la longueur de leurs rapports. Il est regrettable qu'il y ait deux poids, deux mesures, et il faut espérer que le Secrétaire de la Commission examinera la question afin d'y apporter une solution permanente.

46. M. Peter a accueilli avec satisfaction l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission car elle donne aux personnes originaires de pays en développement l'occasion d'apporter leur contribution dans un domaine où elles sont traditionnellement marginalisées. En effet, lorsque la Convention de Vienne de 1969 a été adoptée, la plupart des pays d'Afrique avaient le statut d'État depuis dix ans au plus et cherchaient encore leurs marques dans la sphère internationale, tout comme de nombreux États d'Amérique latine, d'Asie et des Caraïbes.

47. En ce qui concerne les paramètres du sujet, au paragraphe 33 de son rapport, le Rapporteur spécial explique qu'il prendra comme point de départ l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et donne cinq raisons. De l'avis de M. Peter, une telle approche est assez restrictive et pourrait rendre vain l'examen du sujet. Les sources mentionnées au paragraphe 33 du rapport étant bien connues et l'article 53 ayant été analysé de manière approfondie au fil des ans, les raisons pour lesquelles il faudrait élaborer un projet de conclusion fondé uniquement sur cet article ne sont pas claires. M. Peter se demande s'il ne serait pas possible d'aller au-delà des écrits existants sur le sujet.

48. Au paragraphe 34, le Rapporteur spécial déclare sa neutralité à l'égard du sujet et de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. On pourrait se demander si sa position est réaliste, si son travail n'en deviendrait pas quelque peu artificiel, s'il est possible d'être neutre sur le plan des valeurs et s'il ne serait pas plus judicieux que le Rapporteur spécial adopte une position et la défende.

49. Au paragraphe 31, le Rapporteur spécial affirme catégoriquement que la question de savoir qui détermine si les critères du *jus cogens* ont été remplis « ne relève pas du sujet ». La question qui se pose est celle de savoir pourquoi, après s'être fixé pour but d'identifier les critères du *jus cogens*, le Rapporteur spécial n'entreprend pas de les tester. L'approche du Rapporteur spécial est dangereuse pour plusieurs raisons. Premièrement, elle pourrait permettre à un État ou à un groupe d'États dont la culture et l'histoire sont similaires de déclarer qu'une règle ou un principe en particulier a acquis le statut de *jus cogens* et d'imposer leur décision au reste du monde. Deuxièmement, elle pourrait permettre à des pays puissants d'affirmer que leur pratique nationale a un caractère général et s'applique à tous, laissant entendre qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens* en puissance. Pour un sujet d'une telle importance, il est judicieux d'indiquer clairement non seulement quels sont les critères du *jus cogens*, mais aussi qui est censé déterminer si ces critères ont été remplis.

50. Au paragraphe 90, le Rapporteur spécial propose, compte tenu du débat de la Commission à sa soixante-huitième session, de modifier l'intitulé du sujet, qui de « *Jus cogens* » deviendrait « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». Il rend compte du débat en question au paragraphe 5 du rapport, où il cite la déclaration d'un ancien membre de la Commission, Enrique Candioti, selon lequel le terme latin « *jus cogens* » risquait, pris isolément, de paraître peu familier ou peu clair aux destinataires des travaux de la Commission. Le Rapporteur spécial a finalement suivi à la lettre la suggestion de M. Candioti. En tout état de cause, M. Peter n'émettra pas d'objection au nouvel intitulé, mais il préférerait se concentrer sur la teneur du sujet.

51. Il ne semble guère y avoir de différence entre les dispositions du projet de conclusion 4 et celles de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. De même, on peut se demander s'il existe une différence fondamentale entre le projet de conclusion 4 et le projet de conclusion 6. À

ce propos, le Rapporteur spécial devrait préciser qui est censé procéder à l'évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble qui est requise dans le projet de conclusion 6.

52. Dans le projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial utilise un certain nombre de termes de manière vague. Les références à « la communauté internationale des États dans son ensemble » et à « une large majorité d'États », en particulier, méritent d'être explicitées. Les États en question se trouvent-ils dans une même zone géographique ? Qui détermine si un État appartient ou non à une catégorie donnée ?

53. Il serait utile que les différents types de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance énumérés au paragraphe 2 du projet de conclusion 9 soient hiérarchisés car ils varient largement du point de vue de leur nature, de leur forme et de leur valeur.

54. Lorsqu'il a présenté le rapport à la 3368e séance de la Commission, le Rapporteur spécial a demandé aux membres de la Commission, particulièrement aux nouveaux membres, de lui donner leur avis sur le point de savoir s'il serait judicieux d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens*. De l'avis de M. Peter, le Rapporteur spécial devrait fournir une liste exhaustive de toutes les normes du *jus cogens* existantes. Il comprend parfaitement les raisons pour lesquelles d'aucuns pourraient s'y opposer. En effet, certaines règles du *jus cogens* pourraient susciter de vives controverses, ou être favorables à une région du monde en particulier, ce qui pourrait être source d'embarras. À dire vrai, ce n'est pas un problème puisque le droit international n'a jamais été neutre. Une liste exhaustive servirait de « bilan » qui permettrait au Rapporteur spécial de planifier ses travaux avec certitude, puisque la liste indiquerait non seulement quelles normes ont le caractère de *jus cogens* mais aussi quel est leur statut et de quelle manière elles sont nées. La liste devrait être dressée le plus rapidement possible et aurait dû en fait être établie dès le début des travaux de la Commission sur le sujet.

55. Le programme de travail futur mérite un examen plus approfondi. Sauf erreur, c'est la première fois depuis 1969 que le sujet fait l'objet d'une étude complète, scientifique et globale. Par conséquent, le Rapporteur spécial ne devrait pas se hâter d'achever ses travaux, d'autant que beaucoup de questions en suspens requièrent son attention. La principale est celle de savoir qui devrait déterminer si les critères du *jus cogens* ont été remplis, question qui, du point de vue de M. Peter, ne sort pas du cadre du sujet. M. Peter invite instamment le Rapporteur spécial à repenser sa feuille de route, car il serait contre-productif de se lancer dans l'examen des conséquences du *jus cogens* avant d'avoir achevé le travail préparatoire.

56. Le Rapporteur spécial a accompli un énorme travail ; il s'est aventuré sur un terrain difficile où les secrets abondent, de nombreux membres ne voulant pas dire ouvertement ce qu'ils pensent ou ne souhaitant pas que les choses soient appelées par leur nom. M. Peter recommande que tous les projets de conclusion soient renvoyés au Comité de rédaction pour qu'il les remanie en tenant compte des observations faites par les membres de la Commission. Étant donné qu'il y a beaucoup de projets de conclusion et que certains expriment les mêmes idées dans des termes différents, il est clair qu'il convient de les réorganiser.

57. M. OUAZZANI CHAHDI remercie le Rapporteur spécial pour son rapport bien documenté et concis sur un sujet qui a donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales et auquel on a longtemps reproché sa connotation jusnaturaliste, son manque de précision et ses potentiels effets dévastateurs sur la stabilité des relations conventionnelles. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, certains États se sont énergiquement opposés à l'adoption de la notion de *jus cogens*, parmi lesquels la France, dont la délégation a estimé qu'une clause aussi imprécise ferait entrer à titre permanent la contestation dans le droit des traités.

58. Malgré ces oppositions et grâce à l'effet de codification du droit des traités, la notion de *jus cogens* a trouvé sa place dans le droit international positif. La Convention de Vienne de 1969 lui consacre les articles 53 et 64, dont les dispositions ont été reprises en termes identiques par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986.

59. Pour son deuxième rapport, le Rapporteur spécial part des observations et recommandations émises par certaines délégations à la Sixième Commission. Comme il le fait observer au paragraphe 11 de son deuxième rapport, la plupart des délégations qui ont abordé ce point ont estimé que la portée du sujet devait être large et ne pas se limiter au droit conventionnel mais englober aussi des questions telles que la responsabilité des États et l'immunité. D'autres observations des délégations à la Sixième Commission ont porté sur la nécessité de s'appuyer sur la pratique des États sous toutes ses formes. M. Ouazzani Chahdi se demande s'il n'aurait pas fallu, à ce sujet, inclure parmi la pratique des États les constitutions nationales, dont certaines, notamment la Constitution suisse, reconnaissent expressément la notion de *jus cogens*.

60. Les caractéristiques du *jus cogens* évoquées aux paragraphes 20 à 30 du rapport sont fort intéressantes. Le Rapporteur spécial écrit que les normes du *jus cogens* protègent « les valeurs fondamentales de la communauté internationale », mais n'explique pas ce que l'on entend par « valeurs fondamentales ». Le Rapporteur spécial devrait préciser cette notion et apporter davantage de preuves à l'appui de son affirmation.

61. Quant à la supériorité hiérarchique des normes de *jus cogens*, le Rapporteur spécial utilise les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international[328] ainsi que des exemples tirés de la jurisprudence internationale et nationale pour étayer sa position. La question qui se pose est celle de la place qu'occupe dans cette hiérarchie l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

62. L'idée selon laquelle les normes du *jus cogens* sont d'application universelle, dans le sens qu'elles

[328] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186 à 193, par. 251.

s'appliquent à tous les États, mérite quelques développements, d'autant qu'en principe l'universalité semble exclure l'existence d'un *jus cogens* régional, qui est admise par certains auteurs. Bien que la Convention de Vienne de 1969 ne retienne pas la possibilité d'un *jus cogens* régional, il est concevable que des systèmes régionaux très homogènes puissent engendrer des règles impératives qui leur soient particulières. L'existence d'un *jus cogens* régional soulèverait la question de son rapport avec le *jus cogens* universel du point de vue hiérarchique. Le Rapporteur spécial pourrait aborder cette question dans son rapport suivant.

63. Le chapitre II du rapport est consacré aux critères du *jus cogens*. M. Ouazzani Chahdi est en principe d'accord avec l'interprétation que le Rapporteur spécial donne de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. En ce qui concerne le premier critère, selon lequel le *jus cogens* fait partie des normes du droit international général, le Rapporteur spécial, s'appuyant sur les travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international et sur la jurisprudence, a abouti à une conclusion intéressante, à savoir que le droit international coutumier est la source de nombreuses normes du *jus cogens* et les règles du droit international coutumier sont des normes de droit international général. M. Ouazzani Chahdi souhaiterait des précisions à propos de l'affirmation faite au paragraphe 41 du rapport, selon laquelle la distinction entre le droit international général, d'une part, et le droit conventionnel et la *lex specialis*, d'autre part, pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquérir le statut de *jus cogens*.

64. Quant à savoir si les principes généraux du droit, au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, peuvent constituer une source du *jus cogens*, tout dépend du rang qui leur est conféré dans la hiérarchie des normes. Il s'agit d'abord de principes d'ordre national ; certains peuvent être élevés au niveau international parce qu'ils sont communs à toutes les nations et qu'un juge international pourrait, dans un cas particulier, les ériger en normes du *jus cogens*. La Convention relative aux droits de l'enfant, par exemple, est fondée sur des principes qui sont présents dans de nombreuses constitutions nationales, tels que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ou le droit de l'enfant à une aide et à une assistance spéciales de l'État. M. Ouazzani Chahdi convient avec le Rapporteur spécial que la formule « droit international général » englobe les principes généraux du droit et que les traités multilatéraux peuvent aussi constituer une source de normes du *jus cogens*.

65. M. Ouazzani Chahdi souscrit à l'analyse du Rapporteur spécial concernant la reconnaissance et l'acceptation en tant que deuxième critère du *jus cogens*, tout en notant qu'il conviendrait peut-être de placer la barre plus haut et de trouver une formule qui remplacerait « majorité d'États » au paragraphe 67 du rapport et au paragraphe 3 du projet de conclusion 7. Au paragraphe 73, le Rapporteur spécial présente l'indérogeabilité comme une conséquence du caractère impératif. Cela soulève la question de la différence entre un critère et une conséquence. Pour M. Ouazzani Chahdi, l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les trois principaux critères des normes impératives.

66. L'orateur souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de changer l'intitulé du sujet, l'intitulé actuel pouvant donner l'impression que les travaux de la Commission portent aussi sur le *jus cogens* en droit interne. Cela dit, le Rapporteur spécial voudra peut-être mentionner ces normes dans le rapport suivant.

67. M. Ouazzani Chahdi appuie la proposition faite par d'autres membres de la Commission au sujet de la fusion des projets de conclusions 6, 8 et 9. Si une liste indicative des normes du *jus cogens* était établie, elle devrait figurer dans le commentaire et être assortie d'une indication précisant qu'elle a pour objet de clarifier davantage la notion de *jus cogens*. Enfin, M. Ouazzani Chahdi est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

68. M. HUANG dit qu'il souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de renommer le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et convient que l'examen du sujet ne doit pas être limité au droit conventionnel. Pensant comme le Rapporteur spécial que l'étude du *jus cogens* devrait se fonder sur la pratique des États, il souligne que la Commission devrait davantage tenir compte des réserves que les États ont exprimées à la Sixième Commission, à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, à propos de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, parce qu'il leur semblait que la pratique étatique relative au *jus cogens* n'était pas suffisamment étoffée.

69. Dans son premier rapport sur le sujet[329], le Rapporteur spécial identifie les éléments du *jus cogens*, au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, comme étant la protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale, la supériorité hiérarchique par rapport aux autres normes du droit international et l'applicabilité universelle. Ce faisant, il s'écarte nettement des dispositions de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et introduit de nouveaux éléments, qui sont problématiques à deux titres.

70. Premièrement, les éléments en question ne sont pas étayés par la pratique des États. Lorsqu'il s'agit d'identifier les éléments essentiels du *jus cogens*, rien n'est plus contraignant et convaincant que la pratique étatique. Or dans son deuxième rapport le Rapporteur spécial n'en cite que quelques exemples, les autres exemples de pratique étant principalement tirés de décisions de juridictions internationales. Il reste à savoir dans quelle mesure ces décisions reflètent l'acceptation internationale.

71. Deuxièmement, les éléments essentiels du *jus cogens* sont difficiles à distinguer des critères du *jus cogens*. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial qualifie les éléments essentiels du *jus cogens* d'éléments descriptifs et les critères d'identification du *jus cogens* d'éléments constitutifs. Cette distinction est hasardeuse et inutile dans la pratique. Au paragraphe 31, le Rapporteur spécial écrit que les critères d'identification du *jus cogens* renvoient aux éléments qui devraient être présents avant qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de norme

[329] *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693 (premier rapport).

du *jus cogens*. Cela suppose que les éléments essentiels n'existaient pas avant qu'une règle devienne une norme du *jus cogens*. Si l'applicabilité universelle est un élément essentiel du *jus cogens*, une règle n'est pas nécessairement universellement applicable avant de devenir une règle du *jus cogens*. Pourtant, de l'avis de M. Huang, c'est précisément le caractère universel de l'applicabilité d'une règle qui peut élever celle-ci au rang de *jus cogens*.

72. En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, les opinions de juridictions internationales mentionnées au paragraphe 20 du rapport sont toutes des opinions individuelles et des opinions minoritaires et ne représentent donc pas le point de vue le plus répandu dans la pratique judiciaire. M. Huang estime que la discussion relative aux valeurs fondamentales pourrait aisément conduire la Commission sur la voie du *jus naturale*, ce que le Rapporteur spécial lui a toujours conseillé d'éviter. Une telle discussion risque aussi d'être biaisée sur le plan idéologique ; la Commission devrait donc l'aborder avec prudence.

73. Pour ce qui est de la supériorité hiérarchique, il est nécessaire en premier lieu de préciser que l'idée selon laquelle les normes du droit international général sont nulles dès lors qu'elles sont en conflit avec une norme du *jus cogens* se rapporte à l'effet du *jus cogens*. Il serait tout simplement exagéré d'en déduire une supériorité hiérarchique. En fait, l'opinion selon laquelle il existe une hiérarchie en droit international n'est pas étayée par la pratique internationale. Même si la notion de *jus cogens* trouve son origine dans le droit interne, le droit international et le droit interne appartiennent à deux systèmes juridiques différents et il est nécessaire de disposer d'éléments de preuve supplémentaires pour déterminer si la théorie de la hiérarchie en droit interne peut être directement transposée au droit international. À supposer qu'il existe une hiérarchie en droit international, les déclarations de quelques États et les décisions de certains tribunaux régionaux ne suffisent pas à démontrer la supériorité hiérarchique du *jus cogens*.

74. M. Huang est favorable à l'introduction de l'application universelle parmi les éléments essentiels des normes impératives du droit international général. Le *jus cogens* prend en général la forme d'une règle du droit international coutumier. Donc, pour qu'une règle acquière le statut de *jus cogens*, elle doit être acceptée par tous les membres de la communauté internationale. Pour qu'une règle soit considérée comme une norme du *jus cogens*, qu'il s'agisse d'une règle du droit international coutumier, d'un principe général du droit ou d'une règle conventionnelle, elle doit être assortie de l'élément essentiel que constitue la reconnaissance par tous les membres de la communauté internationale.

75. Dans les projets de conclusion proposés, l'approche du Rapporteur spécial consistant à énoncer les deux critères du *jus cogens* − le statut de norme du droit international général et l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble − dans le projet de conclusion 4, tout en décrivant en détail ces critères dans les projets de conclusions 5 à 9, favorise la compréhension mais entraîne quelques lourdeurs et répétitions. M. Huang suggère que les projets de conclusions 5 à 8 soient simplifiés et fusionnés et que leur contenu essentiel soit déplacé dans le projet de conclusion 4 et leur contenu non essentiel dans le commentaire. L'ensemble du projet de conclusion 9 devrait être déplacé dans le commentaire.

76. M. Huang approuve dans l'ensemble le projet de conclusion 5, dans lequel le Rapporteur spécial énumère les trois sources possibles du *jus cogens*. Contrairement à d'autres membres de la Commission, il ne voit aucune raison d'exclure de cette liste les principes généraux du droit. Cette opinion est étayée par les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, dont il ressort qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les trois principales sources du droit international.

77. En ce qui concerne le projet de conclusion 7, M. Huang est principalement préoccupé par le paragraphe 3. Il convient que l'expression « communauté internationale des États dans son ensemble » ne renvoie pas nécessairement à tous les États, mais il juge tout à fait inadéquat de l'interpréter comme signifiant « une large majorité d'États ». Un tel critère serait en effet moins impérieux que celui exigé pour l'identification du droit international coutumier et ne conviendrait pas au *jus cogens*, qui a une force juridique plus importante.

78. Les diverses formes de preuve énumérées aux paragraphes 2 à 4 du projet de conclusion 9 correspondent toutes aux éléments nécessaires à l'identification du droit international coutumier. Puisque les normes du *jus cogens* ont davantage de force juridique que le droit international coutumier, il pourrait être nécessaire de fixer un seuil plus élevé et plus strict pour l'admission de la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du *jus cogens*. À ce stade des travaux de la Commission sur le sujet, il n'est pas nécessaire d'établir une liste indicative des normes du *jus cogens*. Pour conclure, M. Huang se dit favorable au renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

79. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que le Rapporteur spécial ne semble pas avoir poussé jusqu'à sa conclusion logique la réflexion approfondie qu'il a menée dans son deuxième rapport. Dans l'ensemble, le rapport donne l'impression que le Rapporteur spécial s'est senti obligé de répondre par l'affirmative à la question d'un ancien membre de la Commission concernant le point de savoir si la future Commission fonderait ses travaux uniquement sur ce qui avait été accepté par les États. M. Valencia-Ospina estime pour sa part que la Commission devrait avoir une vision plus ambitieuse de ses travaux sur le *jus cogens*.

80. Pour cela, la Commission doit réexaminer de manière critique la question de savoir si les critères permettant de déterminer quelles normes ont acquis un caractère impératif devraient être fondés uniquement sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet met sur le même plan les éléments découlant de la pratique et de la doctrine et ceux découlant de l'article 53 et souligne l'interaction fluide entre la nature, les conditions et les conséquences du *jus cogens*. En revanche, les éléments que le

Rapporteur spécial avait présentés dans son premier rapport comme les éléments fondamentaux du *jus cogens* énoncés à l'article 53 sont devenus dans son deuxième rapport les critères d'identification du *jus cogens*, alors que les autres éléments, énumérés au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, ont été relégués au rang d'éléments descriptifs des normes établies du *jus cogens*. La justification donnée pour ce choix est mince et consiste en deux faibles arguments exposés aux paragraphes 32 et 33. Le premier est que les États veulent qu'il en soit ainsi et le second que la plupart des juridictions et des commentateurs procèdent de la même manière. Aucun des deux arguments n'est entièrement convaincant.

81. En ce qui concerne le premier argument, l'insistance des États pour conserver la définition du *jus cogens* consacrée par l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 semble être motivée par le dogme selon lequel seuls les États font le droit international. Pourtant, la question de savoir qui décide de ce qui devient le droit est aussi une question de pouvoir. Par conséquent, il n'est pas nécessairement sage ou productif de la part de la Commission d'adopter sans réserve le point de vue que certains États expriment haut et fort comme s'il représentait les dernières avancées en droit international.

82. Le deuxième argument, selon lequel la plupart des juridictions et la plupart des ouvrages savants sur le *jus cogens* considèrent l'article 53 comme la source de la définition du *jus cogens*, n'est pas plus convaincant. L'approche quantitative n'est pas de mise en droit international. Il vaut en outre la peine de se demander si la valeur de référence attachée à l'article 53 découle du large accord existant quant à son utilité en matière de définition du *jus cogens* ou simplement du fait que cet article énonce la définition la plus connue qui ait été donnée dans un contexte juridique international. De plus, un certain nombre d'universitaires ont même conclu à l'absence d'accord quant au point de savoir laquelle des approches suivies pour expliquer le *jus cogens* était l'approche prédominante. En conséquence, même si l'approche quantitative était acceptée, et la définition du *jus cogens* énoncée à l'article 53 déclarée valide, une telle approche devrait être étayée de manière beaucoup plus détaillée.

83. M. Valencia-Ospina ne peut être d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme que la décision de faire du rapport un commentaire de la deuxième phrase de l'article 53 ne préjuge en rien de la conception du *jus cogens* aux fins des travaux de la Commission. Cela lui rappelle l'idée, exprimée pendant le débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial, que l'adoption de la définition donnée à l'article 53 signifie l'adoption d'une conception du *jus cogens* résolument fondée sur le consentement. Ce point de vue soulève des difficultés. Dans le premier rapport, le Rapporteur spécial a évoqué le risque que des États qui se sont ralliés au consensus concernant une norme reviennent sur leur consentement quelque temps après l'élévation de la norme au rang de *jus cogens* et mettent ainsi à mal le consensus.

84. Dans le contexte plus vaste du droit international, la doctrine de la souveraineté de l'État et le paradigme connexe du caractère indispensable du consentement de l'État aux fins de la création du droit international semblent très vivaces. La position par défaut qui se dégage de nombreuses approches de l'élaboration du droit international est encore qu'aucun État ne peut être lié par une règle de droit international à moins qu'il n'y ait consenti. Cette approche consensualiste semble compatible avec la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, selon laquelle le *jus cogens* est une « norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». S'il est parfois avancé que l'acceptation et la reconnaissance sont simplement déclaratoires et non constitutives de l'existence de normes du *jus cogens*, la définition en question est le plus communément interprétée comme supposant que le *jus cogens* est un genre spécial de droit international coutumier qui requiert le consentement de l'État (sous la forme de l'*opinio juris*) aux fins de sa création.

85. L'approche consensualiste n'en soulève pas moins un certain nombre d'autres questions. Même si le *jus cogens* est considéré comme un genre spécial de droit international coutumier, les exemples de pratique étatique concernant la plupart des normes considérées comme relevant du *jus cogens* sont soit insuffisants soit contradictoires. Cette situation est aggravée par le fait que beaucoup de normes assimilées au *jus cogens* exigent d'éviter certains actes, ce qui entraîne des non-événements ou une non-pratique, qui doivent donc être interprétés. Pour surmonter cette difficulté, il a été suggéré que l'identification du *jus cogens* soit fondée sur les principes généraux plutôt que sur le droit international coutumier. Cette approche maintient l'élément du consentement de l'État dans la définition des normes du *jus cogens* en supprimant l'exigence relative à la pratique. En fin de compte, toutefois, toute approche mettant en jeu le consentement de l'État laisse les règles du *jus cogens* à la discrétion des États. Une conception du *jus cogens* fondée sur le consentement ne saurait offrir une explication satisfaisante de la nature impérative des normes du *jus cogens*, ne permet pas de distinguer le *jus cogens* des autres normes du droit international et, finalement, reste empreinte d'une certaine vacuité.

86. L'accent mis dans le rapport sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 donne aux considérations qui y sont exprimées une apparence anhistorique, puisque aucune information n'est donnée sur d'éventuels développements dans le domaine des normes impératives avant 1969. Le rapport aurait été plus utile s'il avait contenu un historique du *jus cogens*, à la fois aux fins de déterminer si la référence exclusive à l'article 53 était véritablement l'approche à retenir et, dans l'affirmative, pour offrir un contexte à une interprétation complète des éléments qui y sont exposés.

87. M. Valencia-Ospina est particulièrement gêné par la teneur du paragraphe 3 du projet de conclusion 7 ; le raisonnement présenté dans le rapport à l'appui de ce paragraphe est plutôt indigent, l'unique référence fournie étant les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, d'après lesquels l'intention qui sous-tend la formulation retenue était de ne donner à aucun État le droit de veto dans le processus d'élaboration du *jus cogens*. En définitive, cela voudrait dire qu'un État pourrait être lié par une norme à laquelle il s'est constamment opposé. Toutefois, il n'existe pas de doctrine de l'objecteur

persistant en ce qui concerne le *jus cogens*, puisque l'applicabilité universelle est un élément essentiel des normes du *jus cogens*. Cette position est incompatible avec l'idée que le consentement de l'État est primordial dans l'élaboration du droit international. Pour M. Valencia-Ospina, il est inconcevable qu'une norme doive recueillir l'appui unanime des États pour devenir impérative.

88. À supposer qu'aucun État ne puisse être lié contre sa volonté, l'expression « large majorité d'États » devrait être précisée. La population des cinq plus grands États du monde représente déjà environ la moitié de la population mondiale. Cela soulève la question de savoir si l'acceptation de l'élévation d'une norme au rang de norme du *jus cogens* par une large majorité d'États n'incluant pas les États les plus peuplés est légitime. En outre, il est possible qu'une norme relative à la prolifération nucléaire atteigne un taux d'acceptation de 95 % sans l'accord d'aucun des États qui possèdent l'arme nucléaire. Il est impossible de clarifier ces questions sans aller voir derrière la façade non politique du droit international pour dévoiler les relations de pouvoir cachées qui le façonnent. Ces exemples montrent aussi pour quelle raison l'expression « large majorité d'États », sans autre précision, confère une dimension d'arbitraire à l'exercice de détermination du *jus cogens*. La prise en compte de la population des États ne résoudrait pas le problème, car un tel critère donnerait en réalité un pouvoir de veto aux États plus peuplés.

89. M. Valencia-Ospina s'interroge par ailleurs sur l'intérêt d'envisager la création du *jus cogens* comme un processus en deux étapes comprenant d'abord l'établissement de la règle en tant que règle du droit international général puis son élévation au statut de *jus cogens*. Étant donné l'expansion notable des processus dynamiques d'élaboration du droit international, l'idée d'une séquence statique en deux étapes semble peu conforme à l'intuition.

90. Au paragraphe 73 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne qu'une dérogation de fait à une norme n'empêche pas cette norme d'acquérir le statut de *jus cogens*, puisque ce qui devrait compter est la conviction qu'ont les États que la norme ne souffre aucune dérogation. On peut toutefois affirmer sans risque que, selon la conception du *jus cogens* fondée sur le consentement, une congruence générale entre les règles du *jus cogens* et la réalité du comportement des États par rapport à ces règles est nécessaire. Une norme constamment violée par un grand nombre d'États ne peut pas acquérir le statut de *jus cogens*, même si ces États continuent de prétendre qu'ils la reconnaissent.

91. La question de la congruence renvoie à une autre des difficultés que soulève l'approche du *jus cogens* fondée sur le consentement des États : l'interaction entre le consentement de l'État et la capacité présumée du *jus cogens* à protéger − ou du moins à refléter − les valeurs fondamentales de la communauté internationale. La manière dont le consentement des États peut former ou façonner ces valeurs, dont il est dit dans le premier rapport qu'elles « concernent des considérations fondamentales d'humanité[330] », ne va pas de soi ; on peut se demander si ces considérations ont été réellement définies par les États. De plus, outre qu'il a une incidence sur les traités, le *jus cogens* reflète certaines aspirations en ce qu'il fixe des objectifs relatifs au traitement des individus ou à la coexistence pacifique. Une conception du *jus cogens* qui ne fait que refléter la pratique des États laisse de côté ces aspirations. En conclusion, M. Valencia-Ospina dit qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial de modifier l'intitulé du sujet, ainsi que le renvoi des projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.

[330] Voir ibid., par. 71.

3374e SÉANCE

Jeudi 13 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA (Vice-Président)

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Jus cogens (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. TLADI (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son deuxième rapport (A/CN.4/706), exprime sa reconnaissance aux membres de la Commission pour leurs précieuses observations et suggestions d'ordre rédactionnel et les remercie d'avoir appelé son attention sur des éléments additionnels. Le Comité de rédaction restera saisi des projets de conclusion jusqu'à ce qu'un texte complet soit adopté, ce qui permettra au Comité et à la Commission d'avoir une vue d'ensemble de l'économie générale du texte avant d'en adopter les diverses dispositions.

2. Le Rapporteur spécial constate que la plupart des membres de la Commission, sinon tous, ont acquiescé à sa proposition de changer l'intitulé du sujet, même si certains ont émis des réserves, estimant par exemple que la Commission devrait revenir sur cet intitulé quand elle se pencherait sur la question du *jus cogens* régional. Il rappelle qu'il a déjà fait part de ses doutes au sujet du *jus cogens* régional, mais qu'il a promis d'examiner cette question dans ses rapports suivants. En tout état de cause, si l'existence d'un *jus cogens* régional était établie par des éléments pertinents, il s'agirait d'une exception à la règle générale qui ne rendrait pas nécessaire de modifier l'intitulé. Un membre de la Commission a proposé de traiter

du *jus cogens* en droit interne, mais le Rapporteur spécial dit qu'il n'y est pas favorable, car la Commission devrait pour cela étudier tous les systèmes juridiques afin de déterminer comment le *jus cogens* fonctionne dans chacun, et l'intérêt d'une telle entreprise n'est pas évident. Peut-être la question du *jus cogens* en droit interne pourrait-elle être examinée par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, mais le fait que les travaux reposent sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) l'exclut automatiquement du sujet à l'examen. Le Rapporteur spécial convient toutefois que la Commission devrait assurément examiner la pratique sous un angle régional plus large et diversifier les sources de preuves. Un autre membre a accepté la modification de l'intitulé, étant entendu que le sujet dépassait le droit conventionnel. La plupart des fondements sur lesquels reposent les critères et les caractéristiques proposés dans le deuxième rapport n'ont rien à voir avec le droit conventionnel.

3. Il ressort clairement du débat tenu à la session en cours qu'une très large majorité de membres acceptent le contenu du paragraphe 2 du projet de conclusion 3[331], même si tous ne souhaitent pas conserver ce paragraphe. Nombre de membres sont convenus que les normes du *jus cogens* étaient d'une manière ou d'une autre liées aux valeurs fondamentales de la communauté internationale. Un membre s'est demandé s'il était justifié d'invoquer cette notion dans les projets de conclusion puisqu'elle n'apparaissait pas dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, mais cet argument est erroné, car le critère retenu pour l'inclure dans les projets de conclusion n'est pas qu'elle apparaisse dans l'article 53 mais qu'elle soit reflétée dans la pratique. Seuls deux membres ont fait valoir qu'il n'y avait pas de pratique, arguant que le Rapporteur spécial renvoyait seulement à des opinions dissidentes et individuelles et à des articles de doctrine. Le Rapporteur spécial appelle l'attention sur les paragraphes 20 à 22 de son deuxième rapport, qui renvoient à des jugements et avis consultatifs de juridictions nationales et internationales. Il ne partage pas l'opinion, exprimée par un membre, selon laquelle le fait que les tribunaux internes s'appuient, de manière quasi universelle, sur les valeurs fondamentales devrait être écarté parce que les juridictions des différents pays peuvent attribuer aux mêmes termes des sens différents ; si l'on suit ce raisonnement, il faudrait établir non seulement quelle est la pratique, mais aussi quelle est l'intention qui la motive, un critère auquel il serait impossible de satisfaire quel que soit le sujet.

4. D'autres membres ont également exprimé des doutes quant à la notion de valeurs fondamentales. L'un voulait par exemple la rejeter, au motif que le droit interne des États repose sur les valeurs fondamentales particulières propres à chacun d'eux, alors que le droit international repose sur une multiplicité de systèmes de valeurs. Si cette distinction est correcte, le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi la communauté internationale et ses multiples systèmes de valeurs ne pourraient pas produire des valeurs fondamentales. Un autre membre s'est demandé si l'on devait dire que le *jus cogens* « reflète » ou « protège » des valeurs fondamentales. Il s'agit de concepts différents, et rien dans le rapport ne laisse entendre le contraire, mais ils ne sont pas mutuellement exclusifs, et le Rapporteur spécial est plutôt d'accord avec la proposition d'utiliser les deux verbes, séparés par « et/ou » plutôt que par « et ». Il partage l'opinion des membres qui pensent qu'il serait utile de clarifier ce qu'on entend par valeurs fondamentales : par définition, ces valeurs ne sont pas immuables, en ce qu'elles sont dans une large mesure liées aux problèmes de leur temps, et le commentaire sera plus à même de rendre compte de leur fluidité.

5. À la session précédente, le lien a été fait entre l'applicabilité universelle et le *jus cogens* régional. Plusieurs membres ont fait part de leur préoccupation à l'idée d'inclure le *jus cogens* régional, mais le Rapporteur spécial est d'accord avec le membre qui a soutenu que cette notion n'était pas incompatible avec l'application universelle. Après tout, si le *jus cogens* régional existe effectivement, il est universellement applicable dans la région concernée. Le Rapporteur spécial dit qu'il est enclin à penser que l'existence d'un *jus cogens* régional est juridiquement impossible, non à cause d'une sorte de tension avec la notion d'application universelle, mais pour d'autres raisons, comme l'applicabilité de la doctrine de l'objecteur persistant, qu'il expliquera dans un prochain rapport. Plus important, la pratique a montré de manière irréfutable que les normes de *jus cogens* étaient universellement applicables. La question de savoir si l'application universelle concerne « tous les États » ou « tous les sujets de droit international », qui a été soulevée, est importante, mais le Rapporteur spécial préfère y répondre dans le commentaire. Un membre a semblé mal interpréter la notion d'application universelle, et la comprendre comme signifiant qu'une norme doit être universellement acceptée pour pouvoir être acceptée comme une norme de *jus cogens*.

6. En ce qui concerne la supériorité hiérarchique, un membre a suggéré que, dans certains cas, les juridictions internationales semblaient avoir en réalité retiré au *jus cogens* sa supériorité hiérarchique, mais ce n'est tout simplement pas vrai. Les affaires citées seront envisagées sous l'angle des conséquences, mais elles n'ont que peu de rapport avec la supériorité, voire aucun. Dans les affaires des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, les juridictions ont délibérément exclu la question de la hiérarchie en affirmant que les règles en question n'entraient pas en conflit les unes avec les autres, de sorte que la question de la hiérarchie ne se posait pas. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas comme certains membres que la supériorité hiérarchique soit davantage une conséquence qu'une caractéristique du *jus cogens*. Des conséquences, telles que la nullité, découlent de cette caractéristique, mais la supériorité hiérarchique n'est pas simplement une conséquence. Le Rapporteur spécial convient toutefois que les effets de la hiérarchie sur d'autres sources du droit international, par exemple les principes généraux et le droit international coutumier, devront être envisagés dans les rapports suivants.

[331] Pour le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/693, par. 74.

7. Les membres ont en général estimé que les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient étayées par la pratique, mais plusieurs d'entre eux ont toutefois mis en doute leur utilité concrète, estimant que la Commission ne devait pas inclure les caractéristiques à moins qu'elles aient un effet direct sur les critères et l'identification du *jus cogens*. À cet égard, le Rapporteur spécial ne partage pas l'opinion de ceux qui considèrent que c'est dans le commentaire que ces caractéristiques devraient être mentionnées. Un projet de conclusions est, par définition, un mélange de conclusions normatives et descriptives sur l'état du droit. Le Rapporteur spécial ne voit pas comment la Commission pourrait justifier de ne pas inclure dans le texte les éléments les plus communs et sur lesquels la pratique s'appuie le plus constamment.

8. Certains membres de la Commission ont demandé que l'ensemble ou certaines des caractéristiques soient mentionnées en tant que critères d'identification, arguant entre autres qu'elles étaient essentielles pour remédier à l'insuffisance des éléments énoncés à l'article 53, qu'elles étaient intrinsèquement liées à l'élévation d'une norme au rang de *jus cogens*, que le fait que les normes du *jus cogens* protègent des valeurs fondamentales devrait être mentionné, que certaines valeurs fondamentales en matière de politique publique étaient nécessaires pour prouver l'existence du *jus cogens* et qu'il serait difficile de considérer les valeurs fondamentales comme simplement descriptives. Un membre a demandé s'il existait des normes du *jus cogens* qui ne reflétaient pas ces caractéristiques, et un autre a fait observer que les valeurs fondamentales représentaient les conditions substantielles, ou de fond, du *jus cogens*, ce qui implique que l'article 53 en énoncerait les conditions de forme. Les avis exprimés sont défendables. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial renvoie au paragraphe 18 de son deuxième rapport, selon lequel « [c]es caractéristiques peuvent […] être pertinentes pour évaluer les critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international », et au paragraphe 89, selon lequel « le fait que les États considèrent que telle ou telle norme possède ces caractéristiques » peut être invoqué comme attestant l'existence d'une *opinio juris cogentis*. Il indique qu'il avait l'intention de faire figurer ces expressions dans le commentaire, mais que si le Comité de rédaction décide de refléter l'idée dans le texte lui-même, il ne s'y opposera pas.

9. Un membre a dit que ni la distinction établie entre les caractéristiques et les critères ni les arguments avancés dans le rapport pour justifier les caractéristiques n'étaient convaincants, et qu'une disposition relative aux caractéristiques serait superflue et potentiellement dommageable. Or une telle disposition peut être soit superflue, soit dommageable, mais non les deux − ces qualificatifs s'excluent mutuellement.

10. En ce qui concerne la question du droit naturel qui a été soulevée par plusieurs membres, le Rapporteur spécial s'étonne d'avoir été décrit comme un positiviste, mais fait valoir que si ses rapports ont créé cette impression, c'est peut-être parce qu'il n'a pas laissé ses positions de principe lui en dicter le contenu et qu'il s'en est tenu aux preuves objectives. À l'exception de deux membres, tous ont accepté que l'article 53 serve de point de départ à l'examen du sujet. Pour un membre, la Commission se devait d'être visionnaire et ne devait pas se limiter à ce que les États avaient pu accepter, sa critique des deux rapports portant essentiellement sur ce qu'il a qualifié d'approche fondée sur le consentement. L'approche n'est toutefois pas fondée sur le consentement. Le rôle des États est certes fondamental, mais pas en ce qui concerne le consentement.

11. La plupart des membres s'accordent en principe sur l'approche en deux étapes de l'identification du *jus cogens*. Un membre a toutefois estimé que cette approche, en particulier l'idée d'*opinio juris cogentis*, n'était pas nécessaire et qu'un processus plus simple serait préférable, et deux autres membres ont estimé qu'elle sous-entendait un élément temporel qui n'existait pas toujours. Le Rapporteur spécial souligne que telle n'était pas son intention. Les critères d'identification sont sans préjudice du processus de formation des normes du *jus cogens*, même s'il existe bien entendu une forte corrélation. Selon un membre, l'approche en deux étapes était intéressante mais artificielle, et aboutissait à un double comptage, mais il n'a pas proposé d'alternative. L'approche proposée ne peut être considérée comme un double comptage que si on ne tient pas compte du fait que les deux étapes sont qualitativement différentes. La première étape consiste à établir l'existence d'une règle de droit, le plus souvent de droit international coutumier, alors que la seconde concerne le caractère impératif de cette règle ou norme. Il n'y aurait double comptage que s'il suffisait, lors de cette seconde étape, de montrer qu'une norme est acceptée et reconnue comme étant le droit.

12. Un membre a soutenu que les mots « acceptée et reconnue » ne constituaient pas un critère unique, et a semblé contester les raisons citées en faveur de leur inclusion dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Cela signifie-t-il que des preuves claires et irréfutables de la reconnaissance du caractère impératif ne sont pas suffisantes, et que l'acceptation doit aussi être démontrée ? Il n'y a tout simplement aucune preuve, que ce soit dans la pratique des États ou dans la jurisprudence internationale, que quiconque ait cherché à opérer cette distinction certes intéressante, mais hautement théorique. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne peut souscrire à l'opinion du membre pour qui le terme « acceptation » s'appliquerait au droit international coutumier et le terme « reconnaissance » aux principes généraux du droit international : le fondement de cette distinction n'est pas clair. Comme indiqué dans le rapport, les deux termes ont été employés à l'article 53 pour refléter le libellé de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais aucune distinction n'a été faite quant à leur applicabilité. En tout état de cause, cet avis pourrait être reflété dans le commentaire.

13. Un membre a proposé de modifier la structure du projet de conclusions sur la base de deux critères de fond et d'un critère procédural : la norme en question doit être une norme du droit international général, être une norme impérative et être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États. Un autre membre a émis une proposition similaire, reposant sur quatre critères, dont les deux derniers peuvent toutefois être réunis : la norme doit être une norme du droit international général, doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale, ne doit souffrir aucune dérogation et ne doit

pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme. Bien que le Rapporteur spécial considère que ces deux propositions ne soient pas sans mérite, il lui est difficile de les accepter. Premièrement, elles exigeraient un profond remaniement de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il ressort clairement du texte de l'article 53 et des travaux préparatoires que l'acceptation et la reconnaissance étaient censées préciser l'indérogeabilité. Deuxièmement, cette approche obligerait la Commission à contredire la pratique qui, elle aussi, conçoit généralement l'article 53 comme une approche en deux étapes. Enfin, on voit mal à quoi renverraient, dans le cadre de la structure proposée, l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États.

14. Notant qu'un membre a soulevé la question de la différence entre les critères du *jus cogens* et la nature générale de celui-ci, le Rapporteur spécial rappelle que le paragraphe 1 du projet de conclusion 3 a été réécrit pour consister essentiellement en une définition. Bien que les critères découlent presque toujours des définitions, cela ne les rend pas moins nécessaires.

15. La plupart des membres ont argué que l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble s'appliquaient aussi bien à l'indérogeabilité qu'à la modification. Un membre a souscrit à l'idée générale que, structurellement, une interprétation correcte de l'article 53 inclurait la modification, mais il préférait que ce critère ne figure pas dans le projet de conclusions, car, selon lui, quand les États expriment leurs opinions, leurs convictions ou leurs positions, ils envisagent le statut et le caractère de la norme et non son abolition future au profit d'une nouvelle norme. Pour le Rapporteur spécial cela explique peut-être sa réticence à traiter de la modification lorsqu'il a rédigé son deuxième rapport. Les arguments avancés en faveur de l'inclusion de la modification sont toutefois irréfutables, et la structure de l'article 53 est certainement compatible avec ce point de vue. Bien que les juridictions ne visent généralement que l'indérogeabilité, comme dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, il est possible que ce ne soit que pour la concision. Quoi qu'il en soit, sur le fond, les avis exprimés par les membres donnent à penser qu'une norme dont il est établi qu'elle est acceptée et reconnue comme ne souffrant aucune dérogation est une norme du *jus cogens*, à moins que des éléments de preuve distincts ne soient également apportés quant à la manière dont elle peut être modifiée. Comme l'a relevé un membre, la pratique judiciaire des juridictions nationales et internationales s'est concentrée sur les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité. La solution consisterait à envisager les éléments relatifs à la dérogation et à la modification comme des composantes d'un même critère. Sous cette réserve, le Rapporteur spécial accepte les vues des membres de la Commission sur cette question.

16. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est toutefois pas d'accord avec le groupe de membres qui estime que l'inclusion de l'élément relatif à la modification rendrait le projet de conclusion 4 similaire au projet de conclusion 3 et qu'il faudrait donc supprimer l'un ou l'autre. Les deux dispositions ont des objectifs différents : l'une décrit le *jus cogens*, l'autre énonce les critères pertinents. Une définition dont les différents éléments constitutifs ne seraient pas explicités ne serait guère utile. Le projet de conclusion 4 illustre la relation entre les différents éléments du projet de conclusion 3. Le Rapporteur spécial dit qu'il lui serait donc difficile d'accepter la réunion de ces deux projets de conclusions en un seul. Bien qu'il soit généralement favorable à la rationalisation du texte et qu'il se félicite que les membres fassent des suggestions en ce sens, il estime nécessaire de veiller à ne pas abandonner des éléments essentiels du projet.

17. Un membre a suggéré qu'il faudrait, dans le cadre des travaux sur le *jus cogens*, expliquer comment une norme peut être modifiée. Cette suggestion semble renvoyer essentiellement à la formation des normes en droit international général, et à la manière dont ces normes peuvent être modifiées compte tenu du caractère inadmissible d'une pratique contraire à ce droit. Le Rapporteur spécial n'est pas sûr que la question de savoir comment concilier une conduite potentiellement illicite avec la formation d'une nouvelle règle doive être envisagée dans le cadre du sujet. En tout état de cause, si la question générale de la modification sera assurément envisagée dans un futur rapport, il n'est pas certain que cette contradiction théorique particulière doive l'être.

18. Un autre membre a suggéré de reproduire la première phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 en tant que critère d'identification du *jus cogens*. Or, si la doctrine considère généralement que l'article 53 définit le *jus cogens* du point de vue de ses conséquences, c'est habituellement sur la base de la seconde phrase de cet article, notamment en référence à l'indérogeabilité, plutôt que sur la première. En tout état de cause, même l'interprétation ordinaire de l'article 53 aboutirait à exclure la première phrase. Ce n'est que dans la seconde phrase que le verbe « est » est utilisé, pour montrer qu'il s'agit d'une définition. Le Rapporteur spécial ne soutient donc pas la modification proposée.

19. Si la plupart des membres ont approuvé l'approche générale de la description des normes du *jus cogens* comme des normes du droit international général, beaucoup ont souligné que le terme « droit international général » n'avait jamais fait l'objet d'une définition faisant autorité. Il a également été proposé que la Commission se penche sur le sens du mot « norme », mais on peut douter de l'utilité d'une telle discussion. En outre, il est incorrect de considérer les mots « norme » et « règle » comme des synonymes, et ils ne devront pas être employés comme tels dans les commentaires du projet de conclusions.

20. En réponse à la question qui a été posée de savoir si le paragraphe 41 du rapport signifiait que le droit international humanitaire ne pouvait pas faire partie du *jus cogens*, le Rapporteur spécial explique que l'idée exprimée au paragraphe 41 est au contraire que définir le droit international général en le distinguant du droit conventionnel et de la *lex specialis* risque d'avoir pour conséquence étrange et probablement fortuite d'en exclure les règles du droit international humanitaire. Le paragraphe 42 commence donc par indiquer que, dans l'expression « droit international général », le mot « général » renvoie à l'applicabilité. Les règles du droit

international humanitaire étant applicables à tous les États, rien ne les empêche d'acquérir le statut de *jus cogens*.

21. Un membre, tout en convenant qu'en ce qui concerne le droit international général, la question était de savoir à qui il s'appliquait, a dit que la Commission devait s'efforcer d'être encore plus claire en précisant que les normes du droit international général sont celles qui « lient tous les États ». Un autre membre, partageant cette opinion, ne s'opposait pas à ce que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 consacre l'applicabilité universelle du *jus cogens*, pourvu que le *jus cogens* régional soit traité ultérieurement. Mais l'idée que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 renvoie à l'application universelle repose dans les deux cas sur une méprise. Les contextes dans lesquels les notions d'applicabilité universelle et d'applicabilité générale sont utilisées dans le projet de conclusion 3 et au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, respectivement, sont en effet très différents. Le projet de conclusion 3 vise le *jus cogens*, qui effectivement est universellement applicable, tandis que le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 vise des catégories comme le droit international coutumier qui ne sont pas forcément d'application universelle. Eu égard à la doctrine de l'objecteur persistant, et même à ce que la Commission appelle la « coutume particulière », il est impossible d'affirmer catégoriquement que le droit international général est applicable à tous. Quoi qu'il en soit, il importe de ne pas créer l'impression que le *jus cogens* est synonyme de droit international coutumier.

22. Il a été suggéré, faute d'une définition généralement acceptée du droit international général, de renvoyer au paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. En fait, cet article vise « toute règle pertinente » − donc pas nécessairement des règles générales du droit international − « applicable dans les relations entre les parties », une formulation qui englobe à l'évidence les traités bilatéraux et le droit international coutumier local et qu'on ne saurait considérer comme synonyme du droit international général ou équivalant à celui-ci.

23. Si plusieurs membres ont exprimé leur désaccord avec la conclusion du rapport selon laquelle les traités ne faisaient pas partie du droit international général, d'autres, dont le Rapporteur spécial partage l'opinion, ont affirmé que les règles conventionnelles pouvaient refléter, mais n'étaient pas elles-mêmes, des normes du droit international général. Il convient de noter que tous les membres qui se sont exprimés sur cette question ont cité l'exemple de la Charte des Nations Unies ; le Rapporteur spécial dit qu'il suppose qu'ils songeaient à certaines dispositions de la Charte, et non à celle-ci dans son ensemble. Or toutes les dispositions de la Charte qu'ils ont citées étaient également des normes du droit international coutumier ; il en va de même des références aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, et à certains traités relatifs aux droits de l'homme. L'utilité de telles références est donc limitée dans le cadre du sujet à l'examen. Par exemple, si une majorité écrasante des États ratifiait un traité énonçant une norme déclarée impérative, et pas seulement non susceptible de dérogation, par les parties, cette norme serait-elle soudainement élevée au rang de *jus cogens*, ce qui la rendrait contraignante pour les États non parties au traité ? La Commission devrait être extrêmement prudente s'agissant de tirer de telles conclusions.

24. Le paragraphe 4 du projet de conclusion 5 n'indique pas que les dispositions conventionnelles ne relèvent pas du droit international général aux fins du *jus cogens*, mais simplement qu'elles peuvent refléter des normes du droit international général, une proposition objectivement correcte et reflétée dans les travaux de la Commission sur le droit international coutumier.

25. Répondant à la suggestion de souligner la fiabilité du droit conventionnel en tant que moyen d'identification des normes du *jus cogens*, le Rapporteur spécial déclare que, bien que les résolutions et d'autres documents puissent en effet refléter des normes du droit international général, le projet de conclusion 5 ne concerne pas les preuves, mais a pour objet d'identifier les sources reconnues du droit international qui sont considérées comme faisant partie du droit international général et d'énoncer certaines conclusions au sujet de leur relation avec le *jus cogens*. Les résolutions et autres documents pouvant être pris en compte n'étant pas des sources de droit, il ne serait pas approprié de les mentionner dans le projet de conclusion 5. En outre, le Rapporteur spécial dit que s'il ne s'oppose pas à ce que la Commission précise qu'il est probable que les traités à participation universelle ou quasi universelle reflètent le droit international général, il se demande si une telle affirmation ne risque pas d'être interprétée comme sous-entendant que tel n'est pas le cas des autres traités, notamment bilatéraux.

26. Un membre a estimé que le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit conventionnel devaient tous jouer un rôle égal dans l'identification des normes du *jus cogens* et que ces sources devaient en outre toutes trois confirmer l'existence d'une norme pour que celle-ci soit élevée au rang de *jus cogens*. Cette opinion n'est toutefois étayée ni par la pratique ni par la doctrine. Il ne ressort pas de l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, citée pour l'appuyer, que ces trois sources soient nécessaires à l'identification du droit international général. La Cour internationale de Justice les a invoquées toutes trois, mais elle ne visait pas à établir ce qui relevait du droit international général.

27. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le rôle des principes généraux du droit en tant que source de normes du *jus cogens*. Un membre a souligné à juste titre que tous les principes généraux n'étaient pas des normes du *jus cogens*. Un autre a fait observer que, bien qu'il soit théoriquement possible que les principes généraux servent de fondement à des normes du *jus cogens*, aucune pratique n'étayait cette hypothèse. De nombreuses raisons peuvent toutefois expliquer cette absence de pratique. En outre, si les travaux de la Commission sur le sujet ont l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 pour point de départ, l'interprétation de cet article devra être prise en compte en sus de la pratique. Son sens ordinaire comme ses travaux préparatoires confirment que les principes généraux du droit sont des normes du droit international général aptes à s'élever au rang de *jus cogens*. Enfin, le Rapporteur spécial convient que, dans le projet de conclusion 5, le terme « fondement » devrait être remplacé par « source ».

28. Répondant à l'observation d'un membre selon laquelle la Commission elle-même avait écarté les principes généraux du droit lors de ses débats de 1963 sur ce qui allait devenir l'article 53, le Rapporteur spécial dit que les comptes rendus analytiques de ces débats montrent qu'il s'agissait alors de savoir non si les principes généraux faisaient partie du droit international aux fins du *jus cogens* mais s'ils devaient être considérés comme un fondement permettant de déclarer la nullité d'un traité, en d'autres termes s'ils pouvaient eux-mêmes être considérés comme des normes du *jus cogens*.

29. Le principal argument avancé par les membres opposés à l'inclusion des principes généraux du droit était que ces principes étaient, par définition, des principes de droit interne. Bien qu'il soit exact que la plupart des principes généraux ont effectivement leur origine dans les systèmes juridiques internes, une fois reconnus comme tels au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ils cessent d'être de simples principes de droit interne. Pour devenir des normes du *jus cogens*, les principes de droit interne doivent passer par une série d'étapes qui ne sont définies dans aucun document concernant le *jus cogens*. Cela n'est toutefois pas différent du droit international coutumier : pour devenir une norme du droit international coutumier, et donc du droit international général, une pratique doit satisfaire à certains critères, notamment être constante et s'accompagner de l'*opinio* requise. Dans le cadre des présents travaux, il suffit de noter que les principes généraux peuvent être une source du *jus cogens*. Le projet de conclusion 5 ne fait qu'indiquer cette possibilité et laisse entendre qu'il n'y a que peu de pratique à cet égard. Si le texte est adopté, cela sera clairement expliqué dans le commentaire.

30. L'idée que les principes généraux du droit eux-mêmes font partie du *jus cogens* relève d'une approche jusnaturaliste. Le Rapporteur spécial ne considère toutefois pas comme jusnaturaliste l'approche qu'il a adoptée au paragraphe 3 du projet de conclusion 5 − à savoir que les principes généraux du droit peuvent constituer des normes du droit international général aux fins du *jus cogens*. Il indique qu'il appuie la proposition tendant à remanier le projet de conclusion 5 afin qu'il désigne tant les principes généraux du droit que les règles conventionnelles comme pouvant donner naissance à une norme du droit international général apte à s'élever au rang de *jus cogens*, ou refléter une telle norme. Un tel remaniement concilierait à bien des égards les opinions divergentes exprimées par les membres au sujet du droit conventionnel et des principes généraux. Dans l'ensemble, les membres ont approuvé le contenu du projet de conclusion 5 sinon la manière dont il est rédigé.

31. Le projet de conclusion 6 n'a pas fait l'objet de critiques directes, bien que certains membres aient émis des doutes sur sa valeur ajoutée et proposé de l'incorporer dans d'autres dispositions pour simplifier le texte. Le Rapporteur spécial dit qu'il considère que le projet de conclusion 6 est structurellement utile, mais que, si le Comité de rédaction préfère le supprimer, il fournira les éléments appropriés en vue de leur inclusion dans le commentaire, afin de donner une orientation sur la structure des projets de conclusion relatifs à l'identification du *jus cogens*.

32. Les principales questions soulevées au sujet du projet de conclusion 7 concernaient le sens de l'expression « dans son ensemble ». Si quelques membres ont fait part de leurs doutes quant à l'indication, dans le rapport, selon laquelle l'expression « dans son ensemble » renvoyait à l'attitude ou l'opinion collectives des États, le Rapporteur spécial dit qu'il considère effectivement comme d'autres membres que cette expression vise à mettre l'accent sur la notion de collectivité. Il s'agit d'une reconnaissance du fait que le droit international, au moment où la Convention de Vienne de 1969 a été rédigée, connaissait une évolution, passant du bilatéralisme à la promotion des intérêts de la communauté. Néanmoins, peut-être la divergence d'opinions sur ce point n'est-elle pas essentielle, puisque l'évaluation de l'*opinio* collective n'exclut pas la prise en considération des attitudes des États dans leurs relations mutuelles et lorsqu'ils agissent collectivement.

33. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas que le terme « attitude » est inapproprié. Les projets de conclusion sont un mélange de caractéristiques normatives et descriptives concernant certains aspects du droit international pour lesquelles le critère de normativité, qui peut très bien être pertinent s'agissant de projets de directive, de principe ou d'article, est moins important. En tout état de cause, la proposition de remplacer le mot « attitude » par « évaluation » n'est pas logique : on peut supposer que les documents sont évalués dans un objectif particulier, et le rapport indique que l'évaluation prévue au projet de conclusion 9 est menée pour déterminer l'attitude collective des États. La proposition visant à remplacer le mot « attitude » par une expression renvoyant à la pratique associée à l'*opinio juris* est de même inacceptable, car cela renverrait à la coutume. Le Rapporteur spécial dit qu'il appuie vigoureusement à cet égard la proposition tendant à remplacer le mot « attitude » par le mot « conviction ».

34. Constatant que de nombreux membres se sont dit préoccupés par la suppression du mot « très » du paragraphe 3 du projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial dit que l'expression « une large majorité » n'est pas supposée désigner moins qu'une forte majorité. Il serait donc prêt à accepter la proposition de la formulation initialement proposée par le Président du Comité de rédaction lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

35. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial convient que le membre de phrase « acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » devrait être remplacé par « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » afin de mieux refléter l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Si le Comité de rédaction modifie le projet de conclusion 4 pour y inclure un critère relatif à la modification d'une norme, le projet de conclusion 8 devra être modifié en conséquence.

36. Un membre a jugé que le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'était guère éclairant et ne faisait que répéter le contenu des projets de conclusions 3, 4 et 6. Cela n'est pas exact : aucun de ces projets de conclusion ne met l'accent sur le fait que la preuve doit être rapportée ni sur ce qui doit être prouvé. La question de savoir si

l'*opinio juris cogentis* diffère de l'*opinio juris sive necessitatis* non seulement par le contenu de l'« opinion » mais aussi par sa forme trouve sa réponse dans le corps du rapport et dans le projet de conclusion 8. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 9 indique clairement que c'est par leur contenu que ces deux *opinio* se distinguent.

37. Le projet de conclusion 9 a dans l'ensemble suscité moins de préoccupations que de suggestions d'ordre rédactionnel. Le Rapporteur spécial convient que les constitutions nationales devraient figurer parmi les moyens de preuve et que le Comité de rédaction pourrait envisager de mentionner la législation nationale au paragraphe 2. Il ne s'oppose pas à l'insertion au paragraphe 2 d'une formule indiquant que la liste qu'il contient n'est pas exhaustive. Les décisions des juridictions nationales peuvent en effet constituer un moyen subsidiaire d'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*, d'où leur mention au paragraphe 2, sinon au paragraphe 3. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'a pas de position arrêtée quant à l'ajout, au paragraphe 3, des qualificatifs figurant au paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, bien qu'il note que la Commission a longuement débattu de cette question dans le contexte du droit international coutumier.

38. Un membre a fait observer à juste titre que la formulation du projet de conclusion 9 s'écartait de la formulation retenue par la Commission dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier. Cela est dû à la relation particulière entre le *jus cogens* et les travaux de la Commission. Les projets de conclusions 4 à 9 concernent l'identification des normes de *jus cogens*. Aucun autre organe n'a eu autant d'influence dans ce domaine que la Commission, mais on ne saurait en dire autant de la détermination du droit international coutumier.

39. En ce qui concerne la question de savoir si la Commission doit établir une liste indicative de normes du *jus cogens* dans le cadre de l'examen du sujet, davantage de membres y semblent favorables que lors du précédent quinquennat. Le Rapporteur spécial indique qu'il tiendra compte de l'avis du Comité de rédaction lorsqu'il formulera une recommandation sur ce point.

40. Le Rapporteur spécial dit que s'il se félicite des observations qui ont été faites tant sur le raisonnement qui a abouti aux projets de conclusion que sur le contenu de ceux-ci, une déclaration lui a semblé le viser plus personnellement que les autres. Un membre de la Commission a en effet contesté sa décision de prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ de son deuxième rapport et a dit que les raisons qu'il avait avancées pour la justifier allaient à l'encontre de l'objectif même de l'examen du sujet. Le membre en question n'est pas le seul à avoir cette opinion, ce qui en soi n'est pas un problème. Le problème est plutôt que ce membre n'a proposé aucun autre point de départ ni orientation quant à l'approche à adopter. Le sujet du *jus cogens* n'est pas examiné par le seul Rapporteur spécial, mais par la Commission dans son ensemble ; tous les membres seront responsables du succès ou de l'échec de cette entreprise. Quant à la question de savoir si le Rapporteur spécial devrait faire connaître sa position dans le débat entre droit positif et droit naturel, il suffit de dire que les affinités philosophiques ne sont pas pertinentes, car la Commission est un organe collégial, et les résultats de ses travaux sur le sujet doivent refléter les opinions de tous les membres et pas seulement celles du Rapporteur spécial.

41. En conclusion, le Rapporteur spécial remercie la Commission pour le débat enrichissant auquel son rapport a donné lieu, et lui demande de remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et de renvoyer les projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

42. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite, comme le demande le Rapporteur spécial, remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et renvoyer les projets de conclusions 4 à 9 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

43. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) est composé des membres suivants : M. Tladi (Rapporteur spécial), M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État[332] (A/CN.4/703, partie II, sect. G[333], A/CN.4/708[334])

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

44. Le PRÉSIDENT invite M. Šturma, Rapporteur spécial sur le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, à présenter son premier rapport (A/CN.4/708).

45. M. ŠTURMA (Rapporteur spécial), présentant son premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, dit que s'il est nouveau pour la Commission le sujet est lié à plusieurs autres sujets qu'elle a déjà étudiés, notamment la succession d'États en matière de traités, la succession d'États dans des matières autres que les traités et la nationalité en relation avec la succession d'États, dont l'étude a été menée à bien respectivement

[332] À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » à son programme de travail à long terme [*Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 23, par. 36]. À la présente session, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et nommé M. Pavel Šturma Rapporteur spécial pour le sujet (voir *supra* la 3354e séance, par. 47).

[333] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[334] Reproduit dans *Annuaire… 2017*, vol. II (1re partie).

en 1974, 1981 et 1999. Quant à ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission les a achevés en 2001. L'examen du sujet permettra de combler une lacune en droit de la succession d'États et en droit de la responsabilité de l'État. Le sujet est en outre susceptible de faire l'objet d'une codification et d'un développement progressif : comme l'a fait observer 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 (Croatie c. Serbie)*, les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu sont du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État (paragraphe 115 de l'arrêt). En d'autres termes, les règles en question sont des règles systémiques du droit international général. Le Rapporteur spécial indique que, dans son premier rapport, il fait expressément référence à la codification et au développement progressif du droit international, les deux fonctions statutaires de la Commission. En raison de la rareté des exemples de succession d'États, il est difficile de déterminer des règles coutumières sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Il semble toutefois raisonnable d'examiner la pratique des États et de proposer certaines règles, en particulier des règles subsidiaires, susceptibles de régir les relations entre États et les conséquences juridiques découlant de la responsabilité en cas de succession d'États.

46. Lors des débats sur le programme de travail à long terme de la Commission tenus par la Sixième Commission en 2016 et résumés dans l'introduction du rapport, sept délégations ont soutenu l'inscription du sujet au programme, deux se sont interrogées sur la pertinence du sujet et une a exprimé une position intermédiaire. Le soutien est venu principalement de délégations d'États qui ont récemment connu des problèmes de succession, tels que la Slovaquie, la Slovénie, la République tchèque et le Soudan. Le rapport décrit brièvement les travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la décision d'exclure la succession d'États du projet d'articles[335] auquel ces travaux ont abouti. Il retrace également les travaux qui ont donné naissance à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978), à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) et aux articles de 1999 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[336]. Des questions de succession d'États se sont aussi posées dans le cadre de l'élaboration du projet d'articles de 2006 sur la protection diplomatique[337]. Le rapport tient également compte des travaux menés ailleurs qu'à la Commission, en particulier ceux de l'Institut de droit international, qui a adopté une résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale lors de sa session de Tallinn, en 2015[338]. Malgré la qualité remarquable de ces travaux, la Commission devrait être libre d'adopter une approche différente, le cas échéant.

47. Le premier chapitre du rapport vise à expliquer la portée du sujet et à déterminer s'il existe des règles de droit international qui régissent à la fois le transfert d'obligations et le transfert de droits découlant de la responsabilité de l'État. Le sujet devrait être circonscrit au transfert des droits et obligations découlant de la commission de faits internationalement illicites, en restant dans les limites de la portée et des définitions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Les travaux sur le sujet ne porteront pas sur la responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, principalement parce que la responsabilité (*liability*) internationale fait naître différents types d'obligations conventionnelles primaires. Toute question liée à un éventuel transfert des obligations en question doit être résolue en appliquant les règles de la succession d'États en matière de traités. Les travaux sur le sujet devraient également suivre les principes essentiels de la succession d'États pour ce qui concerne la distinction entre cession d'une partie de territoire, sécession, dissolution, unification et création d'un nouvel État indépendant. Il semblerait approprié que le résultat des travaux sur le sujet revête la forme d'un projet d'articles assorti de commentaires, un choix justifié par des précédents tels que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les textes qui ont abouti aux Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, ainsi que les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Le chapitre se termine par le projet d'article premier sur la portée.

48. Le deuxième chapitre traite des dispositions générales. Après s'être demandé s'il existe un principe général régissant la succession en matière de responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial explique brièvement que la plupart des auteurs excluent la possibilité d'un transfert de responsabilité à l'État successeur, mais que le droit international moderne ne valide pas la thèse générale de la non-succession en matière de responsabilité de l'État. Certains auteurs, ainsi que l'Institut de droit international dans sa résolution de 2015, admettent un transfert de responsabilité dans certaines circonstances. Le rapport mentionne une étude préliminaire de la pratique des États relative au sujet à l'examen, notamment certaines décisions de justice rendues dans d'anciennes affaires et des affaires récentes. Les paragraphes 47 à 64 traitent de cas de succession intervenus à l'issue du processus de décolonisation, principalement en Europe centrale et orientale. Les paragraphes 65 à 82 portent sur les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et sur la question de savoir si certaines règles de ces deux instruments sont applicables au sujet à l'examen. Le rapport établit en particulier

[335] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[336] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

[337] Le projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 22 et suiv., par. 49 et 50. Voir aussi la résolution 62/67 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe.

[338] Résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703 à 711. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

une distinction entre la succession d'États en matière de responsabilité et la succession d'États en matière de dettes. Cette dernière est considérée comme un droit sur des actifs dont la valeur est déterminée à l'avance ou est susceptible d'être déterminée, qui existe à la date de la succession d'États. Néanmoins, si un fait internationalement illicite se produit avant la date de la succession mais que les conséquences juridiques qui en découlent n'ont pas encore été déterminées, alors tout transfert possible d'obligations ou de droits devrait être régi par les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. En dépit des différences entre la succession d'États en matière de responsabilité et la succession d'États dans d'autres domaines, les termes de base devraient être employés de manière uniforme, comme le prévoit le projet d'article 2 sur les définitions.

49. La dernière partie du chapitre II porte sur la nature des règles à codifier et la pertinence des accords et des déclarations unilatérales. L'analyse semble valider deux conclusions préliminaires. Premièrement, la thèse traditionnelle de la non-succession est remise en cause par la pratique moderne. Deuxièmement, le transfert ou non d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité de l'État dans certains types spécifiques de succession doit être prouvé au cas par cas. Il en résulte que, dans le cadre du sujet à l'examen, comme dans celui des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, les règles à codifier devraient être de nature subsidiaire. Elles pourraient ainsi répondre à deux objectifs. Premièrement, elles pourraient constituer un modèle utile qui pourrait être utilisé, voire modifié par les États concernés. Deuxièmement, en l'absence d'accord, elles pourraient servir de règle par défaut, applicable en cas de différend. En principe, un accord entre les États concernés devrait primer les règles générales subsidiaires sur la succession, raison pour laquelle le rapport analyse principalement la pertinence de tels accords, compte tenu en outre de la règle *pacta tertiis*. À cet égard, il y a une différence entre la Convention de Vienne de 1978, dont l'article 8 reflète l'effet relatif des traités, et la Convention de Vienne de 1983.

50. La situation est encore plus complexe s'agissant du présent sujet. D'une part, les règles relatives à la responsabilité de l'État sont différentes du droit des traités. D'autre part, les accords entre États concernant leur succession sont de nature différente. Le rapport distingue trois catégories d'accords. La première et la plus répandue est constituée par les accords de dévolution ; s'inscrivant principalement dans le contexte de la décolonisation, ce sont des accords conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur, qui sont donc soumis à la règle *pacta tertiis*. La deuxième catégorie, les accords de règlement de réclamations, englobe les accords conclus entre l'État successeur et l'État tiers lésé par le fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. La règle *pacta tertiis* ne leur est pas applicable. Moins nombreux que les accords de dévolution, ils sont néanmoins éminemment importants car ils concernent expressément le transfert des obligations découlant de la responsabilité de l'État. La troisième catégorie est composée d'autres accords, qui ne sont ni des accords de dévolution ni des accords de règlement des réclamations ; plus récents, puisqu'ils ont été adoptés à partir des années 1990 hors du contexte de la décolonisation, ils ont généralement trait au règlement de diverses questions résultant de la succession d'États, concernant notamment des créances et des obligations. Ils peuvent en outre régler certaines formalités administratives. Le projet d'article 3, sur la portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité, est issu de cette analyse.

51. Le rapport traite ensuite de la portée des actes unilatéraux. Notant que le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention de Vienne de 1978 et que le paragraphe 3 de l'article 6 de la résolution de 2015 de l'Institut de droit international disposent que les obligations et les droits de l'État prédécesseur ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'État successeur du seul fait que celui-ci les a acceptés, le Rapporteur spécial indique qu'il n'est pas encore prêt à faire sienne cette conclusion. Il préfère fonder ses conclusions sur l'analyse de trois sources, à savoir certains actes unilatéraux des États, les règles pertinentes relatives à la responsabilité de l'État et les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques[339], adoptés par la Commission en 2006, et c'est sur la base de ces documents qu'il propose le projet d'article 4, sur la déclaration unilatérale de l'État successeur, qui établit une distinction nette entre le transfert des droits et le transfert des obligations.

52. Le troisième chapitre est consacré au programme de travail futur sur le sujet. Le Rapporteur spécial indique que son deuxième rapport sera consacré au transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. Dans son troisième rapport, il se concentrera sur le transfert des droits de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur. Enfin, dans son quatrième rapport, il envisagera les questions de procédure et d'autres points tels que la pluralité d'États successeurs et la question de savoir si les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à l'égard d'une organisation internationale ou d'un particulier lésé. Si l'examen de ces rapports avance suffisamment, l'ensemble du projet d'articles pourrait être adopté en première lecture en 2020 ou en 2021.

53. Enfin, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur un certain nombre de divergences entre les versions linguistiques du rapport et prie le Secrétariat de les corriger si nécessaire.

54. M. MURASE dit que la question de la succession d'États a revêtu une importance majeure dans le processus de décolonisation engagé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, qui a abouti à la création de nombreux États indépendants, ainsi qu'à différentes occasions à la suite de la guerre froide, notamment lors de la dissolution de l'URSS et de l'ex-Yougoslavie. Même si l'on peut considérer qu'actuellement le sujet revêt une importance limitée, des sécessions ou des fusions d'États peuvent encore se produire de temps à autre. Dans ses travaux sur le sujet, la Commission devrait se référer constamment à la résolution adoptée en 2015 par l'Institut de droit

[339] Les principes directeurs adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 169 et suiv., par. 176 et 177.

international. Il est déjà manifeste que plusieurs projets d'article proposés par le Rapporteur spécial sont identiques ou globalement similaires à certaines dispositions de cette résolution. Il demande ce que le Rapporteur spécial pense de celle-ci : faut-il la modifier ou la compléter sur certains points ?

55. Le projet d'article premier, relatif à la portée du sujet, est essentiel au projet d'articles dans son ensemble. M. Murase pense toutefois qu'il faudrait le développer quelque peu. L'expression « en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » devrait être explicitée. Il est nécessaire de savoir si un fait internationalement illicite a été commis avant d'examiner ses conséquences en matière de succession d'États, et ses incidences sur les droits et obligations des États concernés doivent également être connues. La formule « effets de la succession d'États en matière de droits et d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite » définirait plus précisément le champ d'application du projet d'articles.

56. M. Murase n'est pas certain qu'il faille totalement exclure du projet les questions de responsabilité (*liability*) des États, comme cela est proposé au paragraphe 21 du rapport. Le mot anglais *liability* a toujours posé problème parce qu'il n'a pas d'équivalent en français. En anglais, il désigne le risque découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ; il est entendu que la responsabilité (*responsibility*) est engagée par un fait illicite, alors que la responsabilité (*liability*) des États peut l'être par un fait licite. Il est exact que la responsabilité (*liability*) est en grande partie conventionnelle, et que les questions peuvent donc être résolues conformément aux règles de la succession d'États en matière de traités. Cependant, certaines règles et certains principes importants en matière de responsabilité (*liability*) des États sont maintenant considérés comme relevant du droit international coutumier, et il conviendrait de le mentionner, au moins dans le commentaire.

57. S'il convient que la responsabilité des organisations internationales ne devrait pas en principe faire partie du sujet, M. Murase estime que dans certaines situations la responsabilité des États membres d'une organisation internationale peut être engagée à raison du comportement de l'organisation à l'égard de tiers. Ces cas sont répertoriés aux articles 58 à 63 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[340], ce qu'il conviendrait également de mentionner dans le commentaire.

58. En ce qui concerne le projet d'article premier, relatif à la portée du sujet, il convient de noter que la résolution sur la succession adoptée par l'Institut de droit international s'applique uniquement à une succession d'États qui s'effectue dans le respect des principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies. Or de nombreuses successions d'États résultent de l'emploi illicite de la force par des sécessionnistes ou des tiers, et la question se pose donc de savoir s'il existe des règles du droit international permettant de décider si une succession donnée est licite ou illicite. S'il existe des règles du droit international interdisant de telles successions d'États, peut-être conviendrait-il de les mentionner dans le projet d'article premier.

59. Il conviendrait peut-être également d'évoquer les questions liées à la succession de gouvernements, qui s'apparente parfois à la succession d'États. La succession de gouvernements suppose la continuité de l'État, et le transfert automatique des droits et obligations du gouvernement précédent ne devrait donc poser aucun problème. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le gouvernement successeur peut être saisi d'une réclamation déjà adressée au gouvernement précédent pour des faits illicites commis par celui-ci au préjudice de tiers, lorsque le nouveau gouvernement est arrivé au pouvoir de manière inconstitutionnelle, a mis en place un nouveau régime ou a simplement donné à l'État un nouveau nom. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la résolution de l'Institut de droit international ne régit pas les situations résultant de changements politiques internes à l'État, y compris les changements de régime ou de nom de l'État : il n'envisage pas la question dans toute sa complexité. M. Murase cite à cet égard l'affaire *Kokaryo (Guanghualiao) Dormitory*, qui a opposé le Japon à la République populaire de Chine.

60. Aux paragraphes 115 à 117 du rapport, le Rapporteur spécial abandonne l'examen de la responsabilité de l'État pour donner des exemples de législations relatives aux obligations, à la responsabilité et aux dettes des gouvernements. Ces exemples peuvent tout à fait relever de la succession d'États mais le Rapporteur spécial emploie l'expression « organes de l'État prédécesseur ». En outre, on peut se demander si les cas de figure décrits au paragraphe 122 concernent la succession de gouvernements ou la succession d'États. Il conviendrait donc de distinguer plus clairement le transfert de la responsabilité de l'État du transfert de la responsabilité du gouvernement.

61. En ce qui concerne le projet d'article 2, relatif aux définitions, M. Murase ne s'oppose pas aux alinéas *a* à *d*, dont la teneur est identique à celle de la disposition de la résolution de l'Institut de droit international relative aux expressions employées. Il propose toutefois d'y insérer une définition de l'expression « fait internationalement illicite » fondée sur celle énoncée à l'alinéa *g* de l'article 1 de cette résolution. En outre, l'alinéa *e* du projet d'article 2 vise les « relations » qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État, mais les termes « conséquences » ou « conséquences juridiques » seraient peut-être plus appropriés.

62. Les projets d'articles 3 et 4, qui sont essentiellement des clauses « sans préjudice », posent quelques problèmes à M. Murase. Il serait plus logique que ces clauses viennent après les règles générales sur la succession d'États relatives à des questions centrales, telles que les réclamations invoquant la responsabilité internationale et les obligations de réparation correspondantes. M. Murase dit qu'il préfère donc attendre que le Rapporteur spécial ait rédigé ces règles générales pour commenter les projets d'articles 3 et 4. Il recommande donc que seuls les projets d'articles 1er et 2 soient renvoyés au Comité de rédaction.

[340] Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88. Voir aussi la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

63. M. REINISCH dit qu'il y a lieu de féliciter M. Šturma d'avoir rédigé un rapport de fond si peu de temps après avoir été nommé Rapporteur spécial. Cela étant, il souhaite exprimer sa préoccupation quant au moment où le sujet a été choisi, à savoir au début du nouveau quinquennat, après le renouvellement de près d'un tiers des membres de la Commission. Le choix d'un sujet appelle un débat approfondi visant à définir l'objectif des travaux : s'agit-il de codifier le droit international coutumier en vigueur ou d'énoncer des règles nouvelles qui seront adoptées par les États à l'avenir ?

64. Au paragraphe 32 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial s'appuie sur de nombreux articles tirés d'anciens ouvrages de doctrine pour démontrer qu'il est traditionnellement admis que l'État successeur ne se substitue pas à l'État prédécesseur en matière de responsabilité pour fait internationalement illicite. Cette position est encore aujourd'hui celle de la doctrine majoritaire. Par exemple, dans *Brownlie's Principles of Public International Law*, ouvrage cité à la note de bas de page appelée au paragraphe 31 après les mots « en passant », James Crawford conclut que la majorité des auteurs estime que la responsabilité délictuelle internationale s'éteint lorsque l'État responsable cesse d'exister parce que la responsabilité est considérée comme « personnelle » et incombe à l'État responsable s'il continue d'exister après la succession[341]. La doctrine française considère qu'aucune règle coutumière ne postule le transfert automatique à l'État successeur des obligations découlant de faits illicites commis par l'État prédécesseur, et la doctrine allemande souscrit sans réserve à la règle traditionnelle de la non-succession, les auteurs déclarant souvent qu'il n'y a pas de succession aux droits et obligations « personnels » découlant de la responsabilité de l'État.

65. Aux paragraphes 38 et suivants, le Rapporteur spécial cite un certain nombre de cas dans lesquels la règle de la non-succession a été manifestement respectée. L'enseignement à tirer de la décision rendue dans l'affaire *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)* est qu'il n'y a pas de succession aux obligations « personnelles » découlant de la responsabilité de l'État, alors qu'il peut y avoir succession aux dettes d'État. Pour démontrer l'existence de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial s'appuie sur la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)* à propos d'un litige opposant une société française à la Grèce en tant qu'État successeur de l'Empire ottoman en Crète. Dans la plupart des réclamations résumées dans la sentence arbitrale, c'est à la Grèce elle-même, et non à l'Empire ottoman, mis en cause dans une seule réclamation, que des faits internationalement illicites étaient reprochés. Le tribunal a décidé que l'Empire ottoman n'avait pas violé le droit international, précisant qu'en tout état de cause la Grèce ne serait pas tenue responsable d'un fait internationalement illicite commis par l'Empire ottoman – c'est la Turquie qui le serait en tant qu'État successeur de l'Empire. La conclusion du tribunal est fondée essentiellement sur les traités conclus par les États concernés et sur l'idée qu'un État successeur n'est pas responsable des agissements de l'État prédécesseur avec lesquels il n'a « absolument rien » à voir. En ce qui concerne certaines réclamations, la Grèce a été tenue responsable de faits commis avant qu'elle ne succède partiellement à l'Empire ottoman, mais le tribunal a conclu que sa responsabilité était engagée à raison non de faits imputables à l'État prédécesseur mais d'un comportement illicite postérieur à la succession. Le tribunal lui-même a plaidé pour une approche nuancée des questions de succession en matière de responsabilité de l'État ; à l'évidence, il n'existe aucun principe général et absolu de non-succession, du moins en ce qui concerne les dettes de l'État prédécesseur (p. 196 et 198).

66. Parmi les affaires plus récentes, le Rapporteur spécial cite l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* comme étant la plus importante décision de la Cour internationale de Justice concernant la succession d'États en matière de responsabilité internationale. Au paragraphe 50 du rapport, il affirme que nonobstant les termes du compromis conclu entre la Hongrie et la Slovaquie, « la Cour a donc, semble-t-il, reconnu la succession quant aux obligations secondaires (responsabilité) et aux droits secondaires résultant de faits illicites ». Cette affirmation est fondée sur une citation du paragraphe 151 de l'arrêt de la Cour mais un passage important est omis. Pour conclure que la Slovaquie pourrait être tenue de verser des indemnités en raison du comportement de la Tchécoslovaquie, la Cour se réfère au compromis, qui dispose que la Slovaquie est l'État successeur en ce qui concerne « les droits et obligations relatifs au projet Gabčikovo-Nagymaros ».

67. Il ressort manifestement des déclarations des parties à cette affaire que la responsabilité de la Slovaquie pour des faits imputables à la Tchécoslovaquie n'est pas fondée sur une règle générale de succession à la responsabilité internationale. La Hongrie, par exemple, a fondé ses arguments sur une exception à la règle générale de non-succession à la responsabilité, une exception qui s'applique lorsqu'un « État successeur montre, par son *propre* comportement, qu'il assume la responsabilité des violations du droit commises par son prédécesseur »[342]. Même si la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question dans son arrêt, elle a relevé que la Slovaquie, alors qu'elle était encore une partie constituante de la Tchécoslovaquie, avait joué un rôle important dans les événements ayant conduit à la décision sur le sort du projet. La seule conclusion à tirer de la décision de la Cour est donc qu'un État successeur est libre de décider d'assumer les conséquences de faits internationalement illicites imputables à l'État prédécesseur.

68. Au paragraphe 54 de son rapport, le Rapporteur spécial renvoie à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* comme étant la dernière décision en date en faveur de la thèse de la dévolution de la responsabilité par succession. Dans cette affaire, la Croatie soutenait que les violations alléguées de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide survenues avant le 27 avril 1992 − date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie a fait savoir qu'elle succédait à la

[341] Voir J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e édition, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 442.

[342] Voir Réplique de la République de Hongrie, 20 juin 1995, vol. I, p. 175, par. 3.163.

République fédérative socialiste de Yougoslavie − étaient imputables à la Serbie parce que celle-ci avait succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention, la Cour n'a pas eu à déterminer si les agissements de la République fédérative socialiste de Yougoslavie étaient imputables à la Serbie par succession à la responsabilité de l'État. Ainsi, s'il est vrai qu'elle n'a pas rejeté l'argument de la Croatie sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, la Cour n'a ni validé ni réfuté cet argument quant au fond.

69. Ayant présidé le tribunal arbitral créé conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA*, mentionnée au paragraphe 60 du rapport, M. Reinisch convient que l'affaire est intéressante, mais estime qu'on ne saurait tirer argument de la sentence pour affirmer que l'État succède aux obligations de l'État prédécesseur en matière de responsabilité internationale.

70. La conclusion que l'on peut tirer des décisions examinées par le Rapporteur spécial dans son rapport est qu'il existe une règle par défaut de non-succession à la responsabilité de l'État. Il semble que la seule exception clairement admise à cette règle est qu'il y a succession lorsque l'État successeur assume volontairement les obligations secondaires résultant de faits internationalement illicites commis par l'État prédécesseur ou lorsqu'il assume ou maintient le comportement illicite. D'autres exceptions à cette règle par défaut peuvent exister, comme le donnent à penser les travaux de l'Institut de droit international. Cependant, ni l'exception susmentionnée, ni l'approche axée sur les faits et visant à établir le principe de la responsabilité de l'État successeur défendue par certains auteurs ne donnent à penser qu'une règle de succession à la responsabilité de l'État s'est fait jour.

71. Les tribunaux internes ont aussi généralement recours à une règle par défaut de non-succession à la responsabilité de l'État. Deux affaires sont à retenir, à savoir l'affaire *Mwandinghi*, relative aux atrocités commises par les forces armées sud-africaines avant l'indépendance de la Namibie, jugée en 1990 par la Haute Cour de Namibie, et la décision de 2002 dans l'affaire *S. v Austria* dans laquelle la Cour suprême autrichienne a confirmé la règle de non-succession en ce qui concerne les demandes d'indemnisation en rapport avec la Seconde Guerre mondiale, une règle qui n'était toutefois pas applicable en l'espèce parce que la Fédération de Russie a été reconnue comme l'État assurant la continuité de l'Union soviétique.

72. Étant donné la thèse dominante de la non-succession à la responsabilité internationale et la confirmation de cette règle par la pratique internationale, il semble que les travaux de la Commission relèvent uniquement du développement progressif et devraient s'inspirer de la position de l'Institut de droit international selon lequel il doit y avoir au moins un État qui succède à la responsabilité, faute de quoi aucune responsabilité ne pourrait être invoquée. La proposition mérite d'être examinée, même si elle va en l'encontre du droit positif et de la thèse dominante selon laquelle la responsabilité résultant de la commission d'un fait internationalement illicite constitue une obligation éminemment « personnelle » de l'État, qui, tout comme les obligations conventionnelles « politiques » ou « personnelles », n'est pas automatiquement transférée à un État successeur.

73. Le Rapporteur spécial a expliqué de manière convaincante pourquoi il ne peut y avoir de succession à la responsabilité de l'État, notamment lorsqu'il écrit, au paragraphe 32 de son rapport, que « la responsabilité *ex delicto* […] n'est pas transférable de l'auteur d'un délit à un successeur », et souligne le « caractère éminemment personnel » des droits et des obligations que fait naître entre deux États une violation du droit international. En outre, l'existence d'une exception, mentionnée au paragraphe 33, lorsque l'État successeur a déclaré son intention de succéder aux droits et aux obligations de l'État prédécesseur atteste simplement que des États successeurs peuvent assumer et accepter les conséquences de la responsabilité de l'État et non qu'une nouvelle règle a vu le jour qui obligerait les États successeurs à succéder aux obligations résultant de la responsabilité des États prédécesseurs. Il convient de noter à cet égard l'observation figurant dans le commentaire de l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir que « si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite[343] ». Cette responsabilité ne résulte pas de la succession d'États mais du fait que l'État successeur lui-même maintient et endosse la situation constitutive du fait illicite.

74. Même le professeur Marcelo Kohen, ancien Rapporteur de la Commission sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale de l'Institut de droit international, soutient que la succession à la responsabilité de l'État n'a été établie que dans trois situations : lorsque les faits sont commis par un mouvement insurrectionnel et conduisent à la création d'un nouvel État, lorsque des faits illicites ont commencé avant et continuent après la date de la succession d'États et lorsque des faits pouvant donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique sont commis contre l'État prédécesseur. M. Kohen constate qu'en ce qui concerne d'autres domaines, la Cour internationale de Justice a laissé la question ouverte sans donner aucune orientation pour la résoudre.

75. En conséquence, l'adoption de règles consacrant la succession à la responsabilité de l'État affaiblirait les principes fondamentaux du droit de la succession d'États. Les États peuvent très bien être disposés à adopter de nouvelles règles en ce sens, mais il conviendrait d'indiquer d'emblée que la Commission a l'intention d'adopter de telles règles. Il est on ne peut plus trompeur de qualifier les travaux d'entreprise de codification alors qu'ils relèvent manifestement du développement progressif. Étant donné les résultats décevants des précédentes entreprises de codification et de développement progressif de la Commission dans le domaine de la succession d'États, on peut douter que le projet d'articles recueille une large adhésion. L'observation figurant au paragraphe 24 du rapport selon laquelle la succession d'États en matière de responsabilité

[343] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 55 (paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 11).

de l'État est un domaine du droit international dans lequel le droit international coutumier n'était autrefois pas bien établi s'avère encore exacte. Cela ne revient pas à dire que la Commission doit s'en tenir à la codification du droit international, car il est tout aussi essentiel qu'elle fasse œuvre de développement progressif. Néanmoins, avant de s'employer à formuler des règles *de lege ferenda*, il serait souhaitable qu'elle se demande à quoi de telles règles pourraient ressembler − ce qu'un groupe d'étude serait mieux à même de faire.

76. M. Reinisch dit que pour ces raisons il ne peut recommander le renvoi au Comité de rédaction des quatre projets d'article figurant dans le premier rapport. Il est nécessaire de réfléchir davantage au véritable objectif de l'étude du sujet.

La séance est levée à 13 heures.

3375e SÉANCE

Vendredi 14 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Eduardo VALENCIA-OSPINA (Vice-Président)

Présents : M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État (A/CN.4/708).

2. M. MURPHY tient d'abord à dire qu'il partage l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial dans son rapport sur plusieurs points. Premièrement, il convient que la Commission devrait s'efforcer de rester en harmonie avec ses travaux précédents, en particulier avec les deux Conventions de Vienne sur la succession d'États, c'est-à-dire la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983). Deuxièmement, comme l'indique le Rapporteur spécial, les études de l'Association de droit international et de l'Institut de droit international ont valeur de référence et doivent être pleinement prises en considération, mais la Commission ne saurait être tenue de s'aligner sur ces travaux si ses réflexions l'amènent à d'autres conclusions. Troisièmement, M. Murphy pense comme M. Murase que la Commission ne devrait pas étendre la portée du sujet à l'examen à la question de la responsabilité des organisations internationales. Enfin, il approuve la décision du Rapporteur spécial de poursuivre les travaux en élaborant un projet d'articles assorti de commentaires, de préférence à toute autre forme de produit final.

3. En ce qui concerne le projet d'article premier, M. Murphy juge lui aussi nécessaire de commencer par un article sur le champ d'application du projet, selon la pratique habituelle de la Commission. Le texte de cet article pourrait toutefois être quelque peu amélioré par le Comité de rédaction. En revanche, contrairement à M. Murase, M. Murphy préférerait que le champ d'application du projet d'articles ne s'étende pas à la responsabilité de l'État (*liability*) ni à des questions touchant à la succession de gouvernements, car cela écarterait trop la Commission de sa mission principale.

4. En ce qui concerne le projet d'article 2, M. Murphy approuve les définitions des expressions « succession d'États », « État prédécesseur », « État successeur » et « date de la succession d'États », respectivement énoncées aux alinéas *a* à *d*, qui sont principalement empruntées aux conventions de Vienne pertinentes. Il n'est toutefois pas convaincu de l'utilité de l'alinéa *e*, qui vise à définir la « responsabilité internationale ». Aucune définition de cette expression n'est donnée dans les précédents projets d'articles de la Commission, tels que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[344] et le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[345]. Le Rapporteur spécial n'explique pas pourquoi il est si important que cette expression soit définie dans le projet d'articles à l'examen. M. Murphy n'est pas certain qu'il soit indispensable, ni même souhaitable de définir cette expression dans le corps du texte, et préférerait que cela soit fait dans le commentaire, suivant le choix fait dans de précédents travaux. Pour la même raison, il juge peu utile de tenter de définir l'expression « fait internationalement illicite », comme M. Murase l'a proposé.

5. En ce qui concerne le projet d'article 3, M. Murphy convient avec M. Murase qu'il est difficile d'aborder les projets d'articles 3 et 4 sans répondre au préalable à une question importante, à savoir : existe-t-il une règle générale qui s'appliquerait au transfert de responsabilité à l'État successeur, à la fois en matière de droits et en matière d'obligations ?

---

[344] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[345] Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88. Voir aussi la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

6. Le rapport montre que la doctrine pose pour règle générale qu'il n'y a pas de transfert de responsabilité de l'État prédécesseur à l'État successeur, du moins en matière d'obligations. Dans le même temps, il semble fortement donner à penser que la pratique contemporaine va dans la direction contraire et que le transfert de responsabilité d'un État prédécesseur à un État successeur pourrait bien aujourd'hui revêtir un caractère automatique. Cependant, le Rapporteur spécial n'exprime aucune opinion définitive quant au choix à faire entre ces deux options, ni ne propose un quelconque projet d'article qui érigerait l'une ou l'autre en règle générale.

7. Faute de savoir ce qui constitue la règle générale, il est difficile − mais peut-être pas impossible − de déterminer comment libeller au mieux les projets d'articles 3 et 4, ceux-ci ayant essentiellement pour objet d'expliquer dans quels cas il est possible de s'écarter de cette règle. Le projet d'article 3 porte principalement sur la possibilité de conclure un accord bilatéral établissant une règle particulière qui s'appliquerait dans une situation donnée, et le projet d'article 4 sur la possibilité pour un État successeur de formuler une déclaration unilatérale établissant elle aussi une règle particulière qui s'appliquerait dans une situation donnée. Il serait utile de connaître la teneur de la règle générale pour savoir comment caractériser au mieux ces règles particulières.

8. Peut-être les auteurs selon lesquels il n'y a pas de succession automatique d'États en matière de responsabilité de l'État ont-ils raison. En ce cas, le projet d'article 3 précisera les circonstances dans lesquelles la succession en matière de responsabilité peut être décidée par voie conventionnelle et le projet d'article 4, les circonstances dans lesquelles l'État successeur peut accepter la succession en matière de responsabilité, y compris le transfert d'obligations, par la voie d'une déclaration unilatérale.

9. Peut-être ces mêmes auteurs ont-ils tort et la succession d'États en matière de responsabilité de l'État est-elle aujourd'hui la règle générale. En ce cas, le projet d'article 3 précisera dans quelles circonstances il est possible de limiter ou d'empêcher cette succession par la voie conventionnelle et le projet d'article 4 indiquera si un État peut influer sur cette succession par la voie d'une déclaration unilatérale, par exemple, en renonçant au transfert de droits. Il est aussi possible que la règle générale s'établisse entre ces deux hypothèses et consiste, par exemple, en un transfert automatique d'obligations, mais non de droits.

10. Pour le cas où, malgré les difficultés liées au fait que la règle générale n'a pas été établie, la Commission déciderait de renvoyer le projet d'article 3 au Comité de rédaction, M. Murphy souhaite faire les observations suivantes. Les paragraphes 1 et 2 portent essentiellement sur les conséquences pour les tierces parties d'un accord conclu entre un État prédécesseur et un État successeur. Ces deux paragraphes sont inutilement compliqués et pourraient être fusionnés en une disposition plus succincte. Par exemple, on pourrait s'inspirer du libellé suivant :

> « L'État prédécesseur et l'État successeur peuvent conclure un accord en vertu duquel les droits ou les obligations découlant d'un fait internationalement illicite commis par l'État prédécesseur sont dévolus à l'État successeur, sans que cet accord modifie obligatoirement les droits ou les obligations d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international. »

11. Le paragraphe 3 est formulé de telle sorte que son objet reste quelque peu imprécis. À en juger par l'analyse qu'en fait le Rapporteur spécial dans son premier rapport, ce paragraphe semble devoir clarifier la différence entre les accords de dévolution, d'une part, et les accords de règlement des réclamations et autres types d'accords, d'autre part. Contrairement aux accords de dévolution, qui sont conclus uniquement entre des États prédécesseurs et des État successeurs et auxquels aucun État tiers n'est partie, les accords de règlement des réclamations et les autres types d'accords peuvent être conclus entre des États successeurs et des États tiers et créer des droits et des obligations liant ces États.

12. Le paragraphe 3 n'est peut-être pas nécessaire étant donné qu'il constitue un simple rappel de règles fondamentales du droit des traités. Si, toutefois, il devait être conservé, il pourrait être reformulé en des termes plus directs et se lire, par exemple, comme suit : « Les droits et les obligations découlant d'un accord de règlement des réclamations ou d'un autre type d'accord entre un État successeur et un État tiers sont contraignants pour les parties à cet accord. »

13. Selon M. Murphy, le paragraphe 4, qui mentionne l'existence de la règle *pacta tertiis*, ne pose pas de problème quant au fond, mais n'est pas nécessaire. Ce paragraphe réaffirme essentiellement ce qui a été énoncé aux paragraphes 1, 2 et 3. Il aurait donc davantage sa place dans les commentaires.

14. Le projet d'article 4 est consacré aux déclarations unilatérales des États successeurs, question importante mais qui ne devrait probablement pas être examinée avant que l'on connaisse la règle générale qui régit la succession d'États en matière de responsabilité. Si le Comité de rédaction est saisi de ce projet d'article, le dernier membre de phrase du paragraphe 2 méritera particulièrement son attention. Celui-ci énonce partiellement les critères auxquels une déclaration unilatérale doit satisfaire pour être juridiquement contraignante, mentionnant uniquement le fait que cette déclaration doit prévoir expressément certains points. Or la Commission a établi d'autres critères dans ses travaux sur les déclarations unilatérales. Premièrement, la déclaration doit émaner d'une autorité ayant compétence à cette fin ; deuxièmement, la déclaration ne peut être en conflit avec une norme impérative du droit international ; et, troisièmement, au moment de déterminer les effets juridiques de la déclaration unilatérale, il convient de tenir compte de son contenu, du contexte dans lequel elle a été faite et des réactions qu'elle a suscitées.

15. En conséquence, la fin du paragraphe 2 du projet d'article 4 pourrait être modifiée de manière à prendre en considération tous les critères établissant que des actes unilatéraux sont juridiquement contraignants. Elle se lirait alors comme suit : « […] à moins que la déclaration unilatérale de l'État successeur ne soit juridiquement contraignante selon les règles de droit international applicables aux actes unilatéraux des États ». Du fait de l'ajout ainsi effectué, le paragraphe 3 du projet d'article 4 n'aurait probablement plus de raison d'être.

16. M. Murphy n'a aucune objection au programme de travail futur ou calendrier proposé par le Rapporteur spécial.

17. En conclusion, M. Murphy est favorable au renvoi des projets d'articles 1 et 2 au Comité de rédaction, mais suggère que le Rapporteur spécial envisage de laisser en suspens les projets d'articles 3 et 4 jusqu'à ce que la Commission plénière ait eu la possibilité de débattre véritablement de la règle générale qui régit la succession d'États en matière de responsabilité de l'État tant pour les droits que pour les obligations de l'État successeur.

18. M. NGUYEN dit que la continuité et la succession d'États, notamment du point de vue des obligations et des responsabilités de l'État successeur, constituent un vaste sujet qui se rapporte tout à la fois aux traités, aux biens publics, à la nationalité, à la dette publique et à la dette extérieure, ainsi qu'aux droits et obligations découlant d'un fait internationalement illicite. Lors de ses travaux précédents sur la succession d'États, qui ont abouti à la Convention de Vienne de 1978 et à la Convention de Vienne de 1983, la Commission avait décidé de destiner la question des droits et des obligations découlant d'un fait internationalement illicite à un éventuel développement ultérieur. Or, si de nouveaux États sont nés de la décolonisation pendant les années 1960 et si les dissolutions d'États se sont succédé en Europe centrale et orientale dans les années 1990, de longues périodes se sont aussi écoulées sans guère d'apparitions ou de disparitions d'États. En fait, de tels événements sont si rares qu'il est difficile de constater une tendance nette et uniforme dans la pratique des États et, partant, d'établir des règles et des principes de droit international qui régissent la succession d'États en matière de responsabilité. C'est pourquoi l'orateur remercie vivement le Rapporteur spécial de s'être efforcé de donner une vue d'ensemble de la pratique générale des États ainsi que du fondement et de la nature juridiques de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

19. M. Nguyen souscrit particulièrement à la méthode proposée pour l'examen du sujet. Au paragraphe 13 de son rapport, le Rapporteur spécial affirme que les définitions figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 sont applicables au sujet à l'examen. Ces définitions doivent toutefois tenir compte du nouvel environnement politique et juridique mondial. La politique appliquée à Hong Kong et fondée sur le principe « un État, deux systèmes » est un cas exceptionnel de transfert de droits de l'État prédécesseur à l'État successeur. Dans le cas du Timor-Leste, une période de transition a servi au transfert des droits et des obligations de l'État prédécesseur à l'État successeur, par l'intermédiaire de l'Administration transitoire des Nations Unies.

20. En cherchant à déterminer si la succession d'États en matière de responsabilité de l'État est régie par un principe général, le Rapporteur spécial semble avoir accordé beaucoup plus d'attention à la doctrine qu'à la pratique effective des États dans ce domaine, qui est pourtant de la première importance pour le sujet à l'examen. Lorsque le Rapporteur spécial évoque la pratique des États, il s'intéresse davantage à des cas survenus en Europe qu'à des cas survenus dans d'autres régions. Par exemple, cinq pages du rapport sont consacrées à des cas de succession en Europe centrale et orientale dans les années 1990, mais une page seulement à des cas de succession en Amérique latine et en Asie. Le cas de l'Union soviétique est mentionné comme un cas de succession d'États, mais il fait l'objet d'assez peu d'attention au regard de sa pertinence pour le sujet. De plus, de nombreux autres cas pertinents, comme ceux du Viet Nam et de l'Algérie, sont absents du rapport.

21. Comme le Rapporteur spécial le souligne avec justesse, la succession d'États prend des formes diverses (transfert d'une partie du territoire, sécession, dissolution, unification et création de nouveaux États indépendants), qu'il convient d'examiner pour classer les responsabilités qui en découlent en différentes catégories. À dire vrai, si la Commission n'établit pas, au moyen de preuves suffisantes, quelle est la pratique ou l'*opinio juris* en ce qui concerne la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, ses travaux auront le même résultat que ceux qui ont abouti aux deux précédentes Conventions sur la succession d'États. Compte tenu de leur rareté, tous les exemples de pratique des États dans le domaine à l'examen doivent être pris en considération. En conséquence, lorsqu'il élaborera son deuxième rapport, le Rapporteur spécial devrait envisager d'examiner d'autres cas classiques de succession d'États, notamment ceux où les faits internationalement illicites commis par l'État prédécesseur constituent une violation des normes du droit international coutumier, du *jus cogens* ou du droit international général.

22. Le sujet à l'examen a fait l'objet d'une étude approfondie par l'Institut de droit international. M. Nguyen convient toutefois avec le Rapporteur spécial que les travaux de cet organisme de codification, qui appartient au secteur privé et qui diffère de la Commission sur le plan de la légitimité et de l'autorité, ne devraient pas être un frein aux travaux de la Commission sur le même sujet.

23. En ce qui concerne le projet d'article premier, consacré à la portée du sujet, les termes généraux dans lequel il est formulé risquent davantage de semer la confusion parmi les lecteurs que de faciliter la compréhension. Le terme « effets », en particulier, ne permet pas de bien exposer le cœur du sujet, à savoir les droits et les obligations juridiques qui découlent d'un fait internationalement illicite. En outre, alors que la succession d'États suppose généralement le transfert des droits et des obligations découlant d'un fait internationalement illicite commis par l'État prédécesseur à un ou plusieurs États successeurs, le projet d'article n'explique pas clairement quel État porte la responsabilité et à l'égard de qui, ni si la responsabilité vis-à-vis des organisations internationales est aussi prise en considération. Au paragraphe 22 de son rapport, le Rapporteur spécial précise que la portée du sujet ne s'étendra pas aux questions de succession en matière de responsabilité des organisations internationales. Or, comme M. Murase l'a dit à la séance précédente, il serait bon de tenir compte des situations où des États membres d'une organisation internationale engagent leur responsabilité à raison du comportement de cette organisation à l'égard de tierces parties.

24. En ce qui concerne le projet d'article 2, la plupart des définitions qu'il contient sont identiques à celles données dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et dans la résolution de l'Institut de droit international sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale. Il faudrait toutefois se demander si l'emploi du terme «substitué» aux alinéas *b*, *c* et *d* est approprié car, comme le Rapporteur spécial le relève au paragraphe 71 de son rapport, il existe dans la pratique des cas de succession, tels que le transfert de territoire ou la séparation d'une partie du territoire, où l'État prédécesseur n'est pas remplacé dans son entièreté par l'État successeur. La rétrocession de Hong Kong en 1997 ne semble pas être couverte par le projet d'article 2. De fait, la succession d'États est le changement de souveraineté sur un territoire ou une partie de territoire. M. Nguyen suppose que dans la version anglaise, à l'alinéa *e*, qui définit l'expression *international responsibility*, le Rapporteur spécial a voulu écrire *the legal relations which arise under international law*. Quoi qu'il en soit, l'expression utilisée devrait s'appliquer clairement aux conséquences, au regard des droits et des obligations, d'un fait internationalement illicite d'un État plutôt qu'aux relations juridiques générales qui résultent d'un tel fait. Or, dans sa formulation actuelle, l'alinéa *e* peut être interprété à tort comme couvrant également les relations juridiques indirectes avec les États tiers lésés.

25. M. Nguyen fera deux observations au sujet du projet d'article 3. Premièrement, comme il l'a déjà suggéré, il faudrait préciser dans les commentaires que les obligations énoncées au paragraphe 1 sont des obligations d'ordre général qui naissent d'un fait internationalement illicite, commis en violation d'un engagement conventionnel, d'une norme coutumière, d'une norme de *jus cogens* ou de toute autre règle du droit international général. En conséquence, d'autres exemples illustrant la pratique dans ce domaine devraient être évoqués et examinés de la même façon. Deuxièmement, il faudrait compléter l'expression «[t]out accord autre», au paragraphe 3, en indiquant quelles sont les parties à l'accord et si celui-ci est conclu uniquement entre l'État prédécesseur et l'État successeur ou entre ces deux États et tout autre État tiers concerné. Dans la première phrase du paragraphe 3 il faudrait aussi mentionner que l'objet de «[t]out accord autre» est l'acceptation par une tierce partie de la succession d'États en matière de responsabilités découlant de tel ou tel traité ou la modification de la portée des responsabilités incombant à un État successeur en vertu du traité en question.

26. En conclusion, M. Nguyen est d'accord pour que les projets d'articles 1 et 2 soient renvoyés au Comité de rédaction pour examen.

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés[346] (A/CN.4/703, partie II, sect. D[347])

[Point 4 de l'ordre du jour]

27. Le PRÉSIDENT propose que, à l'issue des consultations avec le Bureau, la Commission crée un groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, qui réfléchira à la manière de poursuivre l'examen de ce sujet.

28. M. GÓMEZ ROBLEDO demande si le groupe de travail étudiera également les projets de commentaires établis pour la session en cours par la précédente Rapporteuse spéciale, M^me^ Jacobsson.

29. Le PRÉSIDENT dit que le Bureau est d'avis que le groupe de travail devrait surtout réfléchir à la manière d'avancer sur le sujet. C'est toutefois au groupe de travail lui-même qu'il reviendra d'apprécier la situation, une fois qu'il aura été constitué. Le Président croit comprendre que le texte des commentaires que M^me^ Jacobsson a soumis au secrétariat n'est pas encore prêt pour un examen par le groupe de travail.

30. M. LLEWELLYN (Secrétaire de la Commission) dit que M^me^ Jacobsson a qualifié le texte qu'elle a soumis de premier projet de commentaires, incomplet et non édité. Selon elle, ce document n'offre pas une base à partir de laquelle le groupe de travail peut mener des travaux de fond. Le projet de commentaires sera néanmoins distribué aux membres du groupe de travail et il incombera au président du groupe de travail et au groupe lui-même de décider de la suite à lui donner.

31. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres, en particulier ceux qui ont été élus récemment, sur le chapitre X du rapport de la Commission sur sa soixante-huitième session[348], qui donne un bon aperçu des travaux qui ont été menés sur le sujet.

32. Le Président dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite constituer le groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

Il en est ainsi décidé.

33. Le PRÉSIDENT propose que, sur la base des consultations avec le Bureau dont il vient d'être question, M. Vázquez-Bermúdez soit nommé Président du Groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 10 h 50.

3376^e^ SÉANCE

Mardi 18 juillet 2017, à 10 h 5

Président: M. Georg NOLTE

Présents: M. Argüello Gómez, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral,

[346] Pour l'historique des travaux sur le sujet, voir *Annuaire… 2017*, vol. II (2^e^ partie), p. 153, chap. X, sect. A.

[347] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[348] *Annuaire… 2016*, vol. II (2^e^ partie), p. 197 et suiv.

M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État (A/CN.4/708).

2. M. HASSOUNA dit accueillir avec satisfaction le rapport du Rapporteur spécial sur ce sujet complexe pour plusieurs raisons. La question est particulièrement d'actualité, comme le montrent les événements survenus en Europe orientale ces dernières décennies et le nombre croissant de mouvements sécessionnistes dans le monde entier. Elle ne crée plus de dissensions politiques, comme le montrent la pratique croissante des États et le soutien général apporté par les États Membres et les organisations privées à l'examen du sujet. La Commission a traité plusieurs aspects du droit international en lien avec le sujet depuis l'introduction de celui-ci en 1949 mais des lacunes subsistent dans la codification. Elle a maintenant l'occasion de poursuivre l'effort de codification et de développement progressif dans ce domaine.

3. Un projet d'articles serait une forme idéale pour le résultat des travaux de la Commission sur le sujet si le Rapporteur spécial a pour intention d'établir un ensemble cohérent de principes qui pourrait un jour former la base d'une convention internationale. Cela étant, un projet de directives semble plus adapté si l'objectif est d'offrir aux États un modèle utile qu'ils peuvent suivre et une règle par défaut qu'ils peuvent appliquer en cas de différend. M. Hassouna estime comme le Rapporteur spécial non seulement que les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État devraient être de nature subsidiaire mais aussi que les États préfèrent généralement avoir la liberté de négocier les conditions de la succession. Par sa souplesse, un projet de directives répondrait de manière plus adaptée aux circonstances uniques qui peuvent voir le jour dans les cas de succession d'États. Cela dit, il serait sans doute préférable de ne débattre de la forme que prendra le résultat des travaux de la Commission que lorsque le Rapporteur spécial aura approfondi ses recherches.

4. M. Hassouna souscrit à la démarche générale du Rapporteur spécial en ce qui concerne la portée du sujet, et notamment au choix qu'il a fait d'exclure la responsabilité des organisations internationales. Néanmoins, étant donné que des règles et des principes de responsabilité (*liability*) pourraient exister dans le droit international coutumier et dans le droit des traités, il pourrait être souhaitable de ne pas complètement exclure l'examen de la responsabilité (*liability*) dans les premières phases des travaux de la Commission sur le sujet. À tout le moins, la question pourrait être traitée dans le commentaire. M. Hassouna estime comme d'autres membres que la Commission ne devrait pas examiner la succession de gouvernements, car cela risquerait de surcharger le sujet. La relation entre le sujet à l'examen et les travaux de la Commission sur le sujet de l'application provisoire des traités devrait être précisée. En outre, le Rapporteur spécial devrait examiner la relation entre le sujet et le droit à l'autodétermination − notion qui prend une importance croissante dans les relations internationales − car ce droit pourrait constituer le fondement juridique de la création de nouveaux États. Le Rapporteur spécial pourrait par conséquent envisager d'inclure une clause « sans préjudice » dans le commentaire pour mettre en lumière cette relation étroite.

5. Le projet d'article premier devrait comprendre une disposition analogue à l'article 6 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités afin qu'il soit clairement établi que le projet d'articles s'applique uniquement aux effets d'une succession d'États se produisant conformément au droit international et, plus particulièrement, aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies. Cette disposition figure aussi dans l'article 2 de la résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale[349] adoptée en 2015 par l'Institut de droit international.

6. M. Hassouna se félicite que les définitions figurant à l'article 2 aient pour fondement le droit international établi. Il suggère toutefois de remplacer le terme défini à l'alinéa *e* du projet d'article 2 − « responsabilité internationale » − par le terme plus précis de « responsabilité internationale de l'État ». Le terme « relations », dans la même disposition, devrait être soit remplacé par « conséquences juridiques », soit précisé dans le commentaire. M. Hassouna propose d'inclure deux définitions supplémentaires pour les termes employés dans d'autres dispositions du projet d'articles, « accord de dévolution » et « déclaration unilatérale ». Ce dernier terme pourrait être défini de la même manière que dans le principe directeur 1 des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques[350]. Il serait préférable d'intégrer les définitions des termes « responsabilité internationale » et « fait internationalement illicite d'un État » dans le commentaire pour ne pas surcharger le texte des projets d'article.

7. En ce qui concerne les projets d'articles 3 et 4, le Rapporteur spécial n'énonce pas expressément la teneur d'un principe général qui guiderait la succession d'États en matière de responsabilité de l'État ; en outre, l'existence d'une pratique étatique moderne suffisamment étoffée pour permettre de considérer que la thèse traditionnelle de la non-succession est remise en cause n'est pas clairement établie. Cela étant, dans leur libellé actuel, aucun

---

[349] Résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703 à 711. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[350] Les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 169 et suiv., par. 176 et 177.

de ces projets d'article ne dépend du règlement de cette question. Tous deux sont plutôt une simple illustration des modalités établies du transfert de la responsabilité lors de la succession d'États. En tant que tels, ils pourraient être examinés par le Comité de rédaction, étant entendu que le Rapporteur spécial traitera la question de l'existence d'une règle générale de non-succession dans un futur rapport et proposera un nouvel article s'il y a lieu.

8. Les affaires citées dans le rapport montrent que, même s'il existe une règle générale de non-succession, cette règle n'est pas absolue et est au contraire soumise à diverses exceptions étayées par la pratique des États. Dans plusieurs de ces affaires, la Cour n'a pas fait de déclaration sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État mais a pris note d'accords conclus entre les États à propos du transfert de la responsabilité de l'État. Si la théorie de la non-succession était fermement établie dans le droit international général, la Cour aurait certainement fait une déclaration. Plus précisément, dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Croatie a fait valoir que la République fédérale de Yougoslavie avait fait une déclaration unilatérale portant acceptation des obligations conventionnelles de l'État prédécesseur, succédant ainsi à la responsabilité internationale de celui-ci. Cela confirme l'idée que des actes des États successeurs, comme des déclarations unilatérales, peuvent transférer la responsabilité de l'État, pratique qui est reflétée dans les projets d'articles 3 et 4.

9. Il importe de mener des recherches plus approfondies sur des affaires ne concernant pas l'Europe. La pratique africaine, par exemple, est variée mais semble faire apparaître une tendance des États successeurs à accepter la responsabilité des obligations découlant d'actes des États prédécesseurs sous réserve d'accords conclus par les parties. Ainsi, en Belgique et en France, des juridictions ont rendu des décisions sur la question de la responsabilité de l'État dans le contexte de l'indépendance du Congo et de l'Algérie, respectivement. Dans des affaires plus récentes, les obligations du Soudan du Sud vis-à-vis de tiers concernant les ressources du Nil ou la question de savoir si le Soudan du Sud devait négocier avec le Soudan uniquement ont fait l'objet de débats. La nécessité de négocier est traitée dans les projets d'articles 3 et 4.

10. Pour conclure ses observations générales concernant les projets d'articles 3 et 4, M. Hassouna dit que, lors de son examen du sujet, la Commission devrait garder à l'esprit les propos de Marcelo Kohen, qui a souligné que la succession d'États ne devait pas servir de prétexte à la création d'une situation d'impunité.

11. Passant aux modifications spécifiques qu'il souhaite proposer, M. Hassouna suggère de préciser le sens du mot « entraîne » au paragraphe 3 de l'article 3. Il suggère également de prendre en considération, dans le projet d'article 4, certains éléments des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, que la Commission a adoptés en 2006. Il propose ainsi d'ajouter le membre de phrase « à moins que l'autre État ou un autre sujet de droit international qui a commis le fait internationalement illicite n'accepte clairement une telle déclaration » à la fin du paragraphe 1 du projet d'article 4 et de modifier la fin du paragraphe 2 du projet d'article 4 pour qu'elle se lise comme suit : « à moins que la déclaration unilatérale de l'État successeur ne soit faite par une autorité ayant compétence à cette fin et ne le prévoie expressément ».

12. Enfin, M. Hassouna propose d'introduire un nouveau projet d'article qui mettrait expressément l'accent sur la nature subsidiaire des règles. L'article 3 de la résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale adoptée par l'Institut de droit international pourrait être un modèle utile à cet égard.

13. M. Hassouna salue l'intention manifestée par le Rapporteur spécial d'adopter une démarche plus nuancée concernant la classification des différents types de succession d'États. Il suggère que le Rapporteur spécial propose des lignes directrices pour la détermination de l'existence d'États continuateurs et examine la question de savoir s'il y a une différence entre la dissolution d'un État centralisé et la dissolution d'un État fédéral. M. Hassouna se dit favorable au renvoi de tous les projets d'article au Comité de rédaction.

14. M. HMOUD dit accueillir avec satisfaction le rapport du Rapporteur spécial, qui offre une introduction utile aux questions clefs entourant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Le rapport aurait toutefois pu mettre davantage l'accent sur l'objectif des travaux de la Commission sur le sujet et sur des questions comme la relation du sujet avec la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État. En outre, la succession d'États ne paraît pas établie comme un domaine distinct du droit international ; le fait que les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 ne soient pas largement acceptées en est une indication. On pourrait en dire autant des articles de la Commission sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[351], qui sont décrits dans le rapport comme étant « largement suivis dans la pratique ». Aucun élément de preuve ne vient étayer cette affirmation. Au contraire, dans sa résolution 55/153, l'Assemblée générale a pris note du projet d'articles et a invité les gouvernements à en tenir compte, « selon qu'il conviendra » (par. 3). L'Assemblée générale a ensuite régulièrement renvoyé l'examen de la question à une date ultérieure, jusqu'en 2011, lorsqu'elle a décidé qu'elle reviendrait « le moment venu » sur la question, « à la lumière de l'évolution de la pratique des États »[352]. Si les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen ont plus de chances d'être acceptés que les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, on ne peut pas dire que le sujet ait soulevé un intérêt considérable parmi les États Membres à la Sixième Commission ; ce manque d'intérêt est compréhensible compte tenu de la pratique limitée en la matière et de son application à la communauté internationale en général.

---

[351] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

[352] Voir résolution 66/92 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, par. 4.

15. La Commission aurait tout intérêt à étudier plus avant la relation entre le sujet et les articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[353]. Si le résultat des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen devait prendre la forme d'un ensemble de règles spéciales, les articles susmentionnés sur la responsabilité de l'État seraient considérés comme constituant les règles générales sur la question. L'une de ces règles générales est l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, qui dispose que, pour que l'État soit responsable d'un fait internationalement illicite, il faut que le comportement en question lui soit attribuable. L'élément de l'attribution dans les cas de succession d'États n'est que peu, voire pas du tout, examiné dans le rapport, alors qu'il s'agit d'un facteur clef à prendre en considération pour déterminer s'il y a une règle de succession ou de non-succession en matière de responsabilité de l'État. Dans son commentaire relatif aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a estimé qu'il était malaisé de déterminer si un nouvel État succédait à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur. Dans le contexte de l'examen des articles sur l'attribution, notamment sur les actes de mouvements insurrectionnels ou séparatistes, le commentaire ne laisse en rien entendre qu'il y a une exception à la condition de l'attribution du fait illicite à l'État qui le commet.

16. Il aurait été utile que, dans son rapport, le Rapporteur spécial approfondisse la question de l'attribution du fait illicite en relation avec la succession d'États, en particulier en ce qui concerne sa relation avec les articles 2 et 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ; l'article 11 dispose que la responsabilité de l'État est engagée dans la mesure où celui-ci reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien. Si, dans son rapport, le Rapporteur spécial affirme que l'évolution constatée au cours des vingt dernières années a conduit à un réexamen de la thèse autrefois incontestée de la non-succession, on ne sait pas au juste quelle est cette évolution, qu'il s'agisse de la doctrine ou de la pratique. Les auteurs cités dans le rapport apportent de solides arguments en faveur de la non-succession et de l'idée que l'État prédécesseur et l'État successeur ont des personnalités juridiques différentes. Toutefois, le Rapporteur spécial affirme qu'aucune de ces thèses n'est complètement pertinente car aucune ne peut écarter l'éventualité d'un transfert d'au moins certaines obligations nées de la responsabilité internationale de l'État et, en règle générale, elles ne tiennent pas compte des évolutions et des transformations de la notion de responsabilité de l'État. Ce raisonnement semble circulaire et, en tout état de cause, il n'est pas étayé par la pratique ni par l'existence d'une autre doctrine. M. Hmoud pense comme d'autres membres de la Commission que rien dans la jurisprudence, les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la pratique ou la doctrine ne permet à la Commission de conclure que la règle de la non-succession a été remplacée par la règle de la succession de l'État successeur à l'État prédécesseur. Le Rapporteur spécial aurait dû examiner ces notions dans son rapport et proposer une règle générale sur la non-succession éventuellement assortie d'exceptions ou de restrictions, fondée sur le droit international général et reconnue par la doctrine.

17. Un État peut assumer la responsabilité d'un État prédécesseur pour différentes raisons, principalement politiques : si cela est particulièrement apparent dans le contexte de la décolonisation, c'est le cas pour pratiquement tous les accords relatifs au transfert de droits et d'obligations dans le contexte de la succession. Cela ne signifie pas qu'un tel transfert se fonde sur le sentiment d'une obligation juridique qui naîtrait d'une règle de droit international général. Les États assument des obligations par la voie d'accords ou d'actes unilatéraux afin de régler des différends politiques, de parvenir à l'indépendance ou de nouer des relations amicales et d'éviter des conflits avec d'autres États. Comme tout autre accord, un accord de succession engageant la responsabilité de l'État doit être appliqué de bonne foi dans le cadre des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, s'il y a lieu, de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités.

18. Dans son rapport, le Rapporteur spécial ne précise pas quelle serait la règle par défaut dans l'hypothèse où aucun accord ne serait conclu dans un cas de succession. Il est essentiel, aux fins du sujet, de déterminer quelle est la règle actuelle par défaut au titre du droit international général. Dire qu'aucune règle n'existe est une chose, affirmer que la question est nuancée et devrait être traitée au cas par cas en est une autre. Selon la seconde proposition, il pourrait effectivement y avoir une règle par défaut, mais des exceptions ou d'autres règles pourraient devoir être prises en considération. Même si la Commission convient qu'une règle par défaut ou une règle subsidiaire devrait être développée progressivement, une telle règle devrait être fondée sur la pratique ou sur une tendance émergente, éléments dont le rapport ne fait pas mention. Au contraire, il semble que la doctrine traditionnelle de la non-succession devrait être la règle par défaut, règle qui pourrait ne pas être appliquée si une règle spéciale, définie dans un accord ou un traité, existait ou si une exception s'appliquait. Il importe de veiller à ne pas confondre les dispositions d'un traité et une tendance émergente.

19. La règle *pacta tertiis* contenue dans les articles 34 à 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'applique aux accords de succession, mais elle doit être lue dans le contexte de la création de nouveaux droits et obligations vis-à-vis d'un État tiers. Si ces droits et obligations s'appliquaient avant la conclusion d'un accord qui ne fait que transférer les droits et obligations existants, la règle n'est pas pertinente. En ce sens, c'est à juste titre que le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose que les règles énoncées dans le projet d'article sont sans préjudice des règles du droit des traités applicables, en particulier la règle *pacta tertiis*. Cette règle, cependant, n'interviendrait que si de nouveaux droits et obligations naissaient d'un accord de dévolution ou d'un autre accord relatif à la succession, auquel cas la question du consentement de l'État tiers et de l'acquiescement présumé de cet État deviendrait pertinente.

[353] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

20. S'il estime que la distinction opérée dans le rapport entre les accords de dévolution classiques, les accords de règlement des réclamations et d'autres accords « hybrides » est utile pour expliquer les accords de succession, M. Hmoud n'est pas convaincu qu'elle soit pertinente pour l'établissement d'une règle subsidiaire concernant les effets de ces accords. Elle pourrait être plus utile pour expliquer les différentes situations en matière de succession, afin de déduire des règles relatives à la succession quand il n'existe pas d'accord. Il suffirait de dire que, lorsqu'un accord relatif à la succession existe, il doit être appliqué de bonne foi conformément aux règles générales du droit des traités. En ce sens, seule la clause « sans préjudice » du paragraphe 4 du projet d'article 3 est nécessaire. Les trois paragraphes précédents ne le sont pas et pourraient semer le doute quant à la valeur juridique de tels accords, en particulier en ce qui concerne les accords de succession conclus ces vingt dernières années. La clause « sans préjudice » rend également inutile la distinction non étayée qui est faite dans ces trois paragraphes entre les accords de dévolution et les autres accords. Même si l'intention du Rapporteur spécial est de traiter les clauses relatives au partage de la responsabilité et à la répartition des droits et obligations au cas par cas, un projet de conclusions générales pourrait être utile pour guider les États aux fins du partage et de la répartition de la responsabilité.

21. Dans son rapport, le Rapporteur spécial cite un certain nombre d'exemples d'actes unilatéraux d'États qui sont pertinents pour la question de la succession d'États, ainsi que l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Même si les instruments cités sont pertinents, on ne voit pas bien comment ils sont devenus le fondement du résultat exposé dans le projet d'article 4. Cet article dispose que les droits et obligations d'un État prédécesseur ne deviennent pas ceux de l'État successeur du seul fait que celui-ci a formulé une déclaration unilatérale par laquelle il a assumé ces droits et obligations. Or les exemples donnés dans le rapport pourraient conduire à la conclusion inverse. La formulation négative des deux premiers paragraphes du projet d'article 4 ne reflète ni les propositions formulées dans les principes directeurs ni la pratique citée dans le rapport. Le fondement juridique de l'acte consistant à assumer des droits devrait être davantage expliqué, par exemple par analogie avec les principes de droit privé relatifs au transfert ou à la cession de droits. La condition énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 4, à savoir que la déclaration unilatérale doit prévoir expressément que les obligations de l'État prédécesseur deviennent celles de l'État successeur est fondée sur le principe directeur 7 mais ne s'applique pas à d'autres actes de l'État par lesquels l'État successeur assume unilatéralement le comportement illicite d'un État prédécesseur ou adopte ce comportement et le fait sien. À la différence d'une déclaration, un tel acte n'a pas à prévoir expressément le transfert des obligations ; l'État est présumé accepter la responsabilité. Le projet d'articles devrait par conséquent traiter aussi les cas dans lesquels l'État assume la responsabilité par un acte unilatéral autre qu'une déclaration.

22. En ce qui concerne les projets d'articles 1er et 2, M. Hmoud est favorable à l'idée de définir un fait internationalement illicite sur la base de l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Même si la question de l'attribution va à l'encontre du développement d'une doctrine de la succession en matière de responsabilité, il s'agit néanmoins d'une règle fondamentale en matière de responsabilité qui ne devrait pas être évitée. Il faudrait également laisser la porte ouverte à la modification des définitions de l'État prédécesseur et de l'État successeur et à l'introduction d'une définition du terme « État continuateur ». Les définitions de l'État prédécesseur et de l'État successeur doivent s'inscrire dans le contexte de la succession en matière de responsabilité de l'État en termes de transfert des droits et des obligations. La définition de la responsabilité internationale proposée dans le projet d'article 2 est tirée du commentaire de la Commission relatif aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. M. Hmoud suggère de remplacer le membre de phrase « s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international » par « couvre les relations juridiques internationales ». En ce qui concerne le champ d'application, il est favorable à l'inclusion de la question des droits des organisations internationales en tant que partie lésée et propose de remplacer, dans le projet d'article premier, le membre de phrase « aux effets de la succession d'États » par « aux conséquences juridiques de la succession d'États ». Il recommande que les quatre projets d'article soient renvoyés au Comité de rédaction, et souligne qu'il faudrait poursuivre les débats sur la règle de non-succession en vue d'ajouter une conclusion à cet égard.

23. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il convient de féliciter le Rapporteur spécial d'avoir rédigé un rapport de qualité dans un délai aussi court en se fondant sur la doctrine et la pratique récentes. Le sujet couvre un domaine ayant atteint la maturité requise pour que la Commission fasse œuvre de codification et de développement progressif, comme l'ont confirmé la plupart des délégations qui se sont exprimées sur la question à la Sixième Commission. Le rapport tient toutefois compte des vues contraires et des doutes quant à la pertinence du sujet émis par certaines délégations. Pour M. Grossman Guiloff, le sujet est pertinent et son traitement comblerait une lacune, puisque des sujets relevant de domaines connexes qui entrent dans la sphère de compétence de la Commission ont déjà fait l'objet de codification et de développement progressif, et qu'il est nécessaire de disposer d'un cadre normatif cohérent qui englobe tous les aspects de la responsabilité de l'État, notamment la succession d'États. L'Association de droit international et l'Institut de droit international se sont intéressés à la question, et l'Institut a souligné la nécessité de faire œuvre de codification et de développement progressif dans le domaine de la succession d'États et de la responsabilité de l'État. M. Grossman Guiloff est d'accord pour donner au résultat des travaux de la Commission la forme d'un projet d'articles, comme le propose le Rapporteur spécial, et approuve la méthode retenue, tout en partageant les préoccupations liées au fait que le rapport est principalement axé sur les pays européens. Il salue également la décision de limiter la portée du sujet à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ce qui devrait donner un cadre au débat, et de se concentrer sur les règles secondaires du droit international. Des motifs juridiques solides justifient

que la question de la succession de gouvernements, bien qu'importante, soit également exclue du champ du sujet.

24. Dans son rapport, le Rapporteur spécial laisse entendre que la théorie de la non-succession est celle qui rend le mieux compte de l'état actuel du droit international mais précise que certains auteurs remettent en question cette théorie. M. Grossman Guiloff regrette qu'il ne donne pas davantage de précisions sur les évolutions et les transformations de la notion de responsabilité de l'État qui sont peut-être à l'origine de cette remise en question. La source citée à cet égard semble faire référence à l'éclatement de l'Union soviétique et de l'ex-Yougoslavie et aux débats qui s'y rapportent ; à la suite de ces événements, la théorie de la non-succession n'a pas été remise en cause par la pratique des États ou par les décisions judiciaires, notamment les arrêts de la Cour internationale de Justice. L'explication que donne James Crawford de la réfutation partielle de la théorie de la non-succession constitue assurément un argument de poids et vient étayer l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle cette théorie n'est plus adaptée, mais il n'en demeure pas moins que celle-ci n'a pas été remise en cause pendant la majeure partie du XXe siècle et n'a pas été abandonnée au profit d'une autre théorie. La nouvelle tendance se manifeste peut-être uniquement à l'égard de certains types de succession et de certains sujets, sans que le principe général ne soit remis en question. M. Grossman Guiloff se demande si les différents types de succession recensés au paragraphe 25 du rapport auront une incidence sur les conclusions générales à tirer, et si les premiers travaux sur le sujet doivent être revus en fonction de l'examen futur des effets de la succession d'États sur d'autres sujets de droit international. En tout état de cause, il pense comme M. Hassouna que la succession d'États ne saurait en aucun cas servir de prétexte à l'impunité.

25. Attirant l'attention sur le fait qu'il n'existe pas en espagnol un mot unique qui permettrait d'exprimer la différence entre la responsabilité pour fait internationalement illicite et la responsabilité pour des actes qui ne sont pas interdits par le droit international (*liability*), M. Grossman Guiloff propose de préciser le champ d'application des projets d'article en ajoutant l'expression « pour fait internationalement illicite » au titre du sujet à l'examen. La Commission doit faire preuve de prudence lorsqu'elle analyse la pratique des États et la décision de justice décrites dans le rapport car il est possible que celles-ci concernent uniquement certains types de succession et de sujets ; en outre, les auteurs ont interprété cette pratique et ces décisions de diverses manières. M. Reinisch, par exemple, a remis en question l'interprétation que fait le Rapporteur spécial des décisions rendues dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)* et dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*. Ces préoccupations devraient être prises en compte. La Commission ne saurait ignorer la controverse à propos de la pratique étatique et judiciaire relative au sujet à l'examen. Les efforts du Rapporteur spécial pour assurer une certaine cohérence dans le rapport en matière de rédaction et d'emploi des termes, dont atteste le projet d'article premier, étroitement inspiré des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, sont à saluer. Le Rapporteur spécial a ménagé la possibilité d'ajouter d'autres définitions au projet d'article 2 à mesure de l'avancement des travaux sur le sujet ; il conviendrait d'envisager l'introduction d'une définition de l'expression « autre sujet de droit international » employée au projet d'article 3. Bien qu'il soit possible de se passer de définitions précises et de se référer plutôt au droit international général, il semble plus indiqué d'être explicite. Le fait de se fonder sur les définitions données dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, même si ces instruments n'ont pas été largement ratifiés, contribue au maintien d'une certaine harmonie dans l'ensemble du droit relatif à la succession d'États.

26. Au paragraphe 93 du rapport, le Rapporteur spécial fait part de son intention de traiter la question des entités non étatiques, notamment, à un stade ultérieur. Pour M. Grossman Guiloff, une analyse détaillée des accords auxquels ces entités sont parties est nécessaire pour déterminer s'il est possible d'en tirer des conclusions générales. Le Rapporteur spécial fait référence à des règles subsidiaires qui servent de modèles à la conclusion d'accords en matière de succession. M. Grossman Guiloff demande quelle serait la nature de telles règles, et si certaines d'entre elles s'appliqueraient automatiquement en l'absence d'un accord en matière de succession. Il estime que ces questions ne devraient pas être laissées en suspens. Rappelant les préoccupations exprimées à propos de la nécessité de préciser le sens juridique du projet d'article 3, il souligne qu'à titre de point de départ de l'examen du sujet, il importe de déterminer l'état actuel du droit international et les exceptions admises dans la pratique ; il souhaiterait connaître l'opinion du Rapporteur spécial à cet égard. Il convient que le Comité de rédaction pourrait simplifier le texte du projet d'article 3. Le premier paragraphe est préoccupant en ce qu'il semble restreindre la liberté contractuelle des États, alors que les paragraphes 3 et 4 reprennent simplement les règles générales du droit des traités. C'est une approche judicieuse si elle signifie que les projets d'article qui en découlent se suffisent à eux-mêmes, mais la rédaction doit contribuer à la compréhension des projets d'article et non créer la confusion.

27. Le projet d'article 4, qui traite de la question importante et complexe des déclarations unilatérales des États successeurs, gagnerait à être simplifié. Il semble qu'il y ait une divergence entre le troisième paragraphe, qui renvoie aux règles du droit international, et le deuxième, qui exige simplement une déclaration unilatérale expresse pour que l'État successeur assume les obligations de l'État prédécesseur. Bien que le projet d'article doive illustrer les travaux antérieurs de la Commission sur les déclarations unilatérales des États, la Commission devrait faire preuve de prudence au sujet de la valeur juridique qu'elle attribue à ces déclarations, de manière à ne pas entraver les relations normales et le dialogue entre les États. M. Grossman Guiloff appuie le programme de travail futur proposé et le renvoi des quatre projets d'article au Comité de rédaction.

28. Mme GALVÃO TELES dit qu'elle pense comme plusieurs autres membres qu'il aurait été préférable que la Commission, dans sa nouvelle composition, examine l'inscription du sujet au programme de la session en cours, puisque ce sujet n'a été inscrit au programme de travail à long terme qu'à la session précédente. Elle comprend que les travaux de la Commission se poursuivent d'un mandat

quinquennal à l'autre mais juge important de veiller à ce que le programme de travail en cours soit équilibré et à ce que les sujets à l'examen portent sur diverses questions de droit international qui correspondent aux besoins actuels des États. En fonction du sujet à l'examen et de l'objectif de l'étude, il conviendrait d'accorder toute l'attention voulue au résultat final des travaux de la Commission. Il serait assurément utile d'étudier la question de manière plus approfondie avant d'engager des travaux plus précis et plus concrets, en particulier lorsqu'il est décidé d'inscrire au programme de travail en cours un sujet qui figure dans le programme de travail à long terme.

29. Félicitant le Rapporteur spécial d'avoir rédigé son premier rapport dans un délai aussi court, M^me^ Galvão Teles dit que ce rapport soulève d'importantes questions à caractère général et qu'il pourrait être prématuré de commencer un exercice de rédaction avant de les avoir examinées en détail. Elle convient toutefois avec le Rapporteur spécial que le fait que des associations privées, telles que l'Institut de droit international et l'Association de droit international, aient déjà traité un sujet n'empêche nullement la Commission de le traiter également et de parvenir à des conclusions différentes. Au contraire, le fait que de tels organismes aient eux aussi travaillé sur un sujet justifie que la Commission l'examine à son tour en tenant compte des travaux antérieurs en question, même si elle parvient à un résultat différent.

30. Une partie importante de la tâche de la Commission consiste à veiller à la cohérence de ses travaux avec ceux qu'elle a consacrés à des sujets en lien avec des questions similaires, comme la succession d'États et la responsabilité de l'État. Cependant, peut-être est-il trop tôt pour mesurer pleinement l'incidence des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite puisqu'ils n'ont pas donné naissance à une convention, même s'ils peuvent généralement être considérés comme relevant du droit coutumier. Il en va de même des conventions sur la succession d'États, qui ne sont pas encore entrées en vigueur et qui ne semblent pas faire l'objet d'un accord général pour ce qui est de déterminer quelles dispositions relèvent du droit coutumier. Il est donc toujours difficile de reproduire des travaux que la Commission a déjà menés à bien, et les tentatives en ce sens ne garantissent pas nécessairement des résultats de la même qualité, en particulier pour un sujet aussi complexe que la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Comme pour toute autre question relative à la succession d'États, le contexte a une importance cruciale, et, puisque le fait de dégager des règles générales par la codification s'apparente à du développement progressif, il peut être difficile pour les États d'accepter certains résultats, en particulier lorsqu'il faut encore débattre de la question de savoir si une règle générale allant dans le sens de la succession ou de la non-succession peut être établie sur la base de la pratique des États.

31. Plusieurs questions importantes doivent être clarifiées. La portée du sujet à l'examen devrait être la succession dans les droits et obligations résultant de faits internationalement illicites ou le transfert de ces droits et obligations et non pas la responsabilité de l'État en tant que telle. Comme dans ses travaux sur le droit des traités, la Commission devrait couvrir tous les types de succession − y compris le cas des États nouvellement indépendants − même si cela peut conduire à des solutions différentes, en particulier selon qu'il existe ou non un État continuateur. Les principes ou règles que les projets d'article viseront à recenser ou établir auront un caractère subsidiaire, comme le fait remarquer à juste titre le Rapporteur spécial au paragraphe 86 du rapport, car pour résoudre ces questions les États continueront de privilégier la voie de l'engagement unilatéral ou de l'accord bilatéral ou multilatéral.

32. Compte tenu de ces observations générales, si la Commission entreprend une rédaction à ce stade, elle doit, dans le projet d'article premier, définir avec davantage de précision le champ d'application des projets d'article, dans l'esprit des paragraphes 19 et 20 du rapport où le Rapporteur spécial mentionne le « transfert des droits et obligations découlant de la commission de faits internationalement illicites ». Le projet d'article 2 pourrait contenir une liste de termes plus complète couvrant tous les types de succession d'États, y compris le cas des États nouvellement indépendants. La définition de la responsabilité internationale ne semble toutefois pas à sa place ici et devrait accompagner la mention du champ d'application du projet d'articles, dans le projet d'article premier et le commentaire y relatif. Il faudrait fusionner les projets d'articles 3 et 4 et mettre l'accent sur le caractère subsidiaire du projet d'articles avant de traiter de la pertinence des accords et des déclarations unilatérales.

33. En conclusion, M^me^ Galvão Teles dit que, bien qu'il conviendrait de différer les travaux du Comité de rédaction dans l'attente d'un examen plus approfondi du sujet, si un consensus se dégage, elle sera favorable au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction, sous réserve de la prise en compte des observations faites en plénière.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*[*])

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclarations de représentantes de la Commission de l'Union africaine sur le droit international

34. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux représentants de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI), M^me^ Kalema, M^me^ Gueldich et M. Iyana, et les invite à prendre la parole.

35. M^me^ KALEMA (Commission de l'Union africaine sur le droit international) remercie la Commission du droit international d'avoir invité la CUADI à lui présenter ses travaux et à échanger des données d'expérience sur des questions d'intérêt commun. En tant qu'institution de création récente, la CUADI apprécie particulièrement sa coopération avec la Commission. Organe consultatif indépendant de l'Union africaine, la CUADI a été créée en 2009 et a commencé ses travaux en 2010. Elle a pour objectif de renforcer et de consolider les principes du droit international et de rester à l'avant-garde des développements juridiques internationaux, et d'œuvrer au maintien des normes dans les domaines d'importance du droit international et du droit de l'Union africaine. La CUADI

[*] Reprise des débats de la 3371^e^ séance.

est composée de 11 membres provenant de différentes régions d'Afrique, qui ont une compétence reconnue en droit international et siègent à titre individuel. M. Ebenezer Appreku, un des membres ayant largement contribué aux travaux de la CUADI, est décédé en 2016. Le siège de la CUADI est actuellement situé à Addis-Abeba mais des manifestations peuvent être organisées dans une ville d'un autre État membre afin de faire mieux connaître l'Union africaine et ses travaux. La CUADI a pour mandat d'entreprendre des activités relatives à la codification et au développement progressif du droit international et du droit de l'Union africaine, ce qui crée beaucoup de points communs avec la Commission. Le deuxième aspect de son mandat, qui est en plein développement, consiste à encourager l'enseignement, l'étude, la publication ainsi que la diffusion d'ouvrages sur le droit international, en particulier les lois de l'Union africaine.

36. Conformément à son statut, la CUADI procède à la codification du droit international par une formulation des règles dans les secteurs où il y a déjà eu une longue pratique étatique, une jurisprudence et une doctrine sur le continent africain. En outre, la CUADI a pour mission d'examiner les mécanismes permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, à travers la compilation et la publication de documents concernant la pratique des États membres et les décisions des juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international. Bien qu'il y ait eu peu de publications de ce type à ce jour, la CUADI travaille actuellement à l'élaboration d'un recueil africain de droit international à paraître en 2018. Il s'agit de rassembler des documents historiques qui rendent compte des opinions et des pratiques des États membres africains, en se fondant principalement sur les sources internationales, les sources de l'Union africaine des cinquante dernières années et les sources nationales, notamment les documents officiels des États, la correspondance diplomatique et les décisions judiciaires. De sa propre initiative ou à la demande de l'Assemblée ou du Conseil exécutif de l'Union africaine, la CUADI désigne également parmi ses membres des rapporteurs spéciaux chargés de réaliser des études sur des sujets d'intérêt. À ce jour, cinq études ont été réalisées et douze autres sont en cours.

37. Mme GUELDICH (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que la coopération fructueuse entre les deux commissions permet à la CUADI d'acquérir des connaissances en droit international dans un contexte mondial et de les enrichir. La CUADI mène des études approfondies sur des sujets qui intéressent l'Afrique, sous l'angle du droit international et du droit de l'Union africaine, en tenant compte de la nécessité d'accélérer l'intégration régionale − principal objectif de l'Agenda 2063[354] adopté en 2015 par les gouvernements de l'Union africaine − et d'éclairer les décideurs africains sur les effets juridiques de cette intégration.

38. En sus de sa tâche de codification et de développement progressif, la CUADI contribue à l'enseignement, l'étude, la publication et la diffusion du droit international. Dans le cadre de ces activités, elle a organisé à Accra en 2016 le premier Séminaire de droit international pour les universités africaines, en étroite coopération avec l'Institut africain de droit international et la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies. Elle verse en outre des contributions financières régulières au Cours régional de droit international des Nations Unies, qui bénéficie du soutien politique de l'Union africaine ainsi que des compétences de certains membres de l'Union enseignant dans le cadre de ce programme. Elle réalise également un travail sur la promotion de l'enseignement, de l'étude et de la diffusion du droit international et du droit de l'Union africaine sur le continent africain, sous la direction de Mme Kalema. Il s'agit d'une étude très ambitieuse visant à recenser les lacunes et les difficultés que déplorent les universités africaines dans ce domaine et à formuler des recommandations en vue d'optimiser les résultats et de mettre en commun les données d'expériences.

39. La CUADI a publié le premier numéro de son annuaire en 2013 et s'apprête à publier le deuxième, qui couvrira la période allant de 2012 à 2016 et contiendra un nouveau plan stratégique. Deux numéros de sa revue intitulée *Journal of International Law* ont été publiés, le second ayant pour objet les travaux des deuxième et troisième forums de la CUADI sur le droit international, consacrés, respectivement, au droit de l'intégration régionale en Afrique et à la codification du droit international au niveau régional africain. Parmi les autres thèmes examinés dans le cadre des forums annuels qui sont organisés dans différentes villes africaines et qui servent de plateforme à des échanges de vues sur le droit international, on peut citer l'Afrique et le droit international, les défis de la ratification et de la mise en œuvre des traités en Afrique et le rôle de l'Afrique dans le développement du droit international. Le forum de 2017 aura pour thème les conséquences juridiques politiques et socioéconomiques de l'immigration, de la situation des réfugiés et des personnes déplacées internes en Afrique, un sujet qui est particulièrement d'actualité et qui intéresse la communauté internationale dans son ensemble. Les difficultés rencontrées par certains pays, au cours des cinq années précédentes en particulier, ont fait ressortir des problèmes urgents d'ordre humanitaire mais aussi politique, économique et surtout juridique, et les solutions classiques ne sont plus satisfaisantes. Le forum offrira une occasion unique d'examiner le droit international applicable, de repérer d'éventuelles lacunes et de réfléchir à l'évolution que pourraient connaître les règles du droit international.

40. La coopération entre la CUADI et la Commission revêt plusieurs formes, dont l'organisation de visites réciproques, la participation aux sessions respectives, les échanges entre rapporteurs spéciaux sur des sujets similaires examinés par les deux organes, l'interaction avec des institutions régionales de droit international analogues autour de questions contemporaines de droit international et la tenue de séminaires et de conférences communs sur le droit international. La CUADI invite régulièrement les membres de la Commission à participer à ses forums et couvre les coûts y afférents. La coopération entre les secrétariats des deux commissions pourrait également être resserrée en vue du renforcement des capacités du secrétariat de la CUADI dans le domaine de la gestion des archives, de la préparation des textes de référence, des réunions et des

[354] Commission de l'Union africaine, *Agenda 2063. L'Afrique que nous voulons*, avril 2015, disponible sur le site Web de la Commission de l'Union africaine, https://au.int.

rapports, de la maintenance du site Web et de la création d'une base de données de recherche. La CUADI, qui ne dispose pas d'un secrétariat permanent, rencontre de nombreuses difficultés, et serait heureuse de pouvoir tirer parti de l'expérience du secrétariat de la Commission pour améliorer ses travaux. Elle serait ouverte à toute proposition concernant une éventuelle coopération.

41. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit accueillir avec satisfaction les renseignements relatifs aux nombreuses activités menées par la CUADI au titre de son mandat de codification et de développement progressif du droit international, qui comprennent notamment diverses études dont certaines consacrées à des projets de loi type. Il souhaite connaître les critères que retient la CUADI pour sélectionner les sujets à examiner, et demande si les études qu'elle a réalisées se sont concrétisées par des textes tels que des lois types.

42. M. HASSOUNA juge important pour la Commission de recevoir régulièrement la visite de représentants de la CUADI. Il salue l'organisation de forums annuels dans différentes villes des États membres, un bon moyen pour la CUADI de faire connaître ses travaux et de diffuser des informations sur ses activités et sur le droit international. La Commission examine actuellement les sujets susceptibles d'être inscrits à son programme de travail à long terme et elle apprécierait toute contribution de la CUADI. M. Hassouna note avec intérêt que la CUADI a entrepris une étude sur la délimitation et la démarcation des frontières en Afrique ; comme il a été proposé d'inscrire ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission, celle-ci pourrait tirer profit de toute information que la CUADI serait disposée à lui communiquer. La Commission apprécierait également une contribution de la CUADI en matière de droit international régional, qui serait particulièrement utile pour les sujets de la détermination du droit international coutumier et des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). M. Hassouna salue l'idée de renforcer la coopération entre les deux organes grâce à la participation aux réunions et aux séminaires de formation. Il a eu la possibilité de participer en 2015 au forum de la CUADI consacré aux défis de la ratification et de la mise en œuvre des traités en Afrique, ce qui lui a permis d'avoir des échanges fructueux sur différentes sujets, notamment l'application provisoire des traités.

43. M^me^ KALEMA (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que les sujets à examiner sont choisis principalement en fonction des décisions prises par des organes politiques tels que l'Assemblée de l'Union africaine, mais que la CUADI peut en proposer de sa propre initiative en étudiant les besoins des États membres ou les propositions qui lui sont soumises. Les cinq études réalisées ont été soumises au Conseil exécutif pour approbation. Il s'agit notamment d'un projet de loi type relatif à la mise en œuvre de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, d'une étude préliminaire sur le fondement juridique des réparations à raison de l'esclavage et d'un rapport préliminaire sur l'étude, et de conclusions et recommandations concernant l'harmonisation des procédures de ratification dans l'Union africaine. La rédaction de ce dernier document a été proposée par les organes politiques en raison des retards considérables accumulés par certains États membres dans les procédures de ratification.

44. M^me^ GUELDICH (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que, s'il n'existe pas de directives sur le choix des sujets à examiner, la CUADI prend en compte des facteurs tels que l'originalité du sujet et l'objectif fondamental d'intégration régionale que poursuit l'Union africaine. La plupart des études donnent lieu à des accords et traitent de questions prioritaires pour le continent africain, telles que la paix et la sécurité, la lutte contre le terrorisme et contre le commerce illicite des armes, la gestion des ressources hydriques, la sécurité alimentaire, les réfugiés et les personnes déplacées. La CUADI axe ses travaux sur des sujets qui reflètent des préoccupations régionales, contrairement à la Commission qui travaille sur des sujets à caractère universel. En tant qu'organisation récente, la CUADI a encore beaucoup à faire. L'intégration régionale engendre certaines difficultés car quelques États membres avancent plus lentement que les autres ; sans la volonté politique nécessaire, il sera difficile de les intégrer.

45. Le PRÉSIDENT souligne que, bien qu'elle n'ait que sept années d'existence, la CUADI a été très productive, ce qui est de bon augure pour l'avenir.

46. M. PETER dit qu'il convient avant tout de féliciter la CUADI pour son choix de sujets d'étude, qui se porte sur les véritables problèmes que connaît l'Afrique dans des domaines tels que les frontières territoriales, le terrorisme, la gestion des ressources naturelles et l'incorporation des dispositions conventionnelles dans les législations nationales. Cependant, au vu de la liste des études en cours il juge préoccupante l'immensité de la tâche confiée à certains rapporteurs et pense qu'il pourrait être nécessaire de répartir cette charge de travail.

47. L'Organisation des Nations Unies, et plus particulièrement la Division de la codification, a déployé des efforts considérables pour diffuser le droit international en Afrique, organisant notamment des séminaires et des cours de formation à Accra et à Addis-Abeba. Cependant, l'Afrique ne saurait compter systématiquement sur l'ONU pour organiser de telles manifestations, et M. Peter demande ce que l'Union africaine prévoit dans ce domaine. Il pense néanmoins comme le Président qu'en seulement sept années d'existence la CUADI a accompli un travail considérable en comparaison de celui réalisé par la Commission en près de soixante-dix années.

48. M^me^ GALVÃO TELES juge frappant que les résultats escomptés de nombreux travaux menés par la CUADI soient des études. Elle demande quelle est l'utilité d'une telle démarche et si certaines des études en question pourraient donner naissance à des conventions. Elle souhaiterait également de plus amples informations sur l'objectif et la structure des forums annuels et notamment savoir s'ils sont ouverts à la société civile.

49. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que les exposés clairs des représentantes de la CUADI permettent de discerner d'éventuels domaines de coopération entre les deux organes. Le recueil africain de droit international est

un projet ambitieux, et elle souhaiterait de plus amples informations sur sa structure et son objectif. Elle demande de quelle manière les données seront organisées, et s'il s'agira d'archives officielles de l'Union africaine ou de ressources destinées au public. Elle croit comprendre que l'objectif est non seulement de réunir des informations sur les opinions et les pratiques des États membres mais aussi d'influer sur le développement du droit international d'un point de vue africain. À ce propos, elle demande sous quelle forme les études et les autres résultats des travaux de la CUADI sont publiés.

50. Mme KALEMA (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit qu'en ce qui concerne le recueil l'objectif est de constituer des archives sur la pratique des États en matière de droit international et de droit de l'Union africaine. Il s'agit d'offrir un outil utile aux délégués de l'Union africaine, aux représentants des gouvernements et aux avocats ; une quantité considérable d'informations ont été publiées depuis la création de l'Union africaine mais elles sont actuellement dispersées. On peut espérer que plusieurs numéros du recueil seront publiés.

51. Certaines études menées par la CUADI aboutiront à des conventions et d'autres à des projets de loi type destinés à aider les États membres à incorporer les dispositions des instruments internationaux dans le droit national. L'ONU n'est pas la seule organisation à financer et diriger des activités liées à la diffusion du droit international, et l'Union africaine joue également un rôle à cet égard. L'ONU est un excellent partenaire mais progressivement, avec l'augmentation des ressources et le renforcement des capacités, les institutions africaines joueront un rôle accru dans ces activités de diffusion. L'Union africaine ainsi que d'autres institutions ayant leur siège en Afrique ou ailleurs, et certains membres de la Commission, ont déjà contribué à des cours et à des séminaires de formation dans ce domaine.

52. Les anciens membres de la CUADI ont généralement une charge de travail plus lourde, en qualité de rapporteurs, que les nouveaux membres. La CUADI s'efforce d'équilibrer les charges de travail respectives car, en cas de surcharge, les études risquent de ne pas être menées à leur terme.

53. Mme GUELDICH (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que les rapporteurs ne sont pas surchargés de travail mais que, parfois, leur mandat expire avant que les études ne soient achevées, et il est nécessaire de faire appel à des volontaires. Cela explique pourquoi certains rapporteurs ont la responsabilité d'un plus grand nombre d'études. Des mesures seront prises pour veiller à une répartition plus équitable des tâches à l'avenir.

54. Les thèmes des forums annuels, proposés pendant les sessions ordinaires de la CUADI, sont choisis par consensus. Un appel à contributions est ensuite publié sur le site Web de l'organisation à l'intention d'un large public, notamment des enseignants, des étudiants, des avocats, des juristes en droit international, des représentants de la société civile et des organisations partenaires. L'objectif des forums est de faire mieux connaître la CUADI et d'appeler l'attention sur la nécessité d'accélérer l'intégration régionale. Les forums sont une occasion de débattre de problèmes liés au droit international et de proposer des solutions aux décideurs africains. Les forums annuels, qui durent en général deux jours, se tiennent en fin d'année, après la deuxième session ordinaire de l'organisation, dans un lieu chaque fois différent.

55. S'agissant de la publication du résultat de ses travaux, la CUADI s'est montrée un peu trop ambitieuse au départ, en tentant de publier un numéro de sa revue tous les deux ans alors qu'elle ne disposait pas des ressources et des capacités nécessaires. Elle a donc créé un comité de rédaction composé de cinq membres et l'a chargé d'adopter des directives claires sur les futures publications ; des appels à contributions seront publiés sur le site Web correspondant. Ce ne sont pas uniquement les études de la CUADI qui seront publiées mais aussi tous les textes de la CUADI utiles aux étudiants et aux juristes, ainsi que des articles de chercheurs et d'éminents experts en droit international.

56. M. GROSSMAN GUILOFF souhaiterait connaître l'utilité des projets de loi type élaborés par la CUADI en matière de promotion de la mise en œuvre du droit conventionnel et du droit coutumier dans les États membres de l'Union africaine.

57. M. OUAZZANI CHAHDI demande de quelle manière les informations sur l'harmonisation des procédures de ratification sont recueillies auprès des États membres, et si elles le sont par la voie de questionnaires ou par d'autres moyens qui seraient employés lors des séminaires et des forums.

58. Mme KALEMA (Commission de l'Union africaine sur le droit international) dit que des questionnaires sont adressés aux États membres pour recueillir des informations sur leur pratique mais que les réponses ne parviennent pas toujours dans les délais souhaités. Il n'existe pas d'indicateur de l'efficacité des projets de loi type, mais Mme Kalema est convaincue que les États membres se servent de ces projets et les jugent utiles.

59. Le PRÉSIDENT remercie les représentants de la CUADI pour leurs exposés intéressants et dit que la Commission se réjouit à la perspective de poursuivre et de renforcer sa coopération avec la CUADI.

La séance est levée à 13 h 5.

3377e SÉANCE

Mercredi 19 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Crimes contre l'humanité (*fin*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. A, A/CN.4/704, A/CN.4/L.892 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION (*fin*[*])

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter la partie du rapport du Comité sur le sujet « Crimes contre l'humanité », publiée sous la cote A/CN.4/L.892/Add.1.

2. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction), présentant le quatrième rapport du Comité de rédaction pour la soixante-neuvième session de la Commission, sur les crimes contre l'humanité, dit qu'il a présenté un rapport précédent du Comité sur le même sujet (A/CN.4/L.892) pendant la première partie de la session, le 1er juin 2017. Ce rapport reflétait les discussions du Comité de rédaction et présentait le texte du projet de préambule, des projets d'article et du projet d'annexe issus de ces discussions, adoptés à titre provisoire par le Comité, qui ont tous été adoptés par la suite par la Commission.

3. Dans la déclaration qu'il a faite à cette occasion, M. Rajput a expressément mentionné que le Comité de rédaction avait conclu ses débats sur la base du projet de préambule et des projets d'article proposés par le Rapporteur spécial. La question de savoir si le projet d'articles devrait comprendre une disposition relative à l'« immunité » a été soulevée dans le rapport du Rapporteur spécial, débattue en plénière et renvoyée au Comité de rédaction pour examen. Toutefois, faute de temps, la question a été laissée en suspens jusqu'à la seconde partie de la session de la Commission, tandis que d'autres dispositions ont été adoptées par le Comité de rédaction puis en plénière sur la base du précédent rapport. En conséquence, le Comité de rédaction a été convoqué le 6 juillet aux fins de l'examen approfondi du sujet de l'immunité.

4. Le nouveau rapport que présente M. Rajput à la séance en cours, publié sous la cote A/CN.4/L.892/Add.1, contient le texte, tel qu'adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, d'un paragraphe supplémentaire, à savoir le paragraphe 4 *bis*, qui sera inséré dans le projet d'article 6.

5. M. Rajput rend hommage au Rapporteur spécial, M. Murphy, dont la maîtrise du sujet a grandement facilité le travail du Comité de rédaction. Il remercie également les membres du Comité de rédaction pour leur participation active et leur précieuse contribution, et le secrétariat pour son assistance.

6. Pendant les discussions du Comité de rédaction, trois positions différentes ont été exprimées. La première était qu'il ne fallait pas ajouter de disposition relative à l'immunité. La deuxième était qu'une telle disposition devait être ajoutée, même si aucune proposition concrète n'avait été examinée à cet égard. La troisième était que la question de l'immunité ne devait pas du tout être traitée mais qu'il fallait en introduire une autre, en ajoutant une disposition relative au défaut de pertinence de la qualité officielle aux fins de la responsabilité pénale dans le contexte des allégations de commission de crimes contre l'humanité. Cette troisième position a recueilli l'approbation de la majorité des membres du Comité de rédaction.

7. En conséquence, le Comité a décidé de travailler à partir d'une proposition du Rapporteur spécial, qui a été adoptée par la suite en tant que paragraphe 4 *bis*, tel que formulé dans le rapport à l'examen.

8. Le Comité de rédaction a noté que l'impossibilité d'invoquer l'exercice d'une fonction officielle comme moyen de défense au fond devant les tribunaux pénaux internationaux était un principe de droit international bien établi. Cette règle expressément consacrée par le Statut du Tribunal militaire international[355] (Statut du Tribunal de Nuremberg) apparaît dans un certain nombre d'instruments clefs ultérieurs, comme le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission en 1996[356]. Elle a été récemment confirmée au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. L'impossibilité d'invoquer l'exercice d'une fonction officielle comme moyen de défense au fond devant les tribunaux pénaux est également affirmée à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948. Des membres du Comité de rédaction avaient initialement estimé qu'une telle disposition était peut-être superflue car elle renvoyait à un principe du droit pénal international solidement établi. La majorité des membres ont toutefois estimé que l'absence d'une telle disposition risquait de créer une incohérence par rapport aux traités et instruments susmentionnés. Une disposition expresse était donc souhaitable.

9. En conséquence, aux fins du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, le paragraphe 4 *bis* doit être compris comme empêchant l'auteur présumé d'invoquer sa qualité officielle comme moyen de défense au fond pour s'exonérer de toute responsabilité pénale. Le paragraphe 4 *bis* n'a toutefois aucune incidence sur l'immunité de la juridiction pénale nationale ou étrangère dont peut bénéficier un représentant de l'État, qui demeure régie par le droit international conventionnel et le droit international coutumier. En outre, la décision d'inclure le paragraphe 4 *bis* est sans préjudice des travaux menés par la Commission sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

10. Ayant décidé de fonder ses travaux sur la proposition du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction s'est concentré sur la formulation du texte et l'endroit où il serait inséré. En ce qui concerne la formulation, il a examiné une suggestion tendant à signifier aussi expressément dans le texte qu'une fonction officielle ne constitue pas, en tant que telle, un motif de réduction de la peine encourue pour crime contre l'humanité. Il a décidé de ne pas introduire une telle disposition dans le texte, car la question est traitée de manière adéquate au paragraphe 6 du même projet d'article. Ledit paragraphe dispose que

[*] Reprise des débats de la 3366e séance.

[355] Le Statut du Tribunal militaire international est annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, de 1945.

[356] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

l'État est tenu, en toutes circonstances, de veiller à ce que les crimes contre l'humanité soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité. Ce libellé devrait être compris comme empêchant un auteur présumé d'invoquer sa qualité officielle pour obtenir l'allégement de sa peine.

11. Le Comité de rédaction a également examiné plusieurs suggestions tendant à placer la disposition à un autre endroit du texte, notamment plus haut dans le projet d'article 6, voire dans le paragraphe 1, ou à en faire un projet d'article à part entière qui serait placé plus haut ou plus bas dans le projet d'articles. En fin de compte, toutefois, le Comité s'est rangé à l'avis du Rapporteur spécial, qui a estimé préférable de placer cette disposition dans le projet d'article 6, comme suite logique au paragraphe 3, qui traite de la responsabilité du commandement, et au paragraphe 4, qui dispose que l'ordre d'un supérieur ne peut être invoqué comme moyen de défense. Le nouveau paragraphe 4 *bis* compléterait ainsi l'ensemble de dispositions relatives à la non-validité de certains moyens de défense.

12. Le fondement juridique de l'introduction de cette disposition, évoqué précédemment, ainsi que la question de la relation avec les travaux en cours de la Commission concernant l'immunité des représentants de l'État, seront traités dans le commentaire correspondant.

13. Les projets de commentaire portant sur les projets d'article adoptés au début du mois de juin 2017 étant en cours de traduction, le Comité de rédaction n'a pas proposé de nouvelle numérotation du nouveau paragraphe et des paragraphes suivants du projet d'article 6. Si la Commission décide d'adopter la recommandation du Comité de rédaction concernant l'introduction du paragraphe 4 *bis* dans le projet d'article 6, le Secrétariat procédera aux ajustements nécessaires dans le rapport final de la Commission, notamment à la renumérotation des paragraphes du projet d'article et aux modifications correspondantes dans les commentaires.

14. M. Rajput espère que la plénière sera en mesure d'adopter le projet de paragraphe 4 *bis* du projet d'article 6 tel que présenté.

15. M. JALLOH dit qu'il a été membre du Comité de rédaction sur les crimes contre l'humanité et que le Comité a tenu plusieurs discussions formelles et informelles intéressantes en vue de déterminer si la Commission devait prendre position sur la question de l'immunité ou se prononcer en faveur de l'introduction d'une clause relative au défaut de pertinence de la qualité officielle. M. Jalloh n'a pas souhaité faire obstacle à un consensus du Comité de rédaction mais il nourrit de sérieuses réserves à l'égard de la décision prise par le Comité dans son ensemble de rédiger un projet d'article uniquement consacré au défaut de pertinence de la qualité officielle. Ces réserves portent sur deux points clefs. Premièrement, le projet de la Commission concernant les crimes contre l'humanité a pour point de départ l'argument selon lequel la Commission contribuerait à combler une importante lacune du droit pénal international, sachant que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, de 1949, traitent l'une des crimes de génocide et les autres des crimes de guerre. La Commission s'est largement appuyée sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale aux fins du projet, allant jusqu'à reprendre mot pour mot la définition des crimes contre l'humanité énoncée à l'article 7 du Statut, largement considérée comme plus étroite que la définition existant dans le droit international coutumier. M. Jalloh a alors craint qu'en ne prenant pas sur la question de l'immunité une position qui corresponde à celle exprimée à l'article 27 du Statut de Rome, qui traite à la fois du défaut de pertinence de la qualité officielle et des immunités pénales substantielles, la Commission soumette à l'examen des États un projet de texte qui ne complète pas cet instrument dans la mesure voulue. Deuxièmement, il a été avancé de manière convaincante que, même si la clause de l'article 27 du Statut de Rome qui prévoit la levée des immunités, ce qui vaut pour les 124 États parties, s'applique verticalement entre les systèmes nationaux et la Cour pénale internationale, la Commission devrait prendre en considération le fait que la levée des immunités a été acceptée par les États concernés. Dans une décision récente concernant la non-arrestation par l'Afrique du Sud du Président soudanais M. Al Bashir, qui serait en fuite, la chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a laissé entendre que l'article 27 aurait des implications pour les États parties au niveau horizontal, c'est-à-dire les uns vis-à-vis des autres. À cet égard, il est clair qu'au moins les États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont disposés à suspendre ou à lever l'immunité de leurs représentants pour les crimes les plus graves, dont les crimes contre l'humanité. S'il est vrai que cela s'applique aux procédures devant la Cour elle-même, cela a aussi des conséquences au niveau horizontal puisque, en principe, dans le cadre de leur obligation d'enquêter sur de telles infractions et de poursuivre leurs auteurs, les autres États parties peuvent également enquêter sur des crimes contre l'humanité dans d'autres États parties, quel que soit le lieu où l'infraction a été commise et quel qu'en soit l'auteur. M. Jalloh craint que la position adoptée par le Comité de rédaction ne sape le régime établi par la Cour pénale internationale, qui présuppose que, au niveau national, les États prennent des mesures pour engager des poursuites, et que ce n'est que lorsqu'ils n'ont pas la volonté ou sont dans l'incapacité de le faire, aux termes de l'article 17 du Statut de Rome, que la compétence de la Cour prend effet. Si cela est avéré − et la pratique montre que l'État de nationalité du suspect répugne généralement à poursuivre ses propres représentants lorsqu'ils ont fomenté ou commis des crimes contre l'humanité − alors la question de l'immunité, au-delà du défaut de pertinence de la qualité officielle, est fort pertinente pour ce qui est de la conduite effective d'enquêtes ou de l'engagement de poursuites au niveau national. En tout état de cause, même indépendamment des arguments concernant la nécessité de compléter au mieux le système du Statut de Rome au niveau des poursuites *inter partes*, la Commission tient une occasion unique de recommander aux États d'adopter une exception empêchant l'immunité pour les crimes contre l'humanité qui, compte tenu de leur gravité, devraient pouvoir être jugés par des tribunaux nationaux, qu'ils aient été commis par un représentant de l'État ou non. Qu'elle ait choisi de ne pas le faire dans son actuel projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, y compris au titre du développement progressif du droit pénal international, est extrêmement regrettable.

16. M. PETER remercie le Rapporteur spécial de ne s'être pas opposé à l'introduction d'une disposition sur la non-pertinence de la qualité officielle des personnes accusées de crimes contre l'humanité, que lui-même a approuvée. Lui-même avait évoqué la possibilité d'introduire une disposition de cette importance sous la forme d'un projet d'article distinct, bien visible, afin d'assurer la conformité avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que l'ensemble du projet est supposé soutenir. Il est préoccupé par le caractère vague du libellé du paragraphe indiquant que tout État prend « les mesures nécessaires » pour donner effet à la disposition, qui laisse trop de latitude aux États dans l'interprétation. Il préférerait un libellé indiquant que tout État devrait veiller à la mise en œuvre de la disposition. Le Rapporteur spécial a répondu que de telles dispositions étaient généralement formulées de cette manière, mais M. Peter trouve l'argument peu convaincant, car rien n'empêche la Commission de rédiger une disposition de manière différente si elle l'indique clairement. Même s'il préférerait que ces considérations soient prises en compte, il ne s'opposera pas à l'adoption par la Commission du libellé proposé.

17. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'elle s'aligne sur le consensus du Comité de rédaction et souhaite simplement qu'il soit noté que la décision du Comité de ne pas introduire de clause relative à l'immunité dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne préjuge en rien de la position de la Commission dans d'autres projets en cours, en particulier celui sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, dont le projet d'article 7 − également adopté par le Comité de rédaction − fait des crimes contre l'humanité une des exceptions à l'application de l'immunité *ratione materiae*.

18. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 4 *bis* du projet d'article 6.

Il en est ainsi décidé.

19. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur les crimes contre l'humanité publié sous la cote A/CN.4/L.892/Add.1.

Il en est ainsi décidé.

20. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial élaborera des commentaires qui figureront dans le rapport de la Commission sur sa soixante-neuvième session.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

21. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre les discussions sur le premier rapport du Rapporteur spécial concernant le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État », publié sous la cote A/CN.4/708.

22. M^me^ LEHTO dit que la Commission a déjà mené des travaux approfondis sur la succession d'États comme sur la responsabilité de l'État. Le sujet à l'examen est également lié à d'autres sujets sur lesquels la Commission s'est penchée, comme la protection diplomatique et les déclarations unilatérales. Le Rapporteur spécial pourrait donc s'appuyer sur les travaux précédents de la Commission, ce qui, comme il l'a souligné, s'est déjà avéré être pour la Commission un bon moyen de progresser dans ses travaux sur d'autres sujets.

23. La Commission s'est, par le passé, montrée peu intéressée par la question de la responsabilité de l'État dans le contexte de la succession d'États. Les questions de responsabilité internationale étaient expressément exclues du champ d'application de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978), et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) contient une clause générale de sauvegarde qui va dans le même sens. Il est notoire que les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[357] n'ont pas réglé la question de savoir s'il peut y avoir succession à la responsabilité.

24. La position prise dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 est compréhensible car, à l'époque de l'adoption de ces deux instruments, les travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État étaient en cours et loin d'être achevés. Les observations faites en 1998 par le dernier Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité de l'État, M. Crawford, lorsqu'il a refusé d'admettre la possibilité de la succession à la responsabilité, ainsi que les observations formulées en 2001 dans le commentaire pertinent, indiquant que la question était peu claire, pourraient néanmoins être interprétées comme la manifestation d'une certaine ouverture, voire de la reconnaissance de la complexité de la question.

25. La plupart des articles de doctrine continuent sans aucun doute d'appuyer la théorie traditionnelle de la non-succession, mais la question de la succession en lien avec les questions de responsabilité a suscité un certain intérêt chez les universitaires et a fait l'objet d'études. Le Rapporteur spécial et d'autres membres ont indiqué que l'Association de droit international et l'Institut de droit international avaient récemment étudié les liens entre la succession d'États et la responsabilité de l'État. On est encore loin d'avoir épuisé la question, toutefois, et les futurs travaux de la Commission sur le sujet pourraient très certainement apporter une contribution utile au droit de la succession d'États.

26. D'aucuns ont exprimé des préoccupations quant à la portée potentielle du sujet. Toutefois, les ambitions annoncées du Rapporteur spécial semblent parfaitement adéquates compte tenu du caractère novateur de certaines des questions. La nature subsidiaire des règles qu'il prévoit de proposer et le fait qu'il mette l'accent sur les accords entre les États concernés peuvent également être

[357] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite 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. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

considérés comme le signe que des enseignements ont été tirés concernant le rôle des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 pendant la dernière vague de succession d'États, en Europe centrale et orientale.

27. Les deux Conventions n'étaient pas largement ratifiées à l'époque − elles ne le sont toujours pas. En particulier, la Convention de 1978 n'était pas reconnue comme représentant le droit existant dans le domaine de la succession d'États. Dans le contexte de l'unification allemande, par exemple, ses dispositions avaient été jugées impossibles à appliquer et on avait eu recours à des concepts et des principes plus anciens. Par la suite, dans sa résolution sur les aspects du droit de la succession d'États[358], l'Association de droit international a aussi souligné que la classification des différents types de succession d'États adoptée dans les deux Conventions ne correspondait pas totalement à la pratique internationale.

28. Faute de codification faisant davantage autorité, néanmoins, les dispositions des Conventions ont été largement utilisées comme des directives pratiques par les États connaissant des transformations politiques ou territoriales dans les années 1990. On pensera par exemple aux recommandations formulées par la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie (Commission Badinter) à l'intention des États successeurs de l'ex-Yougoslavie, les engageant à régler tous les aspects de la succession par voie d'accord, tout en s'inspirant des règles des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983[359].

29. Dans la pratique, la plupart des questions liées à cette vague de succession d'États semblent avoir été résolues par voie de négociation entre les États concernés. Dans cet esprit, le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 86 de son rapport que les règles à codifier devraient constituer un « modèle utile » qui pourrait être utilisé, voire modifié par les États concernés, et qui pourrait servir de règle par défaut si les États ne pouvaient parvenir à un accord.

30. Au chapitre II, section A, de son rapport, le Rapporteur spécial examine la question de savoir s'il existe un principe général régissant la succession en matière de responsabilité de l'État. Sa réponse est apparemment que la succession est possible dans certains cas et que la théorie de la non-succession n'est plus la règle absolue. L'Institut de droit international est arrivé à la même conclusion. La question de savoir dans quels cas la succession est possible sera le sujet du deuxième rapport du Rapporteur spécial, qui traitera de la question sous l'angle du transfert d'obligations, en 2018, et de son troisième rapport, qui sera consacré au transfert de droits, en 2019. Le plan d'étude de l'année précédente présente trois hypothèses qui ne répondent pas directement à la question mais offrent quelques pistes.

31. Premièrement, il est indiqué dans le plan d'étude que « l'État continuateur succède en principe non seulement aux obligations primaires de l'État prédécesseur, mais aussi à ses obligations secondaires (responsabilité)[360] ». Cette hypothèse ne semble pas poser de problème car, dans les cas de continuité, il n'y a pas de changement de souveraineté. Deuxièmement, il est précisé qu'« un État nouvellement indépendant bénéficie du principe de la table rase […] mais peut s'il le souhaite accepter la succession de la responsabilité internationale[361] ». Ce principe est conforme à la Convention de Vienne de 1978 et aux travaux précédents de la Commission sur la succession en matière de traités. Ces deux affirmations ne prêtent pas à controverse sur le fond. Il est ajouté dans le plan d'étude qu'« en cas de séparation (sécession), l'État successeur ou les États successeurs peuvent, dans certaines circonstances, succéder à la responsabilité du prédécesseur[362] ». À en juger par cette affirmation, il est évident que le Rapporteur spécial ne propose pas de remplacer la règle de la non-succession par une règle de succession automatique.

32. Les principaux arguments avancés, du point de vue stratégique, en faveur de la possibilité de la succession en matière de droits et d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite et contre une règle générale de non-succession sont principalement liés à la nécessité d'assurer la stabilité des relations juridiques internationales et de protéger les intérêts des États lésés. Ils sont également liés à la réparation des préjudices subis par des groupes ou des individus du fait de violations des droits de l'homme. Dans les deux cas, la remarque de l'Institut de droit international semble pertinente : la règle de la non-succession en tant que « règle de la table rase » applicable à tous les cas de succession d'États dans le domaine de la responsabilité internationale signifierait que les conséquences des actes illicites seraient tout simplement effacées.

33. Au chapitre II, section B, de son rapport, le Rapporteur spécial évoque à la fois des cas anciens et des cas nouveaux de succession d'États, mais il montre clairement que ce sont les événements des vingt dernières années qui constituent le point de référence essentiel. L'évolution est donc plutôt récente et la pratique n'est pas très abondante. Comme M. Nguyen l'a souligné, la pratique pertinente citée dans le rapport est pour l'essentiel liée à des affaires de succession survenues en Europe centrale et orientale dans les années 1990. Ces affaires, comme l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* et les deux affaires relatives à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* examinées par la Cour internationale de Justice ne sont pas, toutefois, sans intérêt pour le sujet à l'examen.

34. Mme Lehto partage l'avis du Rapporteur spécial quand il conclut, au paragraphe 64 de son rapport, qu'il faut distinguer entre, d'une part, les cas de dissolution et d'unification, dans lesquels l'État d'origine disparaît, et, d'autre part, les cas de sécession, dans lesquels il y a un État continuateur. En 2008, l'Association de droit international a souligné que l'existence ou non d'un État continuateur était une question clef.

35. Au sujet de l'applicabilité des règles des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, Mme Letho souscrit à la démarche systémique proposée par le Rapporteur

[358] Association de droit international, *Report of the Seventy-third Conference held in Rio de Janeiro, Brazil, 17-21 August 2008*, Londres, 2008, résolution no 3/2008, p. 45 et suiv.

[359] Voir l'avis no 9 de la Commission Badinter, du 4 juillet 1992, *Revue générale de droit international public*, vol. 97, p. 591 à 593, à la page 593, par. 4.

[360] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), annexe II, p. 257, par. 5.

[361] Idem.

[362] Idem.

spécial au paragraphe 68 du rapport. En particulier, elle juge logique de reprendre les définitions pertinentes des deux Conventions, comme cela a été fait dans le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[363] adopté par la Commission en 1999. Elle juge également important de traiter certaines questions de délimitation, comme cela a été fait, par exemple, au paragraphe 73 du rapport à propos de la distinction entre l'applicabilité des règles relatives à la succession d'États en matière de traités et l'applicabilité de celles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité pour fait internationalement illicite, et aux paragraphes 79 et 80, à propos des cas dans lesquels les règles relatives à la succession d'États en matière de dettes d'État s'appliquent et ceux dans lesquels il faudrait appliquer les règles relevant du présent sujet.

36. M[me] Lehto rejoint, de manière générale, le Rapporteur spécial lorsqu'il estime, au paragraphe 72, que la notion de succession d'États universelle n'est pas pertinente et qu'il est préférable d'examiner séparément les différentes relations juridiques sur lesquelles le changement de souveraineté a un effet.

37. M[me] Lehto estime que le projet d'article premier gagnerait à être plus clair. Comme M. Murase, elle pense que la portée devrait se limiter à la succession aux obligations ou droits découlant de faits internationalement illicites. Comme l'a souligné l'Institut de droit international, la question n'est pas de savoir s'il y a succession d'États en matière de responsabilité en soi, mais plutôt de déterminer s'il y a succession aux droits et obligations découlant de faits internationalement illicites commis ou subis par l'État prédécesseur.

38. En ce qui concerne le projet d'article 2, M[me] Lehto est favorable à l'utilisation des définitions des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 mais, comme M. Murphy, elle s'interroge sur la nécessité de définir la responsabilité internationale. Des références appropriées aux règles générales codifiées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite pourraient figurer dans le commentaire.

39. S'agissant du projet d'article 3, la signification des termes « [t]out accord autre », au paragraphe 3, n'est pas très claire. En outre, la question de savoir si les références au droit des traités, aux paragraphes 3 et 4, sont nécessaires ou si elles pourraient figurer dans le commentaire n'a pas été tranchée. M. Murphy a fait des propositions rédactionnelles intéressantes à cet égard.

40. En ce qui concerne le projet d'article 4, il faudrait veiller à ce que le paragraphe 2 soit en accord avec les travaux de la Commission sur les déclarations unilatérales.

41. M[me] Lehto approuve le programme de travail futur sur le sujet tel que proposé par le Rapporteur spécial. Elle convient toutefois avec M. Hassouna qu'il pourrait être nécessaire de revenir sur la forme finale des travaux à la lumière du contenu du projet d'articles proposé.

42. M[me] Lehto se dit favorable au renvoi du projet d'articles au Comité de rédaction. Notant que certains de ses collègues ont estimé que les projets d'articles 3 et 4 devraient rester à l'examen à ce stade, elle dit qu'elle préférerait que le Rapporteur spécial explique pourquoi il pense que ces projets d'article devraient être considérés comme des dispositions autonomes. Il appartiendrait alors au Comité de rédaction de décider de poursuivre ou non leur examen en 2018.

43. M. PARK remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui devrait être lu conjointement avec le plan d'étude du sujet. Il estime lui aussi que la portée du sujet devrait se limiter au transfert des droits et des obligations découlant de faits internationalement illicites et exclure les questions de responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités n'étant pas interdites par le droit international ainsi que la question de la succession en matière de responsabilité des organisations internationales.

44. En ce qui concerne la responsabilité (*liability*) internationale, si l'on envisage la question uniquement du point de vue des conséquences découlant d'un fait – à savoir l'obligation de réparer –, il n'est pas nécessaire de distinguer la responsabilité (*responsibility*) pour fait illicite de la responsabilité (*liability*) qu'elle entraîne, car les conséquences découlant de l'une et de l'autre ne sont pas nécessairement différentes. Il y a, en revanche, des différences théoriques et pratiques considérables entre les deux, et l'élargissement de la portée du sujet aux conséquences de la responsabilité (*liability*) compliquerait certainement la tâche de la Commission.

45. S'agissant de la question de la succession en matière de responsabilité des organisations internationales, il faut garder à l'esprit qu'une organisation internationale pourrait avoir le droit de demander réparation à un État qui aurait commis un fait internationalement illicite à son encontre. En outre, il y a des situations dans lesquelles les actes d'une organisation internationale vis-à-vis d'un tiers engagent la responsabilité d'un État membre. Ces questions devraient être prises en considération dans les débats de la Commission sur le sujet.

46. L'examen de la portée du sujet amène également à se poser la question de la forme exacte des obligations et des droits qui pourraient être transférés en cas de succession. L'article 34 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dispose que la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. Dans son premier rapport, toutefois, le Rapporteur spécial a mis essentiellement l'accent sur l'indemnisation, à savoir la protection des dettes et des droits acquis, qui pourrait relever de la Convention de Vienne de 1983. Il ne dit pas clairement si les autres formes de réparation, à savoir la restitution et la satisfaction, pourraient être transférées. Par conséquent, pendant son examen du sujet, la Commission devrait mettre plus précisément l'accent sur les formes que prennent les droits et obligations des États découlant de la responsabilité internationale.

[363] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États 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. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

47. Cette question comprend deux volets. Le premier est le transfert à l'État successeur de l'obligation de l'État prédécesseur de mettre fin au fait en question, d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées et d'apporter une réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le deuxième est le transfert à l'État successeur du droit de demander réparation pour ce préjudice. Se pose aussi la question de savoir si l'État successeur est en droit de prendre des contremesures, qu'en application de l'article 49 des articles sur la responsabilité de l'État un État lésé peut prendre uniquement à l'encontre d'un État qui est responsable d'un fait internationalement illicite.

48. Afin d'orienter les travaux de la Commission sur le sujet, il est nécessaire d'établir que les règles qu'elle codifie sont subsidiaires. M. Park préférerait que cela soit clairement énoncé dans une clause distincte ou dans un projet d'article.

49. À ce stade de ses travaux, la principale question que la Commission doit régler est celle de savoir s'il existe ou non des règles générales sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État qui s'appliquent à différents types de succession d'États, notamment ceux dans lesquels un État prédécesseur continue d'exister ou, au contraire, cesse d'exister, ou ceux dans lesquels plusieurs États succèdent à un même État prédécesseur.

50. De l'avis de M. Park, deux options opposées s'offrent à la Commission. La première est d'adhérer à la règle traditionnelle, selon laquelle un État successeur ne succède pas à la responsabilité d'un fait internationalement illicite commis par un État prédécesseur, puis de tenter de définir les exceptions à cette règle. Dans cette option, le point de départ serait l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État, qui dispose que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale. La deuxième option est de s'écarter de la règle traditionnelle de la non-succession et de chercher à déterminer s'il existe des règles générales dans le sens d'une succession d'États en matière de responsabilité de l'État applicables à chaque type de succession d'États.

51. Le Rapporteur spécial semble suggérer que la théorie traditionnelle de la non-succession a évolué et est devenue plus nuancée dans certains cas contemporains. M. Park juge prématuré que la Commission choisisse la succession automatique en matière de responsabilité ou la non-succession comme hypothèse de départ pour ses débats.

52. Cela dit, M. Park a des réserves au sujet de la deuxième option, et ce pour deux raisons. Premièrement, il n'existe pas en droit international coutumier de transfert automatique à un État successeur des obligations découlant des faits illicites commis par un État prédécesseur. Le droit international coutumier sur le sujet n'est pas encore bien développé, ce que le Rapporteur spécial reconnaît au paragraphe 85 de son rapport, où il souligne que toutes les normes coutumières générales du droit international ne se cristallisent et ne s'établissent que lentement dans ce domaine. Toutefois, la raison n'est pas le manque de pratique étatique dans son ensemble, mais la diversité de cette pratique, qui est le reflet des particularités des différents contextes de la succession d'États.

53. Deuxièmement, il est impossible de définir avec précision la démarche adoptée dans la pratique judiciaire pertinente. À la différence des décisions rendues dans deux affaires célèbres, à savoir *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain* et *F.H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)*, la décision rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)* est considérée par certains comme favorable à la succession en matière de responsabilité dans certaines circonstances. De plus, dans les affaires relatives au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* et à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour internationale de Justice a examiné la possibilité du transfert, à la succession, des obligations et droits découlant de la responsabilité de l'État. Cela étant, on ne saurait dire d'aucune de ces deux affaires qu'elle a clairement défini la succession en matière de responsabilité de l'État. Au paragraphe 50 de son rapport, au sujet de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, le Rapporteur spécial conclut que la Cour semble avoir reconnu la succession quant aux obligations secondaires (responsabilité) et aux droits secondaires découlant de faits illicites. M. Park estime, lui, que la Cour n'a pas clairement reconnu les obligations de la Slovaquie résultant du transfert d'obligations secondaires découlant de la responsabilité de la Tchécoslovaquie, mais qu'elle a au contraire pris note des effets de l'accord spécial conclu entre les parties concernant les droits et les obligations liés à l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

54. La catégorisation de la succession d'États n'est pas chose facile, et il convient de prêter toute l'attention nécessaire à la question avant de définir l'approche générale du sujet. Dans plusieurs passages de son rapport, le Rapporteur spécial traite l'unification comme une catégorie de la succession d'États. Les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 emploient, dans leur version anglaise, le terme *uniting of States*, tandis que dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États la catégorie en question a été rebaptisée *unification of States*. La résolution de 2015 de l'Institut de droit international sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, de son côté, fait référence aux catégories « fusion d'États » et « incorporation d'un État dans un autre État préexistant » plutôt qu'à la catégorie « unification d'États »[364].

55. L'incorporation d'un État dans un autre État préexistant s'applique à l'unification de l'Allemagne, dans le cadre de laquelle la personnalité juridique de la République fédérale d'Allemagne a été maintenue tandis que celle de la République démocratique allemande s'est éteinte. Dans de tels cas, la responsabilité de l'État dissous et celle de l'État restant, qui devient l'État successeur, doivent être traitées différemment. En revanche, la fusion d'États − illustrée par l'exemple du Yémen en 1990 −, qui entraîne la disparition des deux États prédécesseurs et l'établissement de la nouvelle personnalité juridique de l'État successeur, doit être traitée

[364] Voir les articles 13 et 14 de la résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703 à 711. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

différemment de l'incorporation d'un État dans un autre État préexistant. Ces deux types d'unification devraient être analysés séparément.

56. Le calendrier proposé pour le programme de travail futur sur le sujet semble réaliste. Il faudrait particulièrement prêter attention, eu égard à la réalité comme à la théorie, à deux questions, à savoir, d'une part, la mesure dans laquelle le passage du temps a un effet sur les requêtes soumises par un État successeur dans lesquelles cet État invoque des droits qui lui ont été transférés par l'État prédécesseur et, d'autre part, les moyens dont dispose un État successeur pour mettre en œuvre des mesures de réparation d'un préjudice causé par son prédécesseur. Il conviendra, dans le cadre de l'examen de ces questions, de distinguer le transfert d'obligations relatives à l'indemnisation de la succession en matière de dettes.

57. Sir Michael WOOD dit que ses observations sur le premier rapport du Rapporteur spécial seront de nature préliminaire. Pour pouvoir préciser sa position, il doit étudier de manière plus approfondie qu'il n'a pu le faire jusqu'à présent la pratique étatique et la jurisprudence mentionnées dans le rapport, ainsi que la doctrine. Si le premier rapport du Rapporteur spécial cite quelques éléments utiles de pratique, de jurisprudence et de doctrine, la Commission n'est pas encore en possession d'une liste détaillée ou exhaustive des éléments à prendre en considération ; or il importe de satisfaire à cette condition préalable pour progresser sur un nouveau sujet. Comme le Rapporteur spécial l'a dit lui-même en présentant son rapport, le chapitre II contient uniquement « une étude préliminaire de la pratique des États relative au sujet à l'examen, notamment certaines décisions de justice » et porte principalement sur des « cas de succession intervenus à l'issue du processus de décolonisation, principalement en Europe centrale et orientale »[365]. M. Reinisch a soulevé plusieurs questions judicieuses concernant les conclusions que le Rapporteur spécial tente d'établir dans son premier rapport à partir des éléments cités, en particulier les cas concrets.

58. Il serait donc intéressant de savoir ce que le Rapporteur spécial compte faire pour obtenir les éléments nécessaires. Par exemple, entend-il proposer que la Commission demande aux États de rendre compte de leur pratique et de leur jurisprudence en la matière, suffisamment tôt pour qu'il puisse en tenir compte dans son deuxième rapport ? Cela s'inscrirait dans la pratique habituelle de la Commission au début de l'examen d'un sujet. Le Rapporteur spécial s'est-il demandé s'il y avait une quelconque question qu'il pourrait utilement soumettre au Secrétariat pour étude ? Comment prévoit-il de communiquer les éléments d'information obtenus à la Commission ? Prévoit-il de les faire figurer dans son deuxième rapport ou de les rendre autrement accessibles ?

59. Sir Michael Wood aimerait aussi connaître l'avis du Rapporteur spécial à propos des travaux récents de l'Institut de droit international sur le sujet, qui ont abouti à l'adoption d'une résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, à la session tenue à Tallinn en 2015.

[365] Voir *supra* la 3374e séance, par. 48.

60. Les travaux préparatoires de la résolution de Tallin donnent malheureusement peu d'indications quant aux éléments sur lesquels l'Institut de droit international a fait fond, même si un certain nombre d'auteurs y sont mentionnés. La résolution semble s'appuyer sur une théorie plutôt que sur la pratique. Dans son préambule, il est écrit, en des termes quelque peu obscurs, que l'Institut de droit international a présent à l'esprit que « les cas de succession d'États ne doivent pas constituer une raison pour ne pas mettre en œuvre les conséquences qui découlent d'un fait internationalement illicite ». Cette idée semble formulée de manière plus directe au paragraphe 53 du rapport final de M. Kohen :

> […] le présent rapport poursuit un objectif fondamental, qui est d'empêcher que les situations de succession d'États ne permettent d'éviter les conséquences découlant d'un fait internationalement illicite, en particulier en conduisant à l'extinction ou à la disparition de l'obligation de réparer, du simple fait de la succession d'États. Par définition, cet objectif écarte la perception doctrinale et la vieille perception jurisprudentielle selon lesquelles la non-succession est la règle générale[366].

61. Que cette thèse soit fondée ou non, elle reste une thèse. La Commission débattra certainement de ces questions dans le cadre de l'examen du sujet. Cependant, puisqu'il s'agit d'une thèse, la Commission doit avant tout connaître la position des États.

62. Au cours des débats, d'autres membres ont soulevé quelques questions très pertinentes, qui devraient faire l'objet d'un examen approfondi. Le projet représentera-t-il un exercice de codification ? Sera-t-il réalisable compte tenu des éléments de pratique disponibles ? Ou la Commission est-elle censée proposer une nouvelle règle juridique aux États ?

63. Assurément, le sujet est complexe et controversé. Il est complexe parce qu'il est à la croisée de deux branches compliquées du droit international : la responsabilité et la succession. Il est controversé parce qu'il porte sur une question qui se pose rarement − généralement dans des situations tout à fait exceptionnelles, et souvent de grande tension − et que la pratique susceptible de guider les États n'est guère abondante. De fait, peut-être la succession aux droits et obligations découlant de la responsabilité de l'État n'est-elle régie par aucune règle de droit international. Si tel est le cas − et à l'instar de l'Institut de droit international − la Commission pourrait estimer qu'elle doit proposer de telles règles, simplement pour des raisons de principe et de bon sens. Il est donc d'autant plus justifié de chercher à connaître très tôt les vues des États.

64. Il s'avérera peut-être que les États tranchent la question au cas par cas ou qu'ils préfèrent ne pas la trancher du tout. Dans ce cas, la Commission voudra peut-être conclure qu'il n'existe aucune règle de succession et que les États sont satisfaits de la situation. Il semble que ce point de vue était encore très largement partagé récemment. Il est difficile de croire que le changement net et radical que le Rapporteur spécial évoque dans son rapport ait bien eu lieu. De toute évidence, le revirement qu'aurait eu M. Crawford entre 1998 et 2001 ne semble guère déterminant. Ce qui importe véritablement, c'est ce que révèle la pratique des

[366] M. Kohen, « La succession d'États en matière de responsabilité internationale », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 509 et suiv., à la page 534.

États. Dans la mesure où des pratiques existent dans des régions autres que l'Europe, elles doivent être étudiées, pour autant que l'objectif poursuivi soit la codification du droit international coutumier existant, ce que le rapport tend à suggérer. Comme M. Nguyen l'a dit la semaine précédente, le Rapporteur spécial semble avoir porté plus d'attention aux vues des auteurs et des publicistes sur les questions relatives à la succession d'États qu'à la pratique effective des États en la matière.

65. Sir Michael Wood souscrit à une grande partie de ce qui est dit dans le rapport. En ce qui concerne la portée des travaux sur le sujet, il convient avec le Rapporteur spécial que la question de la succession en matière de responsabilité pour acte licite ne devrait pas être examinée et qu'elle pourrait être abordée dans les commentaires. La question de la succession en matière de responsabilité des organisations internationales ne devrait pas non plus être couverte. Sir Michael Wood convient en outre qu'un projet d'articles semble être la forme appropriée à donner aux résultats des travaux de la Commission sur le sujet.

66. Dans son rapport, le Rapporteur spécial traite assez longuement des accords concernant la succession d'États, y compris des accords de dévolution et des déclarations unilatérales de succession. Sir Michael Wood tend à penser, comme d'autres intervenants, que ce n'est pas le meilleur angle pour entamer l'examen du sujet et que la Commission devrait plutôt commencer par se demander quelle est la règle générale : la succession ou la non-succession ? En tout état de cause, comme il ressort du rapport et des projets d'articles 3 et 4, il s'agit d'une question particulièrement complexe, dans le cadre d'un sujet qui ne l'est pas moins. C'est pourquoi il serait préférable que les projets d'articles 3 et 4 soient laissés en suspens pour l'instant. Comme d'autres membres l'ont déjà dit, la Commission doit traiter très tôt la question centrale, celle de savoir quelle règle générale, s'il en existe, s'applique à la succession aux droits et obligations découlant de la responsabilité de l'État. Nul doute que le Rapporteur spécial examinera cette question capitale dans son deuxième rapport.

67. Le Rapporteur spécial semble accorder de l'importance à l'affirmation faite par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2015 en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, à savoir que les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce sont du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État, invoquées dans un arrêt précédent (par. 115). Autrement dit, la Cour internationale de Justice a estimé que les règles en question étaient des règles de droit international général auxquelles elle pouvait se référer pour déterminer si un État avait manqué aux obligations que lui imposait la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et qu'elles étaient donc pertinentes pour l'exercice de sa compétence au titre de l'article IX de cet instrument. Ayant conclu que la Croatie n'avait pas établi l'intention de génocide, la Cour internationale de Justice n'a pas eu besoin de déterminer si la Serbie avait effectivement succédé à la République fédérative socialiste de Yougoslavie en matière de responsabilité pour les actes qui auraient été commis avant 1992. Cette affaire donne à penser que des règles s'appliquent à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, mais elle ne renseigne en rien sur leur teneur.

68. Sir Michael Wood se félicite que le Rapporteur spécial prévoie de reprendre la terminologie que la Commission a utilisée dans ses travaux sur des sujets connexes. Il est particulièrement nécessaire de préciser que le sujet porte sur la responsabilité pour fait internationalement illicite, et non sur la responsabilité délictuelle.

69. Une question importante, qui dépasse peut-être la sphère de la terminologie, est que, comme d'aucuns l'ont suggéré, le sujet n'est pas la succession en matière de responsabilité de l'État en tant que telle, mais plutôt la succession aux droits et obligations découlant de la responsabilité de l'État. Cette distinction, qui a été faite par l'Institut de droit international, est très subtile, et ne transparaît pas dans l'intitulé du sujet que la Commission a retenu. La Commission devrait peut-être envisager de modifier cet intitulé, l'expression « en matière de » n'étant pas tout à fait claire. En tout état de cause, Sir Michael Wood convient avec d'autres membres de la Commission que le projet d'article premier peut et doit être plus précis sur ce point.

70. En revanche, Sir Michael Wood ne pense pas, comme M. Murase, que la Commission devrait examiner la succession de gouvernements, car un tel exercice n'aurait aucun fondement en droit international et compromettrait la cohérence dont fait preuve la Commission dans son traitement des questions de succession.

71. Comme M. Murphy, Sir Michael Wood n'est pas sûr qu'il soit nécessaire de définir la responsabilité internationale dans le projet d'articles, et il ne trouve pas que la définition proposée par le Rapporteur spécial soit d'un grand secours.

72. Sir Michael Wood n'est pas convaincu que les projets d'article proposés dans le rapport, notamment les projets d'articles 3 et 4, doivent être renvoyés au Comité de rédaction avant que la Commission ait eu le temps d'examiner les éléments qu'il a évoqués au début de son intervention.

73. M. TLADI dit qu'il approuve l'inscription du sujet au programme de travail, mais qu'il pense comme M. Reinisch que la Commission a besoin d'une procédure plus transparente pour décider des sujets à examiner.

74. Ayant manqué de temps pour étudier le sujet en détail, M. Tladi formulera des observations qui ne pourront être que d'ordre préliminaire.

75. Tout premier rapport sur un sujet doit expliquer pourquoi le sujet est important. S'il est vrai que la Commission a laissé un vide entre les travaux sur la succession d'États qu'elle a menés dans les années 1970 et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qu'elle a adopté en 2001, on ne sait pas bien quelle en est l'ampleur ni comment la Commission entend le combler, étant donné la rareté de la pratique étatique dans ce domaine. Il est donc nécessaire de préciser si la Commission s'engage dans un exercice de codification ou bien de développement progressif du droit. À première vue, elle semble manquer d'éléments pour se livrer à un exercice de codification.

76. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'aborde pas la question de la responsabilité en cas de succession, mais il n'en est pas moins pertinent pour les travaux actuels de la Commission. Par exemple, selon le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 11, si un État successeur fait sien et maintient un comportement illicite, on peut en déduire que les dispositions de l'article susmentionné s'appliquent. Bien évidemment, l'État successeur serait alors responsable à raison de son propre comportement, ce qui est en accord avec la sentence rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, mentionnée par le Rapporteur spécial. Si le rapport donne à penser que la Grèce a été tenue responsable en tant qu'État successeur, il ressort clairement de l'extrait de la sentence citée au paragraphe 41 que la Grèce était responsable parce qu'elle avait fait sienne la conduite illégale de la Crète. De plus, le tribunal a estimé que la Grèce avait non seulement approuvé la violation du contrat de concession conclu entre l'Empire ottoman et une société française, mais aussi fait perdurer cette violation après son union avec la Crète. Des affaires comme celle-ci, où la responsabilité de l'État successeur est engagée du fait de son propre comportement, doivent être clairement distinguées de celles où cette responsabilité découle de la succession.

77. Bien qu'il ne soit pas très fréquent, la Commission devrait surtout porter son attention sur le type de cas décrit au paragraphe 80 du rapport, c'est-à-dire celui où le fait illicite s'est produit avant la date de la succession et où la responsabilité n'en est pas assumée par l'État successeur en application d'autres règles du droit international existantes.

78. En ce qui concerne l'approche que la Commission devrait adopter, M. Tladi tend à partager l'opinion des orateurs précédents sur les éléments présentés dans le rapport. Le Rapporteur spécial semble admettre que la règle traditionnelle du droit international − le principe de la table rase ou de la non-succession − s'applique à la succession en matière de responsabilité de l'État. Si tel est bien le cas, cela signifiera essentiellement que, si un projet d'article qui s'écarte de cette règle est proposé, il devra être étayé par des éléments de pratique clairs et sans équivoque. Si, en revanche, la Commission cherche à développer progressivement le droit de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, quelques éléments de pratique, même hétérogènes, et de bonnes raisons de principe suffiront.

79. Dans un souci de cohérence, il pourrait être judicieux de se demander si le principe fondamental de la non-succession, consacré par la Convention de Vienne de 1978 et la Convention de Vienne de 1983, ne devrait pas être adapté à la question de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État et pris pour acquis. Cependant, comme plusieurs auteurs l'ont fait observer, le fait que les deux Conventions appuient ce principe peut aussi amener à conclure que pour justifier tout écart à la règle il faudra présenter non seulement des éléments de pratique étatique clairs et sans équivoque, mais aussi des décisions de cours et de tribunaux internationaux.

80. À la lecture du premier rapport, il semble toutefois que le Rapporteur spécial compte partir de l'hypothèse selon laquelle la pratique et la doctrine vont bel et bien dans le sens d'une sorte de transition, du principe de non-succession vers une nouvelle position non définie, et que certaines décisions de justice pourraient légitimer cette transition.

81. Selon M. Tladi, la sentence rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* reconnaît la Grèce responsable à raison de ses propres actes, et non du fait d'un transfert d'obligations découlant de la succession d'États. Le passage de l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, auquel le Rapporteur spécial se réfère pour attester d'une certaine évolution, ne corrobore pas la thèse selon laquelle la succession en matière de responsabilité de l'État est effectivement considérée par le droit international général, puisque la Cour internationale de Justice semble être parvenue à sa conclusion concernant la succession d'États en l'espèce en se fondant sur l'accord spécial conclu entre les parties au différend, en vertu duquel la Slovaquie est le seul État successeur de la Tchécoslovaquie en ce qui concerne les droits et les obligations liés au projet Gabčíkovo-Nagymaros. De même, l'arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* ne saurait être pris pour la preuve indubitable d'un consentement à un écart par rapport au principe de non-succession, la Cour internationale de Justice n'ayant pas examiné la question de la succession dans sa décision.

82. M. Tladi est favorable au renvoi des projets d'articles 1er et 2 au Comité de rédaction. En revanche, il juge préférable de ne pas renvoyer les projets d'articles 3 et 4 tant que le Rapporteur spécial n'aura pas précisé quel est le point de départ de l'examen du sujet par la Commission. Il s'engage toutefois à ne pas compromettre un consensus sur la question.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*)

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique

83. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Gastorn, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) et l'invite à prendre la parole.

84. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que, à la cinquante-sixième session annuelle de l'AALCO, qui s'est tenue à Nairobi en mai 2017, les États membres ont salué l'immense contribution de la Commission à la codification et au développement progressif du droit international.

85. L'AALCO est une organisation intergouvernementale active dans le domaine du droit international, qui s'efforce de faire entendre les préoccupations juridiques de ses États membres d'Asie et d'Afrique. Elle compte actuellement 47 États membres et ses réunions accueillent également un certain nombre d'États

observateurs et d'organisations internationales. En tant qu'organe consultatif, l'AALCO joue un rôle essentiel dans la promotion de la coopération interrégionale et dans l'échange d'informations et de vues sur des questions liées au droit international. En tant que cadre de consultation juridique, elle a beaucoup contribué au renforcement de la solidarité entre ses États membres ainsi qu'à l'apparition et à la concrétisation d'un certain nombre de nouvelles idées et pratiques dans le domaine du droit international, qui reflètent les préoccupations particulières des pays en développement.

86. L'une de ses fonctions étant d'étudier les sujets examinés par la Commission, l'AALCO a pu nouer une relation étroite avec cette dernière. En raison de leur expérience et de leurs connaissances spécialisées, les membres de la Commission sont des participants dont la présence est extrêmement appréciée aux sessions annuelles de l'AALCO. Celle-ci fera donc de son mieux pour décider des dates de ses futures sessions en fonction de leurs disponibilités. La nécessité de renforcer la coopération et de resserrer les liens entre l'AALCO et la Commission a une nouvelle fois été soulignée à la session de Nairobi.

87. L'intervenant précise que les procès-verbaux qu'il a transmis aux membres de la Commission et qui rendent compte de la réunion spéciale d'une demi-journée consacrée pendant l'année à certains points de l'ordre du jour de la Commission n'ont pas encore été approuvés par les États membres de l'AALCO et ne sont donc que des textes provisoires.

88. À sa cinquante-sixième session annuelle, l'AALCO s'est intéressée à trois points inscrits à l'ordre du jour de la Commission, à savoir la protection de l'atmosphère, le *jus cogens* et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Toutefois, ses membres étaient libres de formuler des observations sur d'autres points.

89. De nombreuses délégations ont accueilli avec satisfaction les travaux du Rapporteur spécial sur la protection de l'atmosphère et le projet de directives sur cette question qu'elles jugeaient urgente pour la communauté internationale dans son ensemble. Plusieurs délégations ont appelé l'attention sur la relation entre ce sujet et d'autres domaines du droit international, tels que le droit commercial international, le droit de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Une délégation a fait observer que la décision du Rapporteur spécial d'enquêter sur la relation entre le droit de l'atmosphère et d'autres branches du droit international revêtait une importance particulière avec l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris, en novembre 2016. Une autre délégation a souligné que, dans la mesure où l'efficacité de la protection de l'atmosphère dépendait beaucoup des connaissances scientifiques, il fallait encourager la collaboration scientifique et la mise en place de dispositifs régionaux et internationaux pour aider les pays en développement à échanger des informations et à mener des activités conjointes de suivi. Quelques délégations ont considéré que la Commission devrait garder à l'esprit la situation particulière et les besoins réels des pays en développement pendant son examen du sujet. Une délégation a ajouté que cette façon de procéder serait en accord avec d'autres instruments internationaux tels que la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement[367] (Déclaration de Stockholm), de 1972, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[368], de 1992, et l'Accord de Paris. Il a aussi été constaté que le projet de directives satisfaisait fondamentalement aux conditions convenues en 2013[369] et rendait compte de manière objective des études menées sur le sujet. Certains ont exprimé l'espoir que la Commission réalise une étude exhaustive des pratiques internationales dans le cadre des mécanismes régionaux et continue de viser des progrès sur le sujet. Il a été avancé que la mission du Rapporteur spécial n'était ni de combler les lacunes du cadre juridique relatif à la protection de l'atmosphère ni de fournir une liste descriptive des principes du droit international de l'environnement et qu'en réalité le produit final des travaux de la Commission devait marquer un équilibre entre ces deux orientations.

90. En ce qui concernait le projet de directive 3, une délégation a reconnu l'importance de l'obligation de protéger l'atmosphère, à travers la prévention, la réduction ou la maîtrise effectives de la pollution et de la dégradation de l'air, et a souligné que l'obligation de réaliser des études d'impact environnemental devrait être inscrite dans les législations nationales, de manière à garantir que les activités se déroulant sous la juridiction des États soient conformes aux normes internationales. Une autre délégation s'est félicitée que la Commission se soit intéressée aux obligations de prévenir, de réduire ou de maîtriser la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale. Il a été dit que, puisque le préambule de l'Accord de Paris évoquait « un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière », la Commission devrait revoir le libellé du troisième paragraphe du préambule de son projet de directives.

91. De nombreuses délégations ont salué la qualité des travaux de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et la rigueur de l'analyse des limites et exceptions à cette forme d'immunité contenue dans son cinquième rapport sur le sujet (A/CN.4/701). Une délégation a estimé que l'immunité était de nature procédurale et faisait partie d'une catégorie de règles totalement distinctes des règles de fond qui déterminaient la licéité d'un acte. Certaines délégations ont argué que l'immunité de juridiction pénale étrangère dont les représentants de l'État bénéficiaient dans l'accomplissement d'actes officiels était une conséquence directe du principe de l'égalité souveraine de tous les États et était considérée par le droit international comme un moyen de protéger la souveraineté et de maintenir des relations internationales pacifiques. Une délégation a dit que, puisque le statut juridique d'un chef d'État était régi par le droit diplomatique, qui était une branche du droit international, et que le droit international reconnaissait le principe de l'égalité souveraine de tous les États, alors tous les chefs d'États souverains méritaient un traitement

---

[367] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. I, p. 3.

[368] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

[369] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168.

comparable sur le plan international. Parce qu'il était l'autorité suprême et le plus haut représentant de l'État, le chef d'État était autonome et doté du pouvoir de décider, et toutes les conséquences de ses actes et de ses mesures administratives devaient être supportées par l'État. Les règles du droit international établissaient clairement que le chef d'État devait être protégé contre l'arrestation et la détention en toutes circonstances. Un chef d'État ne pouvait donc être arrêté ou placé en détention dans son propre pays ou à l'étranger. La jurisprudence convenait le plus souvent qu'un chef d'État présent dans un autre pays en sa qualité officielle jouissait d'une immunité pénale totale pour les actes accomplis à titre officiel ou personnel et, de ce fait, était totalement exempt de la juridiction pénale de l'État hôte. Notant que l'immunité du chef d'État était régie par le droit international coutumier dans les pays qui n'avaient pas ratifié le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la délégation a considéré qu'il n'était pas admissible qu'un État n'ayant pas signé cet instrument puisse prendre des mesures qui violaient les droits d'un chef d'État. Un chef d'État jouissait d'une immunité absolue devant les tribunaux nationaux, même s'il avait commis des crimes internationaux.

92. Une délégation a considéré que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dérivait du droit international coutumier et une autre a affirmé que l'immunité *ratione materiae* pour les actes accomplis à titre officiel devait être accordée à tous les représentants de l'État, pendant et après leur mandat. Il a été souligné que l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État devant les tribunaux étrangers et l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État devant les juridictions pénales internationales étaient deux questions distinctes, si bien qu'il n'était pas certain que les théories et les pratiques applicables à la seconde puissent être reprises sans autre considération pour définir les règles applicables à la première.

93. Une délégation a soutenu que l'immunité *ratione personae* ne souffrait aucune dérogation et que les trois exceptions à l'immunité *ratione materiae* proposées par la Rapporteuse spéciale reposaient sur des éléments peu solides, à savoir quelques opinions dissidentes jointes à des arrêts de la Cour internationale de Justice et quelques procédures civiles devant des tribunaux nationaux et des juridictions internationales telles que la Cour européenne des droits de l'homme. En ce qui concernait les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas, il a été avancé qu'une distinction devait être faite entre les « crimes de droit international » et les « crimes internationaux » et que, si l'on ne pouvait trop insister sur l'importance de la lutte contre les premiers, c'étaient toutefois les seconds qui étaient largement considérés par la communauté internationale comme déterminés par le droit international. Une autre délégation a estimé que la question des limites et des exceptions devait être examinée plus avant, car le rapport ne contenait pas d'éléments suffisants pour prouver que les trois catégories de limites et d'exceptions qu'il proposait étaient déjà établies en droit international. Une délégation s'est déclarée favorable à la méthode suivie par la Rapporteuse spéciale ainsi qu'au titre du projet d'article 7 (« Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas »), compte tenu des implications normatives de l'expression « limites et exceptions ».

94. La Commission a été invitée à faire preuve de prudence au moment où elle choisirait de privilégier la codification ou le développement progressif du sujet, étant donné les préoccupations que soulevait la question très complexe et politiquement très sensible des exceptions. De plus, la relation et la différence fondamentale entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* n'avaient pas été suffisamment analysées et nécessitaient un examen plus approfondi. Une délégation a considéré qu'il fallait débattre plus avant des exceptions à l'immunité de juridiction pénale et clarifier la notion d'« actes accomplis à titre officiel ». Il fallait également prêter attention à l'opinion selon laquelle les crimes internationaux ne devraient pas être considérés comme des actes accomplis à titre officiel et devraient être mieux définis. Une autre délégation a estimé que la preuve d'une pratique étatique suffisante devrait être produite à l'appui de la position selon laquelle les « crimes liés à la corruption », visés au paragraphe 1 *b* du projet d'article 7, étaient des crimes internationaux graves, comparables aux autres crimes internationaux énumérés dans le même projet d'article. Dans ce contexte, il serait nécessaire de déterminer si des actes de corruption pouvaient être qualifiés d'« actes accomplis à titre officiel » et, par voie de conséquence, être couverts par l'immunité *ratione materiae*.

95. Des observations ont aussi été formulées au sujet du *jus cogens*, de la détermination du droit international coutumier, de l'application provisoire des traités, de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés et des crimes contre l'humanité.

96. Le PRÉSIDENT remercie M. Gastorn de son exposé et invite les membres de la Commission à poser des questions et à faire part de leurs observations.

97. M. PARK, relevant que l'AALCO est une organisation intergouvernementale, demande si les interventions des États membres reproduites dans les procès-verbaux des sessions annuelles peuvent être considérées comme d'authentiques déclarations qui, par exemple, rendent compte de l'*opinio juris* des États concernés et, dans ce contexte, si une distinction est faite en fonction du statut hiérarchique de la personne qui s'exprime.

98. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'AALCO a pour habitude de publier sur son site Web les procès-verbaux des débats qui se sont tenus à ses sessions annuelles. En tant qu'organisation intergouvernementale, l'AALCO reflète les vues de ses États membres, dont les interventions constituent donc de véritables déclarations.

99. M. HUANG note avec satisfaction que l'AALCO est à l'initiative de divers programmes de formation de qualité dans le domaine du droit international, notamment un programme de formation à long terme en coopération avec le Gouvernement chinois. Il a particulièrement apprécié les observations du Secrétaire général de l'AALCO sur un sujet très important et très controversé actuellement inscrit au programme de travail de la Commission, à savoir l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce sujet a donné lieu à l'expression d'opinions divergentes, à la fois dans le cadre de la

Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, et différentes positions continuent de coexister parmi les membres de la Commission sur la question de savoir si les crimes internationaux graves constituent une exception à l'immunité dont les représentants de l'État bénéficient en vertu du droit international coutumier. Étant donné que, selon le procès-verbal de la cinquante-sixième session annuelle de l'AALCO, les délégations de sept États membres ont exprimé leurs préoccupations et leurs vues sur le sujet, il serait bon que le Secrétaire général puisse donner de plus amples informations, en particulier sur la position de l'AALCO dans son ensemble et sur l'existence éventuelle, parmi les États membres de l'AALCO, d'une quelconque pratique qui étayerait l'hypothèse d'une exception à l'immunité des représentants de l'État. Ces informations constitueraient une contribution fort précieuse et opportune aux débats actuellement engagés au sein de la Commission. M. Huang recommande à tous les membres de la Commission de lire attentivement les déclarations des États membres de l'AALCO sur le sujet, notamment celle de la délégation japonaise.

100. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'AALCO espère consacrer d'autres réunions à la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans le but de réexaminer certains points sur lesquels des désaccords subsistent entre les États membres et, peut-être, de parvenir à une position commune. Tout élément nouveau en la matière sera communiqué à la Commission dans les meilleurs délais.

101. Mme ORAL remercie le Secrétaire général de son exposé instructif, qui a bien montré l'utilité des activités de l'AALCO pour les travaux de la Commission. Avec ses 47 États membres, l'AALCO exerce une grande influence sur le droit international, notamment en ce qui concerne la recherche d'un équilibre si précieux du point de vue des pays en développement. À cet égard, Mme Oral aimerait savoir si l'AALCO et la Commission pourraient encore renforcer leur coopération en matière d'échange d'informations sur la pratique des États.

102. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'AALCO a entrepris des travaux visant à communiquer à la Commission des éléments de pratique étatique correspondant à ses domaines d'intérêt et qu'il fera tout son possible pour que cette question reçoive l'attention voulue.

103. M. HMOUD demande comment l'AALCO prévoit de développer ses activités dans les prochaines années et quelles sont ses dernières activités en date en matière de recherche juridique et de formation.

104. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'AALCO est effectivement active dans les domaines du renforcement des capacités, de la recherche juridique et de la formation. Par exemple, elle continue d'organiser une formation annuelle sur diverses questions de droit international à l'intention de juristes venus de ses États membres, en collaboration avec le Gouvernement chinois. Plusieurs protocoles d'accord conclus avec des instituts de recherche et des universités des États membres visent à intensifier les activités de formation et de recherche juridique. À son siège, à New Delhi, l'AALCO organise aussi des formations en interne, animées par des experts en droit international, et elle élabore chaque année un certain nombre d'études sur divers aspects du droit international, sous la direction de son centre de recherche et de formation.

105. M. HASSOUNA souhaite la bienvenue au Secrétaire général de l'AALCO pour sa première visite à la Commission et salue sa volonté de coopérer avec la Commission sur des sujets d'intérêt commun. Ces dernières années, l'AALCO a joué un rôle important en cherchant à harmoniser les positions de ses États membres sur des questions relatives à la codification et au développement progressif du droit international. La distribution du procès-verbal rendant compte des vues exprimées par les États membres à la dernière session annuelle de l'AALCO est un bon moyen de montrer aux membres de la Commission les résultats obtenus dans ce domaine. Il convient toutefois de garder à l'esprit que ce procès-verbal est de nature provisoire; il serait donc malavisé de le considérer comme un document final qui pourrait être utilisé pour citer les États. Bon nombre des questions examinées par les États membres de l'AALCO à cette session ont aussi été débattues dans le cadre de la Commission. M. Hassouna tient toutefois à souligner que les membres de la Commission s'expriment en leur qualité d'experts indépendants et que leurs propos ne reflètent pas la position du gouvernement de leur pays.

106. Il est regrettable que certains membres qui avaient été invités par l'AALCO à participer à la réunion d'une demi-journée sur les travaux de la Commission, organisée pendant la session de 2017, n'aient pas pu s'y rendre, la session de la Commission s'ouvrant à Genève à la même date. M. Hassouna espère que des solutions seront trouvées pour qu'à l'avenir les membres de la Commission puissent participer à ce type de réunions. S'agissant de la formation, il demande si l'AALCO collabore avec l'Organisation des Nations Unies, notamment avec la Division de la codification, qui s'occupe de programmes de formation dans différentes régions.

107. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'AALCO collabore effectivement avec la Division de la codification et que des dispositions sont actuellement prises en vue de l'organisation de nouvelles activités de formation conjointes.

108. M. MURASE dit être très heureux d'apprendre que, à sa session de 2017, l'AALCO a consacré une réunion d'une demi-journée à des sujets actuellement examinés par la Commission. Relevant que les 47 États membres de l'AALCO ne représentent que la moitié des pays d'Asie et d'Afrique, il demande si, par exemple, des États insulaires du Pacifique pourraient être invités à rejoindre l'organisation.

109. M. JALLOH demande si les sessions de l'AALCO pourraient se tenir plus tôt dans l'année, par exemple en janvier ou février, ce qui permettrait de publier les procès-verbaux suffisamment tôt pour que, dans leurs interventions pendant la session de la Commission, les membres de celle-ci puissent tenir compte des vues exprimées par

les États dans le cadre de l'AALCO. Faisant observer que l'AALCO a organisé une réunion sur la détermination du droit international coutumier en Malaisie en 2015, avec la participation de Sir Michael Wood, et que d'autres rapporteurs spéciaux souhaiteraient participer à de telles manifestations, M. Jalloh dit qu'il serait utile que d'autres séminaires puissent avoir lieu, au titre du renforcement de la coopération, notamment sur des sujets pour lesquels la Commission a adopté un projet d'articles complet. Enfin, notant que, en 2015, le secrétariat de l'AALCO a publié sur son site Web une note invitant les États membres à faire part de leurs observations sur les nouveaux sujets inscrits au programme de travail de la Commission, il demande si les membres de l'AALCO ont examiné la possibilité de proposer de nouveaux sujets. Compte tenu de la composition de l'AALCO, il serait fort utile pour la Commission d'entendre les vues exprimées par les États membres de cette organisation, à la fois dans le cadre de l'AALCO elle-même et aussi, peut-être de manière coordonnée, dans le cadre de la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

110. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que l'une de ses principales activités en tant que Secrétaire général de l'AALCO est de réfléchir aux moyens d'attirer de nouveaux membres. Actuellement, des efforts sont faits pour accroître la représentation des pays d'Asie centrale et celle des pays d'Afrique, notamment francophones, car seulement 14 États membres sont africains. L'AALCO a l'intention d'inviter les États insulaires du Pacifique à devenir membres, car leur présence serait un atout compte tenu de leur jurisprudence dans divers domaines tels que le droit de la mer.

111. Bien que les dates exactes de ses sessions annuelles soient dans une large mesure décidées par le pays hôte, l'AALCO compte prendre des dispositions pour que, dans toute la mesure du possible, ses sessions aient lieu avant celles de la Commission. Comme cela a déjà été dit, il est extrêmement important pour l'AALCO que des membres de la Commission soient présents à ses sessions annuelles. Pour ce qui est de proposer de nouveaux sujets à inscrire au programme de travail à long terme de la Commission, le Groupe de personnes éminentes de l'AALCO étudie activement différentes possibilités.

112. M. VALENCIA-OSPINA dit que, tels qu'ils transparaissent des procès-verbaux de sessions, par exemple, les travaux de l'AALCO sont d'une aide très précieuse à la Commission pour la rédaction de ses projets. L'AALCO joue aussi un rôle important dans les phases postérieures des activités de la Commission, par exemple dans le cadre des conférences diplomatiques. À cet égard, M. Valencia-Ospina rappelle que la Commission a recommandé à l'Assemblée générale d'élaborer une convention à partir du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe[370], sujet pour lequel il avait été lui-même le Rapporteur spécial. Il demande si l'AALCO a examiné cette recommandation en vue de coordonner les positions de ses États membres dans la perspective des débats que l'Assemblée générale tiendra en 2018 sur le sujet.

113. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, se référant aux sujets actuellement inscrits au programme de travail de l'AALCO, demande à quels aspects particuliers du droit de la mer l'AALCO s'intéresse et, en particulier, s'il y a eu une quelconque coordination entre les États membres concernant les négociations relatives à la protection du milieu marin dans les zones ne relevant pas de la juridiction nationale, organisées à New York en vue de l'élaboration d'un instrument juridiquement contraignant. M. Vázquez-Bermúdez aimerait également savoir où en sont les travaux de l'AALCO sur le droit international dans le cyberespace.

114. M. GASTORN (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que, même si elle ne participe pas directement aux débats de l'Assemblée générale, l'AALCO consulte ses États membres et leur permet de partager leurs expériences dans le but de parvenir à une position commune sur diverses questions. Une étude a été réalisée à la suite des débats de l'AALCO sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine dans les zones ne relevant pas de la juridiction nationale ; elle soulève des questions essentielles qui sont examinées dans le cadre des discussions en cours à New York.

115. Le PRÉSIDENT remercie le Secrétaire général de l'AALCO pour les précieuses informations qu'il a fournies sur son organisation et pour les réponses qu'il a apportées aux différentes questions posées par les membres de la Commission.

La séance est levée à 13 h 5.

3378e SÉANCE

Jeudi 20 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*fin*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. E, A/CN.4/701, A/CN.4/L.893]

[Point 2 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) présente les titres des deuxième et troisième parties et

[370] Le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 25 et suiv., par. 48 et 49.

[*] Reprise des débats de la 3365e séance.

les titres et textes du projet d'article 7 et de l'annexe adoptés provisoirement par le Comité de rédaction, tels qu'ils figurent dans le document A/CN.4/L.893, qui se lit comme suit :

DEUXIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*[*]

…

TROISIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*[*]

…

Article 7. Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité ratione materiae *ne s'applique pas*

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

a) Crime de génocide ;

b) Crimes contre l'humanité ;

c) Crimes de guerre ;

d) Crime d'apartheid ;

e) Torture ;

f) Disparitions forcées.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

Annexe

LISTE DES TRAITÉS VISÉS DANS LE PROJET D'ARTICLE 7, PARAGRAPHE 2

Crime de génocide

Statut de Rome de la Cour pénale internationale en date du 17 juillet 1998, art. 6 ;

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en date du 9 décembre 1948, art. II.

Crimes contre l'humanité

Statut de Rome de la Cour pénale internationale en date du 17 juillet 1998, art. 7.

Crimes de guerre

Statut de Rome de la Cour pénale internationale en date du 17 juillet 1998, art. 8, par. 2.

Crime d'apartheid

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid en date du 30 novembre 1973, art. II.

Torture

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en date du 10 décembre 1984, art. 1, par. 1.

Disparitions forcées

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en date du 20 décembre 2006, art. 2.

[*] La Commission examinera à sa soixante-dixième session les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles.

2. Le Comité de rédaction a consacré sept séances, du 30 mai au 7 juillet 2017, à l'examen du projet d'article 7 proposé par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport (A/CN.4/701). Il a également examiné un certain nombre de propositions de reformulation et une proposition d'annexe présentées par la Rapporteuse spéciale en réponse aux suggestions faites et aux préoccupations soulevées au cours des travaux. Le 7 juillet 2017, le Comité de rédaction a adopté provisoirement le projet d'article 7 ainsi qu'une annexe au projet d'articles. M. Rajput rend hommage à la Rapporteuse spéciale, Mme Escobar Hernández, dont la maîtrise du sujet, les conseils et l'esprit de coopération ont grandement facilité les travaux du Comité de rédaction.

3. Avant de se concentrer sur les détails du projet d'article, les membres du Comité de rédaction ont fait des observations générales sur le texte dans son ensemble, ce qui a contribué à contextualiser les travaux. Ces observations ont porté, notamment, sur la structure du projet d'article et sa relation avec les projets d'article existants et les futurs projets d'article sur le sujet, la portée et la nature des crimes visés au paragraphe 1 du projet d'article et leur définition éventuelle, et la portée des paragraphes 2 et 3. Elles ont aussi porté sur la distinction entre limites et exceptions à l'immunité, y compris la question de savoir dans quelle mesure les crimes énumérés constituaient des « actes accomplis à titre officiel ».

4. Le Comité de rédaction a travaillé en partant du principe général que le résultat de ses travaux était sans préjudice de la question de savoir si le texte du projet d'article 7 ou une partie de celui-ci codifiait le droit existant − *lex lata* − ou s'il s'agissait d'un exercice de développement progressif − *lex ferenda* −, et ne constituait pas une prise de position sur cette question. En effet, certains membres du Comité de rédaction ont souligné que leur participation était sans préjudice des problèmes fondamentaux qu'ils avaient avec le texte. Il a été dit que le Comité de rédaction s'engageait essentiellement dans l'élaboration de politiques au lieu de procéder à la codification ou au développement progressif du droit. Certains membres auraient préféré que le projet d'article soit conservé par le Comité de rédaction jusqu'en 2018 et examiné conjointement avec les propositions sur les aspects procéduraux que la Rapporteuse spéciale aurait faites. Toutefois, d'autres membres ont estimé que le moment était bien choisi pour que le Comité de rédaction traite cette question.

5. Ensuite, le Comité de rédaction est convenu que les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont étroitement liés à la question des limites et des exceptions, ainsi qu'au projet d'articles dans son ensemble. Les aspects procéduraux seront examinés l'année suivante dans le

sixième rapport de la Rapporteuse spéciale. Dans le cadre des travaux qu'il a menés pendant la session en cours, le Comité de rédaction a souligné l'importance des dispositions et garanties procédurales pour le projet d'article à l'étude et pour le projet d'articles dans son ensemble. Cette préoccupation trouve sa traduction dans la note de bas de page que le Comité de rédaction a décidé d'insérer dans le texte.

6. Le rapport du Comité de rédaction figurant dans le document A/CN.4/L.893 comprend le texte du projet d'article et une annexe, tels qu'adoptés provisoirement par le Comité de rédaction. Le paragraphe 1 du projet d'article 7 consistait en un chapeau et six alinéas. Le Comité de rédaction a décidé d'indiquer expressément dans le texte introductif que les limites et exceptions énoncées dans le projet d'article portent uniquement sur l'immunité *ratione materiae*, car des membres souhaitaient que les questions relevant du domaine du droit pénal soient traitées avec la plus grande précision possible. Le Comité de rédaction a souligné cette application restreinte des limites et exceptions en plaçant le projet d'article 7 dans la troisième partie du projet d'articles, qui porte sur l'immunité *ratione materiae*.

7. Le Comité de rédaction a considéré que, puisque le paragraphe 1 restreint expressément la portée du projet d'article 7 à l'immunité *ratione materiae*, la référence à l'immunité *ratione personae* au paragraphe 2, telle que proposée initialement par la Rapporteuse spéciale, était devenue superflue et pouvait être supprimée. Dans le commentaire, il sera en outre souligné que les limites et exceptions énumérées dans le projet d'article 7 ne s'appliquent pas à l'immunité *ratione personae*, et précisé clairement qu'elles s'appliquent aux représentants qui jouissaient de l'immunité *ratione personae* et dont le mandat a pris fin.

8. C'est aussi par souci de précision que le Comité a décidé d'insérer dans le chapeau le membre de phrase « à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère », de manière à indiquer que l'immunité ne s'applique pas au crime lui-même, mais à l'exercice de la juridiction pénale étrangère. L'insertion de ce membre de phrase directement après les mots « immunité *ratione materiae* » correspond au libellé des projets d'articles 3 et 5[371].

9. Après avoir examiné diverses possibilités, le Comité de rédaction a décidé de conserver le terme « ne s'applique pas » proposé initialement par la Rapporteuse spéciale. Dans la version anglaise, le modal *shall*, jugé le plus approprié, a été préféré à *should*, *will* ou *does*. Cela correspond au libellé employé dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, en particulier dans ses articles 10 et 11. Le Comité de rédaction a envisagé la possibilité de commencer le paragraphe par le membre de phrase « Les représentants de l'État ne bénéficient pas de ». Cela aurait fait écho au libellé employé au paragraphe 1 du projet d'article 6[372], mais des membres ont craint que ce libellé ne soit interprété comme excluant du champ d'application du projet d'article 7 les anciens représentants de l'État, à qui les limites et exceptions qui y sont énoncées sont aussi destinées à s'appliquer. Le Comité de rédaction a décidé de ne pas retenir le terme « ne peut être invoquée », qui aurait introduit des éléments procéduraux dans le texte. Le projet d'article 7 ne porte pas sur des questions procédurales ayant trait à l'invocation, mais plutôt sur des questions de fond concernant l'applicabilité : il recense les types d'activités auxquelles l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas. Dans la version anglaise, le Comité de rédaction a remplacé l'expression *in relation to* par *in respect of* afin d'harmoniser le texte du chapeau avec le titre proposé du projet d'article.

10. Après débat, le Comité de rédaction a décidé d'insérer le terme « crimes de droit international » dans le paragraphe 1 pour souligner le fait que le projet d'article 7 ne porte que sur des crimes qui trouvent leur fondement dans l'ordre juridique international et qui sont définis sur la base du droit international, et non du droit interne. Ce terme fait écho à ceux employés précédemment par la Commission, notamment dans les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[373] (Principes de Nuremberg), de 1950 (principes I à III et V à VII), le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954[374] (article premier) et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[375] (article premier, paragraphe 2). Le commentaire mettra l'accent sur le fait que l'expression « de droit international » porte sur « les crimes ».

11. Le Comité de rédaction a longuement discuté des questions de savoir si le paragraphe 1 devait énumérer des crimes spécifiques et, dans l'affirmative, quels crimes devaient y figurer, et si oui comment ils devaient être définis. Certains membres préféraient que l'on insère une référence générale aux « crimes les plus graves reconnus en droit international », ou une formulation similaire, au lieu d'énumérer des crimes spécifiques, laissant ouvert le champ d'application du paragraphe pour qu'il puisse intégrer de nouveaux développements du droit international, en particulier du droit pénal international. Le commentaire aurait ensuite précisé quels « crimes graves » relevaient du champ d'application du paragraphe. D'autres membres ont estimé que le terme « crimes graves » était trop vague. Notant que le droit pénal exigeait que l'on soit précis, ils préféraient que l'on insère une liste détaillée de crimes. C'est la position à laquelle le Comité de rédaction s'est finalement rallié. En outre, il a été décidé d'énumérer les crimes successivement, dans des alinéas individuels, plutôt que de les regrouper dans un même alinéa.

[371] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 46 (projet d'article 3) ; et *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 155 (projet d'article 5).

[372] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 229 (projet d'article 6).

[373] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[374] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II (en anglais seulement), document A/2693, p. 151 et 152, par. 54. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément no 9* (A/2693), par. 54.

[375] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

12. La discussion a ensuite porté sur les crimes qu'il convenait d'inclure dans le projet d'article. Les membres ont examiné la question de savoir s'il fallait s'entendre d'abord sur une théorie, une base ou un critère ou des critères sous-jacents selon lesquels certains crimes seraient inclus et d'autres non. En dernière analyse, la majorité s'est prononcée en faveur de l'insertion du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en tant que crimes les plus graves figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et interdits par le droit international coutumier. Selon certains membres, leur interdiction était constitutive d'une norme de *jus cogens*. La proposition tendant à faire référence au « crime de génocide » plutôt que simplement au « génocide » a été adoptée par le Comité de rédaction afin de reprendre le libellé employé dans la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, et dans le Statut de Rome.

13. Certains membres ont fait valoir une nouvelle fois que le Comité de rédaction devait justifier sa sélection sur la base d'un ensemble de critères prédéterminés, par exemple les crimes que seules des autorités peuvent commettre, les crimes dont l'interdiction relève de normes impératives du droit international (*jus cogens*), les crimes énumérés dans le Statut de Rome, ou les crimes qui sont soumis à un régime conventionnel *aut dedere, aut judicare*. Il a été noté que toutes les théories possibles avaient leurs faiblesses. Certains membres ont souligné qu'il était nécessaire d'adopter une approche plus pragmatique, fondée sur ce qui pourrait être acceptable par les États. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a précisé que les crimes avaient été sélectionnés en fonction de leur statut dans les traités et dans la pratique. Elle avait donc proposé dans son cinquième rapport que la torture et les disparitions forcées en fassent partie. Certains membres ont affirmé que ces crimes relevaient des crimes contre l'humanité et qu'il était superflu de les faire figurer dans le projet d'article 7. D'autres ont fait valoir que les crimes contre l'humanité devaient remplir certaines conditions car ils devaient être commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile. Ces membres ont soutenu que les actes de torture et les disparitions forcées n'entraient peut-être pas toujours dans cette catégorie de crimes.

14. Il en est allé de même au sujet du crime d'apartheid, que certains membres souhaitaient insérer dans le projet de texte. Il a été dit que le crime d'apartheid était un crime « historique » et qu'il n'était pas nécessaire de le faire figurer dans le projet de texte. Certains ont considéré que l'apartheid faisait partie des crimes contre l'humanité. Cependant, la majorité a estimé qu'il devait être mentionné séparément. Certains membres ont demandé pourquoi retenir l'apartheid mais pas l'esclavage ni la traite des êtres humains en tant que forme moderne de l'esclavage, qui faisaient tous deux aussi l'objet de conventions internationales.

15. En fin de compte, l'opinion qui a prévalu au sein du Comité de rédaction a consisté à insérer dans le projet de texte la torture, les disparitions forcées et l'apartheid en tant que crimes distincts. Pour des raisons historiques, le Comité de rédaction a placé le crime d'apartheid immédiatement après les crimes les plus graves et l'a fait suivre de la torture et des disparitions forcées. Il a également décidé, dans la version anglaise, d'employer le terme *enforced disappearance* au singulier, conformément au texte anglais de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, de 2006.

16. Les membres ont débattu de la question de savoir si le crime d'agression devait être inséré dans le projet de texte. Certains s'y sont dits fermement favorables. Ils estimaient que le crime d'agression était le crime international suprême et ont souligné qu'il avait été inclus dans les travaux antérieurs que la Commission avait menés dans le domaine du droit pénal international, tels que les Principes de Nuremberg de 1950, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et celui de 1996. Des membres ont également fait référence à la promulgation des Amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression (amendements de Kampala) adoptés par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome et ont proposé que toute décision quant à l'inclusion de ce crime soit reportée jusqu'en 2018. Il a été dit que le crime d'agression n'était pas nécessairement plus politique que d'autres crimes figurant dans la liste, tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, qui étaient souvent perpétrés par des dirigeants politiques.

17. D'autres membres ont exprimé des réserves au sujet de l'insertion du crime d'agression dans le projet de texte, notant que les juridictions nationales n'étaient pas nécessairement bien placées pour poursuivre tous les crimes relevant de la compétence d'un tribunal international. Des membres se sont également inquiétés du caractère politique du crime d'agression et du risque d'abus si ce crime figurait parmi ceux auxquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas. En outre, il a été souligné qu'il n'y avait pas de pratique des juridictions nationales en matière de poursuite du crime d'agression. En fin de compte, le Comité de rédaction a décidé de ne pas retenir le crime d'agression, mais a proposé que la Rapporteuse spéciale rende compte dans le commentaire des différents points de vue exposés. Cela permettra aux États de faire des observations sur cette question.

18. Dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale avait proposé de faire figurer la corruption parmi les crimes auxquels l'immunité ne s'applique pas. Plusieurs membres ont appuyé cette proposition, soulignant que la corruption, en particulier la corruption à grande échelle ou « grande corruption », compromet gravement la stabilité et la sécurité des États et des sociétés. Ces membres ont appelé l'attention sur le lien étroit entre corruption et actes officiels. Selon eux, la ligne de démarcation entre actes publics et actes privés est très difficile à tracer dans les affaires de corruption, car ce crime est généralement commis sur la base de l'autorité publique ou sous couvert de l'autorité par des individus qui profitent des fonctions publiques qu'ils assument. Des membres ont également noté que la corruption fait déjà l'objet de divers traités, dont la Convention des Nations Unies contre la corruption, de 2003.

19. D'autres membres ont contesté l'inclusion de la corruption dans le projet de texte en faisant valoir que ces actes ne peuvent jamais constituer des actes officiels ni être accomplis à titre officiel, car leurs auteurs les commettent toujours dans leur intérêt personnel. Selon eux, la corruption est déjà exclue du domaine de l'immunité *ratione materiae* sur la base du paragraphe 1 du projet d'article 6. On a aussi dit que la corruption n'est pas un crime international, car elle ne tire pas son caractère incriminable du droit international. Il s'agit plutôt d'une infraction de droit interne qui nécessite souvent une coopération transnationale pour être prévenue et réprimée efficacement. À cet égard, il a été rappelé que la Convention des Nations Unies contre la corruption ne définit pas réellement la corruption, mais appelle plutôt à prendre des mesures pour la prévenir et la combattre plus efficacement. De nombreux crimes faisant l'objet de traités ne sont pas considérés comme des « crimes de droit international ». En dernière analyse, le Comité de rédaction a décidé de ne pas faire figurer le crime de corruption dans le projet d'article 7, même s'il a souligné sa gravité. Son exclusion signifie seulement que c'est un crime auquel l'immunité ne s'applique pas.

20. Le Comité de rédaction a reçu plusieurs autres propositions tendant à inclure dans le projet d'article des crimes tels que l'esclavage, la traite des êtres humains, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, la piraterie et le terrorisme. Après réflexion, il a décidé de ne pas les insérer dans le projet d'article 7, mais cela ne dit rien de leur gravité.

21. Le Comité de rédaction a discuté de la question de savoir s'il convenait de faire état des modes de perpétration ou des infractions secondaires, comme la tentative de commettre un crime international et la complicité par fourniture d'une assistance ou d'une aide. En fin de compte, il a estimé que l'immunité est une question préliminaire qui se pose généralement avant que les questions relatives aux modes de responsabilité ne soient traitées. Il a donc jugé inutile de mentionner cette question.

22. Le Comité de rédaction a longuement débattu du point de savoir s'il fallait insérer dans le projet d'article 7 ou le commentaire y relatif des définitions des crimes énumérés. Diverses propositions ont été faites, dont celles d'insérer les définitions dans le texte ou dans le commentaire, ou encore de ne donner aucune définition. Plusieurs membres ont souligné que les crimes énumérés devaient être définis conformément au droit international, faute de quoi cela se traduirait par une confusion devant les tribunaux nationaux, et qu'il ne fallait laisser aux juges nationaux aucun pouvoir discrétionnaire d'interpréter les crimes en question conformément à la législation nationale. C'est la raison pour laquelle il a été jugé nécessaire que les définitions fassent partie du texte du projet d'article plutôt que du commentaire.

23. Afin de ne pas surcharger le texte, le Comité de rédaction a décidé de ne pas insérer les définitions des crimes énumérés au paragraphe 1 directement dans le projet d'article mais dans une annexe, en veillant à ce qu'elles soient lues comme une partie du texte. L'exercice a été inspiré par les travaux de la Commission sur ce qui est devenu le Statut de Rome et par les articles sur les effets des conflits armés sur les traités[376]. Le paragraphe 2 prévoit le lien entre le paragraphe 1 et l'annexe. Il confirme que les crimes énumérés au paragraphe 1 doivent être compris conformément au droit international, en particulier leur définition figurant dans les traités énumérés dans l'annexe au projet d'articles. L'expression « aux fins du présent projet d'article » indique que le projet d'article et l'annexe ne fournissent pas de définitions des crimes aux fins de poursuites pénales, mais uniquement pour déterminer si l'immunité *ratione materiae* s'applique ou non. Elle précise également que les références aux définitions données par les traités figurant dans l'annexe sont sans préjudice du statut des crimes au regard du droit international coutumier.

24. Les mots « les crimes de droit international » reprennent le libellé du texte introductif du paragraphe 1. Les termes « visés ci-dessus » renvoient aux crimes énumérés au paragraphe 1. Le membre de phrase « doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles » souligne que les juges ou les procureurs nationaux doivent interpréter les crimes énumérés tels que définis en droit international et non tels que définis dans leurs systèmes juridiques nationaux respectifs.

25. Le Comité de rédaction a décidé de limiter la liste des traités énumérés à l'annexe aux conventions internationales ou universelles et de ne pas y faire figurer d'instruments régionaux. Pour chacun des crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7, l'annexe indique la disposition pertinente dans un ou deux traités qui définissent le crime. Certains membres ont proposé que l'on insère des références à tous les traités qui donnent des définitions des crimes afin d'être aussi exhaustif que possible et de mettre en évidence la large participation aux traités et la large acceptation des définitions. D'autres ont soutenu que la participation n'était pas pertinente aux fins de l'annexe, qui concernait uniquement les définitions. Ils ont également souligné que les définitions variaient selon les traités, ce qui risquait d'être source de confusion pour les juges et procureurs nationaux. Pour ces raisons, le Comité de rédaction a décidé de renvoyer uniquement aux traités les plus pertinents.

26. En ce qui concerne le crime de génocide, le Comité de rédaction a retenu à la fois l'article 6 du Statut de Rome et l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, étant entendu que la définition du génocide est identique dans les deux instruments. Il a également renvoyé au Statut de Rome pour les définitions des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, figurant aux articles 7 et 8 (par. 2), respectivement. Il a estimé que le Statut de Rome donnait la définition la plus moderne de ces crimes, en particulier les crimes de guerre. Il a noté que le Statut de Rome contenait la liste la plus récente de crimes de guerre et visait les « infractions graves » aux Conventions de Genève pour la

[376] Le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101. Voir aussi la résolution 66/99 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

protection des victimes de la guerre, de 1949, et au Protocole I de 1977, les crimes de guerre réprimés par le droit international coutumier, y compris ceux commis dans le cadre d'un conflit armé non international, et les crimes de guerre visés par d'autres traités relatifs au droit international humanitaire.

27. En raison des préoccupations exprimées au sujet des critères auxquels doivent satisfaire certains crimes, le Statut de Rome n'a pas été considéré comme pertinent pour la définition des autres crimes, à savoir l'apartheid, la torture et les disparitions forcées. Dans ces cas, l'annexe énumère les dispositions pertinentes des conventions internationales pertinentes : la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, de 1973, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984, et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

28. Dans son cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a proposé d'inclure une version de l'« exception territoriale » comme motif de non-application de l'immunité *ratione materiae*. Il a été souligné que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne contenait pas pareille exception pour les crimes et que, dans tous les cas, l'exception ne pouvait s'appliquer aux actes *jure imperii*. Certains membres ont considéré que cette disposition était superflue, car elle ne couvrirait que les actes qui ne seraient pas accomplis à titre officiel. Selon certains, ce n'était pas une question relevant des exceptions parce que l'immunité ne s'appliquait pas, de sorte qu'il était inutile de créer une exception à quelque chose qui n'existait pas. Le Comité de rédaction n'a donc pas inséré la disposition proposée dans le projet d'article 7. Cela étant, le commentaire précisera clairement que, dans la mesure où ces actes sont soumis au principe de la souveraineté territoriale, ils ne bénéficient pas de l'immunité *ratione materiae*.

29. Il avait aussi été proposé dans le cinquième rapport d'insérer deux clauses « sans préjudice » dans ce qui était initialement le paragraphe 3 du projet d'article. Le Comité de rédaction a décidé que, si elles devaient être retenues, ces clauses devraient s'appliquer au projet d'articles dans son ensemble. À cette fin, il a été décidé de les retirer du projet d'article 7 et de les examiner avec d'autres aspects procéduraux à la session suivante de la Commission. Ces clauses pourront, par exemple, être placées dans un projet d'article distinct.

30. Au début de ses délibérations sur le projet d'article 7, le Comité de rédaction a reconnu qu'il était nécessaire d'examiner la relation étroite entre la question des limites et exceptions à l'immunité et les aspects procéduraux de l'immunité, qui seraient traités dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale. Outre une référence à la question, qui figurerait dans le commentaire du projet d'article 7, il a envisagé plusieurs façons de rendre compte de cette nécessité dans le texte. Il est finalement convenu de le faire dans une note de bas de page, de préférence à d'autres propositions, telles que celle tendant à insérer un espace laissé vacant ou une clause de sauvegarde dans le texte introductif du projet d'article 7. Il a été noté qu'aucun des projets d'article adoptés jusque-là ne contenait d'espace laissé vacant ou de clause de sauvegarde. Le Comité de rédaction s'est également prononcé contre l'insertion d'une référence expresse à des mécanismes procéduraux particuliers, tels que la levée de l'immunité. Des membres ont estimé que, ce faisant, l'on aurait mélangé les aspects de fond et les aspects procéduraux des limites et exceptions à l'immunité, qu'ils préféraient traiter dans des projets d'article distincts.

31. La note de bas de page se lit comme suit : « La Commission examinera à sa soixante-dixième session les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles. » La référence aux « dispositions et garanties » indique que les aspects procéduraux de l'immunité ne se bornent pas à la question des limites et exceptions à l'immunité, mais ont une incidence sur le projet d'articles dans son ensemble. Pour souligner ce fait, le Comité de rédaction a inséré la note de bas de page dans les titres de la deuxième partie, sur l'immunité *ratione personae*, et de la troisième partie, sur l'immunité *ratione materiae*, plutôt que dans celui du projet d'article 7, qui se lit comme suit : « Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas ». Le projet d'article 7 sera placé dans la troisième partie.

32. Certains membres du Comité de rédaction se sont dits opposés au renvoi du projet d'article 7 à la plénière à ce stade des travaux, pour plusieurs raisons. Ils sont convaincus que le texte ne reflète pas le droit existant et veulent que cela soit clairement reconnu ; ils estiment que cette disposition ne doit être renvoyée à la plénière que conjointement avec les garanties procédurales, compte tenu du risque grave d'abus ; ils ne soutiennent pas la proposition, même au titre du développement du droit.

33. Le PRÉSIDENT explique que le commentaire du projet d'article 7 sera publié dans les six langues officielles pendant la dernière semaine de la session de la Commission. La pratique habituelle de la Commission en pareils cas consiste à envisager d'adopter provisoirement le texte du projet d'article, en attendant son adoption finale, conjointement avec le commentaire, en tant que partie du rapport de la Commission à l'Assemblée générale. Le Président croit comprendre que la Commission souhaite procéder de cette façon.

Il en est ainsi décidé.

34. Le PRÉSIDENT demande si la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, figurant dans le document A/CN.4/L.893.

Explications de vote

35. M. KOLODKIN dit que le projet d'article 7 est une construction basée sur des prémisses théoriques quasi juridiques, qui n'a pas de fondement dans le droit international existant ni ne reflète celui-ci, pas plus qu'il ne reflète une tendance réelle et discernable dans la pratique des États ou la jurisprudence internationale.

Si, comme il semble que ce soit le cas, l'objectif est de développer le droit international coutumier, le développement en question n'est ni progressif ni souhaitable. Rien n'empêche la Commission d'expliquer que, ayant conscience de l'état de la *lex lata* dans ce domaine, elle a néanmoins décidé de proposer − aux États qui souhaitent avoir la possibilité de poursuivre mutuellement leurs représentants pour crimes internationaux − un modèle de projet d'article qui pourrait être inséré dans un ou plusieurs traités que ces États souhaiteraient conclure. Il semble cependant que la Rapporteuse spéciale et la majorité de la Commission aspirent à un résultat beaucoup plus ambitieux. M. Kolodkin ne partage pas ces grands desseins.

36. Plus préoccupant est le fait que le projet d'article et la manière dont la Commission a l'intention de le présenter à l'Assemblée générale invitent à des actes unilatéraux − actes qui sont contraires au droit international, ne peuvent que très peu contribuer à la lutte contre l'impunité et à la protection des droits de l'homme et risquent d'être véritablement préjudiciables aux relations entre États. C'est à l'aune de la réaction des États au projet d'article 7 que l'on pourra en juger, mais M. Kolodkin désapprouve fermement la proposition tendant à adopter ce texte.

37. M. MURPHY dit que, à l'instar de M. Kolodkin, il ne peut se rallier au consensus au sujet de l'adoption du projet d'article 7. Le problème essentiel est que les exceptions recensées dans le projet d'article ne sont pas étayées par le droit international existant, pas plus qu'on ne peut dire qu'il existe une tendance à reconnaître de telles exceptions. La Commission poursuit l'élaboration du projet d'article 7 alors qu'il n'y a à l'appui de ces exceptions qu'une poignée de lois et de jurisprudences nationales et aucun traité mondial ni autre forme de pratique des États. Comme il est apparu très clairement au sein du Comité de rédaction, il n'existe pas de critères juridiques justifiant l'inscription ou non sur la liste des crimes figurant à l'annexe du projet d'article 7. Cette liste n'est rien d'autre qu'une expression des préférences politiques de certains membres, en grande partie fondées sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que de nombreux États n'ont pas ratifié et qui ne dit rien de l'immunité de poursuites devant les tribunaux nationaux des représentants de l'État. Malgré cela, la Rapporteuse spéciale et certains membres de la Commission refusent de reconnaître que le projet d'article 7 est une proposition qui énonce une règle juridique entièrement nouvelle et ne constitue ni une codification ni un développement progressif du droit international. En conséquence, l'adoption du projet d'article 7 à ce stade, en particulier sans avoir établi les dispositions et garanties procédurales, risque d'être source de confusion et d'abus dans les systèmes juridiques nationaux.

38. Ce qui s'est passé au Comité de rédaction démontre aussi que le projet d'article 7 n'est pas fondé sur le droit existant : la Rapporteuse spéciale a affirmé qu'il existait une pratique et une tendance à l'appui des exceptions concernant la corruption et les infractions territoriales, mais ces exceptions ont à présent disparu du projet d'article. En revanche, alors que la Rapporteuse spéciale a soutenu qu'il n'y avait pas assez de pratique et aucune tendance à l'appui d'une exception pour l'apartheid, cette exception figure maintenant dans le projet d'article. Le cinquième rapport ne cite aucune législation nationale ou jurisprudence nationale ou internationale à l'appui d'une exception à l'immunité *ratione materiae* dans le cadre d'une procédure pénale nationale engagée pour le crime d'apartheid. De même, il n'existe aucun traité prévoyant pareille exception ; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid est muette sur la question. Si aucun traité ni aucune législation nationale ou jurisprudence nationale ou internationale n'est nécessaire pour appuyer l'inscription d'un crime dans l'annexe au projet d'article 7, on peut se demander pourquoi d'autres crimes graves qui font l'objet de traités, tels que l'esclavage et la traite des êtres humains, ne figurent pas sur cette liste. M. Murphy engage les membres de la Commission à ne pas voter en faveur de l'adoption du projet d'article 7, mais plutôt à le renvoyer au Comité de rédaction pour que celui-ci poursuive ses travaux en 2018 conjointement avec la question des dispositions et garanties procédurales.

39. Sir Michael WOOD dit que, s'étant dit opposé au fond du projet d'article au cours du débat en plénière, il a expliqué clairement sa position sur le projet d'article 7 au sein du Comité de rédaction. Il est fermement convaincu que le texte ne reflète ni le droit international existant ni une quelconque tendance, n'est pas souhaitable en tant que nouvelle règle juridique et ne doit pas être proposé aux États. Si tel est néanmoins le cas, la Commission doit indiquer clairement qu'il s'agit d'une proposition de nouvelle règle juridique et non d'une codification ou d'un développement progressif du droit existant. Les éléments cités par la Rapporteuse spéciale dans son rapport ne soutiennent tout simplement pas le projet d'article 7. Sir Michael Wood est donc opposé à ce que la plénière adopte provisoirement le projet d'article 7, qui devrait être renvoyé au Comité de rédaction pour examen à la lumière des dispositions et garanties procédurales que la Rapporteuse spéciale doit proposer dans son sixième rapport en 2018. Si toutefois la Commission décide tout de même d'adopter le projet d'article à titre provisoire, il n'y a pas de consensus à cette fin et il faudra procéder à un vote.

40. M. HUANG dit que le rapport du Président du Comité de rédaction reflète fidèlement le fait que celui-ci a décidé d'adopter provisoirement le projet d'article 7 en dépit de la vive opposition exprimée par plusieurs membres. Une telle décision hâtive est contraire à la tradition de la Commission. M. Huang est entièrement d'accord avec M. Kolodkin, M. Murphy et Sir Michael Wood, et il souhaite exprimer à son tour sa forte opposition à la décision du Comité de rédaction concernant le projet d'article 7.

41. Le nombre de membres favorables ou défavorables à une proposition ne peut servir de seule base à la prise de décisions. À l'heure actuelle, il semble qu'il y ait davantage de membres favorables au projet d'article 7 qu'opposés à ce texte. Cependant, il convient de prêter aussi l'attention voulue aux points de vue de la minorité, en particulier lorsqu'il s'agit d'un sujet aussi important. Les raisons de l'opposition au projet d'article 7 n'ont pas trait seulement à des questions techniques ou au libellé, mais aussi à certaines questions fondamentales au sujet desquelles certains membres ont des vues différentes de

celles de la Rapporteuse spéciale. Compte tenu de cette division sur le fond, il serait imprudent de poursuivre les travaux sur la base de la règle de la majorité ; la Commission devrait au contraire faire tout son possible pour parvenir à un consensus. À défaut d'un tel consensus, elle devrait mettre la question de côté temporairement et y revenir plus tard.

42. M. Huang rappelle que l'article 8 du statut de la Commission prévoit que « dans l'ensemble [de la Commission], la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde [doit être] assurée ». À son avis, c'est une condition qui vaut tant pour la composition de la Commission que pour ses travaux. Les membres, bien sûr, siègent à titre individuel et non au nom de leurs gouvernements, mais leurs points de vue sur des questions juridiques spécifiques peuvent refléter les points de vue de la civilisation et du système juridique qu'ils représentent. La Commission ne peut pas ignorer le caractère représentatif des voix qui sont opposées au projet de texte. Trois des quatre membres représentant le Groupe des sept principales économies avancées sont contre le projet de texte et les points de vue du quatrième ne correspondent pas à ceux de son gouvernement. Les quatre membres représentant des membres permanents du Conseil de sécurité sont opposés au projet de texte, ainsi qu'au moins six des 11 membres du Groupe des Vingt, dont la population, le territoire et le produit intérieur brut représentent 67 %, 60 % et 90 % des totaux mondiaux, respectivement. Cette analyse montre très clairement lequel des camps, « pour » ou « contre », est le plus représentatif.

43. La veille même, la Commission a appris de la bouche du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, qui représente 47 pays, que parmi les sept représentants des Gouvernements qui se sont exprimés sur ce sujet, aucun n'a appuyé les vues exprimées par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. La Commission, qui est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale, va-t-elle aller à l'encontre de la position de tant d'États membres ? Dans ce contexte, M. Huang aura du mal à accepter l'adoption controversée du projet d'article 7, et encore plus sa soumission à la Sixième Commission − qui ne manquera de susciter des critiques véhémentes.

44. M. Huang n'est pas non plus satisfait des méthodes de travail du Comité de rédaction. Pendant l'examen du projet d'article 7, le manque de temps a été invoqué à maintes reprises pour aller de l'avant. Cependant, devoir respecter des délais ne saurait justifier que l'on se hâte ; un résultat solide a toujours beaucoup plus de poids que la vitesse à laquelle le travail a été accompli. Plus le sujet est important, plus il faut de temps pour mener à bien une discussion approfondie : il est contre-productif de se concentrer sur des résultats immédiats. Un projet d'article immature dont l'adoption a été précipitée sera sans nul doute rejeté dans la pratique internationale. C'est précisément pour cette raison que, lorsqu'elle examine des sujets importants et controversés, la Commission adopte systématiquement une approche fondée sur le consensus. Elle cherche patiemment des solutions appropriées, parfois au détriment de l'efficacité, afin que le résultat final résiste à l'épreuve du temps et que les questions controversées ne soient pas simplement retransmises à la Sixième Commission ou au public.

45. Le projet d'article 7 est un article fondamental qui, s'il n'est pas traité correctement, risque de compromettre le projet d'articles dans son ensemble, au détriment des relations entre les États. En conséquence, de nombreux membres, dont M. Huang, ont souligné à maintes reprises qu'il fallait faire preuve de prudence. Malheureusement, il n'a pas été tenu compte de ces avertissements. Compte tenu de la controverse majeure à laquelle le projet d'article 7 a donné lieu au sein de la Commission à la première partie de la session, des délibérations plus approfondies auraient dû se poursuivre au cours de la seconde partie. Les principales divergences d'opinion n'ont pas disparu. Le Comité de rédaction aurait dû passer en revue individuellement les exceptions énoncées dans le projet d'article 7, au lieu de quoi, il a choisi de les examiner comme un tout. Malgré les demandes répétées de M. Huang, il n'a été donné aucun critère de sélection de base garantissant que les exceptions n'étaient pas choisies selon les caprices des membres.

46. Les membres réélus comme les membres nouvellement élus doivent refuser d'être conduits par leurs préférences subjectives et doivent rechercher un équilibre approprié entre la codification et le développement progressif du droit international. La Commission ne doit pas renoncer à la rigueur et à la démarche scientifique qui lui ont gagné le respect de la communauté internationale. Malheureusement, cette rigueur et cette démarche scientifique n'ont pas prévalu lors de l'examen du projet d'article 7. Les dispositions sont trop éloignées de la pratique des États et le libellé retenu ne résiste pas à l'examen. Des crimes spécifiques, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sont cités dans certains alinéas, tandis que dans d'autres, des actes tels que la torture et les disparitions forcées sont mentionnés. Or, à l'évidence, la torture est une notion différente du crime de torture.

47. Les dispositions de fond doivent être examinées conjointement avec celles concernant les procédures et garanties, car le droit international requiert tant une justice procédurale qu'une justice matérielle. La justice pénale internationale doit être mise en œuvre, mais elle doit suivre les procédures appropriées. La justice sans les garanties nécessaires ne présente pas des conditions de sécurité satisfaisantes. L'immunité fait partie des règles procédurales, et sa valeur unique repose sur la justice procédurale. Toute extension obligatoire des exceptions à l'immunité pourrait facilement faire des garanties procédurales de l'immunité des structures vides, conduisant à une injustice de fait.

48. En conclusion, M. Huang estime que les conditions nécessaires pour l'adoption du projet d'article 7 ne sont pas encore réunies et il est fermement opposé à ce que ce texte soit soumis à l'Assemblée générale. Il s'accorde avec ceux qui estiment que le projet d'article 7 doit être examiné conjointement avec les garanties procédurales qui seront présentées dans le sixième rapport.

49. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction), s'exprimant à titre personnel en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il ne peut pas appuyer l'adoption du projet d'article 7. Ses opinions, qui sont strictement personnelles et exprimées dans la tradition de l'indépendance

totale des membres de la Commission, ne doivent pas être classées dans un groupe géographique ou politique. Il ressort clairement des déclarations en plénière qu'il n'y a pas d'appui dans la pratique des États et qu'aucune tendance ne se dessine, puisqu'on ne trouve dans les jurisprudences nationales qu'un nombre insignifiant d'affaires et qu'il n'existe aucun exemple de législation nationale ni de traité. Les conclusions du Comité de rédaction reposent uniquement sur des préférences et des choix et non sur des motifs juridiques ou politiques, comme en témoigne le fait que des crimes internationaux graves tels que le terrorisme, l'esclavage et la traite des êtres humains ne figurent pas dans la liste des exceptions. L'exercice entrepris par le Comité de rédaction sort du mandat et des fonctions de la Commission. M. Rajput n'a donc pas d'autre choix que de désapprouver l'adoption du projet d'article 7.

50. M. PETRIČ dit que le sujet est à l'évidence sensible et important. Dans ce type de cas, la Commission a en général pour pratique de procéder *festina lente*, autrement dit, de se hâter lentement. Il n'y a nul besoin urgent de prendre maintenant une décision sur le sujet, car la Commission dans sa composition actuelle dispose encore de quatre années, soit suffisamment de temps pour élaborer une proposition plus consensuelle à présenter aux États. En sa qualité de membre de la Commission, M. Petrič s'exprime à titre individuel et jamais au nom de son gouvernement : il ne souhaite pas que son point de vue soit attribué à un groupe particulier. La Commission produit un travail de codification qu'elle ambitionne de voir devenir un jour un instrument international ratifié par les États. À cet égard, elle doit garder à l'esprit que ceux-ci ont besoin que les questions traitées dans le projet d'articles soient d'une clarté extrême, notamment en ce qui concerne les exceptions. Or elle n'est pas encore parvenue à cette clarté. S'agissant en particulier des crimes ayant une dimension politique, comme la corruption, il est essentiel que les exceptions soient parfaitement claires. M. Petrič propose que la Rapporteuse spéciale et les membres de la Commission réfléchissent davantage à la liste des exceptions dans la période intersessions afin de jeter les bases d'une discussion plus productive à la session suivante. Compte tenu des objections très sérieuses qui ont été soulevées, il n'appuie pas l'adoption provisoire du projet d'article 7 à ce stade.

51. M. GÓMEZ ROBLEDO dit que la Commission devrait procéder à un vote au lieu de s'engager dans un second débat qui serait inapproprié à ce stade. Il a été très surpris par la manière dont M. Huang a décrit les travaux de la Commission. Selon l'article 8 du statut de la Commission, « les personnes appelées à faire partie de la Commission [doivent] réuni[r] individuellement les conditions requises » et « dans l'ensemble [de la Commission], la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde [doit être] assurée ». La Commission doit s'autoriser à se laisser guider par les principales traditions juridiques représentées par les membres et non par les groupes politiques auxquels appartiennent leurs gouvernements. Il ne fait aucun doute que l'Assemblée générale examinera les travaux de la Commission, peut-être avec plus d'intérêt que ceux d'autres années, et fera part de ses observations en vue de la poursuite des travaux sur le sujet, qui seront menés tout au long du reste du quinquennat.

52. M. HUANG, soulevant un point d'ordre, dit que ses observations semblent avoir été mal comprises. Il reconnaît que les membres siègent à la Commission à titre individuel et que la majorité des membres sont favorables au projet d'article 7.

53. M. RUDA SANTOLARIA dit que, comme M. Gómez Robledo, il estime que la procédure appropriée a été suivie en ce qui concerne le projet d'article 7. Le texte a été examiné en séance plénière, où de nombreuses observations utiles ont été faites, puis renvoyé au Comité de rédaction, où une discussion fructueuse a eu lieu. Il est à présent temps de soumettre le texte aux États et de voir ce qu'ils en pensent. M. Ruda Santolaria est favorable à l'adoption du projet d'article 7.

54. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il est opposé à l'adoption du projet d'article 7. Aucune des deux principales objections au texte qu'il a exposées dans une déclaration antérieure faite en plénière[377] n'a été traitée de manière appropriée. En premier lieu, les exceptions à l'immunité *ratione materiae* formulées dans le projet d'article ne sont pas fondées sur le droit international coutumier, pas plus que n'a été établie l'existence d'une tendance à cet effet. Le Comité de rédaction n'a fait aucun effort pour convenir que le commentaire préciserait la nature du projet d'article 7 en indiquant qu'il exprime la *lex lata* ou la *lex ferenda*, le droit existant ou une nouvelle règle juridique. Même s'il est parfois difficile d'établir de telles distinctions, la Commission doit au moins s'efforcer de le faire. C'est particulièrement important lorsque le résultat de ses travaux ne s'adresse pas simplement aux États, mais aussi aux tribunaux nationaux, comme c'est le cas en l'espèce. Les tribunaux nationaux doivent appliquer le droit existant, ou *lex lata*, et ils ne sont souvent pas suffisamment expérimentés pour distinguer le droit existant des propositions tendant à établir de nouvelles règles juridiques. Il faut donc que la Commission soit aussi claire que possible ; à défaut, le projet d'article risque d'être source d'erreurs.

55. En second lieu, la relation déterminante entre les éventuelles exceptions à l'immunité *ratione materiae* et les garanties procédurales qui permettront d'éviter que ces exceptions ne donnent lieu à des abus n'a pas été suffisamment reconnue. Le projet d'article ne devrait être adopté que conjointement avec des garanties procédurales. Le Comité de rédaction devrait donc le conserver jusqu'à la session suivante de la Commission.

56. Chacun convient que les questions traitées dans le projet d'article 7 sont très importantes. Le Président dit qu'il a fait une proposition constructive en vue de concilier les exigences découlant du principe de l'égalité souveraine et l'objectif visant à mettre fin à l'impunité des crimes internationaux, essayant ainsi de rapprocher les points de vue divergents des membres de la Commission. Cette proposition n'a pas été étudiée.

57. Pour ces raisons, le Président ne peut pas souscrire à l'adoption du projet d'article 7.

58. M. OUAZZANI CHAHDI propose, compte tenu du caractère délicat de la question, que la séance soit

[377] Voir *supra* la 3365e séance.

suspendue pour faciliter les consultations entre les membres de la Commission.

La séance est suspendue à 11 h 35 ; elle est reprise à 11 h 50.

59. Le PRÉSIDENT, notant que des consultations informelles ont eu lieu pendant la suspension de séance, invite la Commission à procéder à un vote par appel nominal, par ordre alphabétique, sur l'adoption du projet d'article 7 (A/CN.4/L.893).

Votent pour : M. Argüello Gómez, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, Mme Lehto, M. Murase, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermudez.

Votent contre : M. Huang, M. Kolodkin, M. Laraba, M. Murphy, M. Nolte, M. Petrič, M. Rajput, Sir Michael Wood.

S'abstient : M. Šturma.

Nombre de membres présents et votants : 30.

Le projet d'article 7 (A/CN.4/L.893) est adopté par 21 voix contre 8, avec 1 abstention.

Explications de vote

60. M. TLADI dit que, même s'il a voté en faveur du projet d'article 7, il souhaite que soit consigné le grand déplaisir que lui a causé le fait que le Comité de rédaction et la Commission n'aient pas jugé bon de faire figurer le crime d'agression dans la liste des crimes pour lesquels l'immunité est inapplicable. Il n'y a absolument aucune raison juridique que d'autres crimes y figurent, mais l'agression, crime qui figure dans les travaux de la Commission depuis 1950, en a été exclue. Si les critères pour lesquels des crimes ont été retenus ont trait au caractère de norme de *jus cogens* de leur interdiction, il ne fait aucun doute que le crime d'agression aurait dû être retenu. En 1966, ce fut le seul exemple donné par la Commission de ce qui peut être constitutif d'une norme de *jus cogens*. En outre, la Cour internationale de Justice a fait référence à d'innombrables reprises à son interdiction en tant que norme ayant le caractère de *jus cogens*. Si c'est à raison de leur gravité que des crimes ont été retenus, il ne fait là non plus aucun doute que le crime d'agression aurait dû l'être. L'Assemblée générale et la Commission ont toutes deux décrit l'agression comme le plus grave de tous les crimes contre la paix et la sécurité dans le monde entier. M. Tladi ne voit aucune raison juridique ou logique d'exclure en particulier le crime d'agression. La seule raison qu'il distingue − ce pourquoi il s'est senti tenu d'expliquer son vote −, c'est qu'il s'agit d'un crime qui est la plupart du temps commis par les puissants. La Commission vient donc de décider que les plus puissants doivent échapper à la justice. M. Tladi regrette qu'elle ait choisi de conserver deux poids, deux mesures et de perpétuer l'iniquité, malgré les si nombreuses plaintes que ces pratiques ont suscitées.

61. M. ŠTURMA dit qu'il s'est abstenu lors du vote afin d'exprimer l'insatisfaction que lui a causé la regrettable dissension au sein de la Commission et de ses travaux. Il est profondément convaincu que les exceptions à l'immunité *ratione materiae* des États doivent être développées progressivement. Il espère qu'il sera possible, au fil du débat, de surmonter au moins certaines des divisions profondes au sein de la Commission. Il soutient encore les exceptions et espère qu'après un débat plus approfondi le projet d'article 7 pourra être adopté sous une forme acceptable par la plupart des membres de la Commission.

62. M. HMOUD dit qu'il a voté en faveur du projet d'article 7 même si, comme M. Tladi, il aurait préféré que l'agression fasse partie des crimes auxquels l'immunité ne s'applique pas. Même s'il peut s'agir d'un acte de l'État, c'est un acte criminel commis par un individu. En ce sens, il ne diffère pas des autres crimes ayant une portée internationale commis par des individus lorsqu'ils exercent des fonctions exécutives, tels que les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre. M. Hmoud attend avec intérêt de voir le rapport de l'année suivante sur les garanties procédurales, qui pourra dissiper les préoccupations des membres qui ont voté contre le projet d'article 7 faute de garanties procédurales associées au projet d'article. L'adoption du texte n'est que provisoire : lorsqu'elle l'examinera en première lecture, la Commission aura eu l'occasion d'entendre les réactions de la communauté internationale, notamment celles des États à la Sixième Commission et d'autres acteurs.

63. M. JALLOH dit, en ce qui concerne le projet d'article 7, qu'il n'a pas été convaincu par les explications données par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport sur l'immunité (A/CN.4/701) au sujet de la raison pour laquelle elle souhaite exclure le crime d'agression. Les autres crimes les plus graves figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale − à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre − sont sur la liste des exceptions prévue par le projet d'article 7, mais le plus grave sans doute des crimes qui existent en droit international − le crime d'agression − en a été exclu. Ce crime a été retenu dans le Statut du Tribunal militaire international[378] (Statut du Tribunal de Nuremberg), en vertu duquel des accusés de 12 États ont été reconnus coupables à l'issue des procès menés par le Tribunal militaire international. Dans le jugement du Tribunal de Nuremberg, en date du 30 septembre 1946, il est dit que « [d]éclencher une guerre d'agression n'est […] pas seulement un crime d'ordre international ; c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous[379] ». Dans la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974, les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ont adopté par consensus une définition de l'agression. Le crime d'agression figure à l'article 8 *bis* du Statut de Rome. Un nombre suffisant d'États parties ont ratifié les amendements de Kampala pour que l'Assemblée des

[378] Le Statut du Tribunal militaire international est annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, de 1945.

[379] Voir Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, vol. 22, Nuremberg, 1949, p. 456.

États parties qui se réunira à New York en décembre 2017 ait prévu de décider s'il convient que le crime d'agression permette l'engagement de poursuites devant la Cour pénale internationale. Une quarantaine d'États auraient également adopté une législation interne interdisant le crime d'agression. Plusieurs instruments élaborés par la Commission mentionnent le crime d'agression, notamment le principe VI *a* des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[380] (Principes de Nuremberg), l'article 2, paragraphe 1, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, l'article 16 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 et l'article 20 *b* du projet de 1994 de statut de la Cour pénale internationale[381]. Tous ces exemples montrent la gravité du crime d'agression pour les États et le reste de la communauté internationale.

64. Dans ces circonstances, M. Jalloh souhaite que soit consignée la vive déception que suscitent en lui les profondes divisions au sein de la Commission. Les membres ont le droit de donner leur point de vue, mais certaines déclarations ont de fait laissé entendre, de manière inadmissible, que les uns travaillaient contre les intérêts des dirigeants de leurs propres États et que d'autres devaient s'engager docilement dans la même voie que les membres ressortissants des grandes puissances, mesurées à l'aune de la force politique et économique. Ce type d'argument politique, dont l'essence est que la force fait le droit et que le droit doit devenir la loi, est extrêmement regrettable. À bien des égards, en déclassant implicitement le crime d'agression − « le crime international suprême » − et en créant un double régime supposant que certaines infractions visées par le Statut de Rome sont plus importantes que d'autres du seul fait qu'elles sont exclues de la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas, la Commission renforce l'argument selon lequel, dans le droit international qui est censé être un système où tous sont égaux, il y a en réalité deux poids, deux mesures. M. Jalloh espère que, lorsque le projet d'article 7 sera examiné à la session suivante, la Commission prendra une décision qui complétera le nouveau système de droit pénal international ancré autour de la Cour pénale internationale, au lieu de le compromettre.

65. M. MURASE dit qu'il souhaite lui aussi exprimer son mécontentement quant au fait que le crime d'agression n'a pas été retenu dans le projet d'article 7 ; il souscrit aux arguments qui viennent d'être donnés en faveur de son inclusion.

66. M. CISSÉ dit que, bien qu'il ait voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7, il souhaite faire part de son insatisfaction quant au fait que des crimes graves comme l'esclavage, la corruption, la traite des êtres humains, la piraterie et le terrorisme international n'ont pas été retenus dans la liste figurant au paragraphe 1, et qu'aucune explication juridique n'a été donnée quant aux raisons pour lesquelles l'apartheid et les disparitions forcées l'ont été.

67. M. HASSOUNA dit qu'il a voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7. En ce qui concerne la procédure, il estime que la Commission a procédé comme elle était tenue de le faire en menant en plénière un débat approfondi sur le texte, en renvoyant celui-ci au Comité de rédaction pour qu'il poursuive la discussion et en le soumettant de nouveau à la plénière, où la majorité des membres a approuvé le rapport du Comité de rédaction et appuyé le projet d'article 7. Sur le fond, cependant, il aurait été très nettement favorable à ce que le crime d'agression figure dans le texte, pour les raisons exposées par les orateurs précédents.

68. M. OUAZZANI CHAHDI dit qu'il a voté en faveur du projet d'article 7 mais qu'il est déçu par le climat politisé dans lequel s'est déroulé le débat et qu'il déplore que les crimes d'agression et de corruption n'aient pas été retenus dans la liste des exceptions à l'immunité.

69. M. PARK dit qu'il a voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7 mais que, comme d'autres membres de la Commission, il est convaincu que le crime d'agression devrait figurer parmi les exceptions énumérées dans le texte.

70. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle a voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7, étant convaincue qu'il reflète la position de la Commission et que la Commission et le Comité de rédaction ont tous deux agi entièrement dans le cadre du mandat de la Commission, à savoir en vue de promouvoir la codification et le développement progressif du droit international. La procédure employée par la Commission pour traiter les propositions de projets d'article a été strictement suivie : *a*) la plénière a débattu du rapport présenté par la Rapporteuse spéciale et a décidé par consensus de renvoyer le projet d'article 7 au Comité de rédaction en notant que celui-ci devait tenir compte de toutes les observations faites par les membres ; *b*) le Comité de rédaction a examiné en détail le projet d'article, en analysant tant les observations faites en séance plénière que les divers commentaires exprimés au sein du Comité de rédaction par ses membres ; et *c*) sur la base de ces travaux, le Comité de rédaction a adopté le projet d'article 7 et a décidé de le renvoyer à la plénière pour approbation. Enfin, tous les membres de la Commission qui ont participé au Comité de rédaction, y compris ceux qui ont réservé leur position sur le projet d'article 7, l'ont fait de manière active et constructive en vue de trouver une formulation qui reflète le consensus de la Commission sur cette question. De plus, les membres qui l'ont jugé nécessaire ont réservé leur position en vue de l'exprimer en plénière.

71. M^me^ Escobar Hernández souligne qu'un esprit de collégialité a inspiré l'ensemble du processus, pour cette raison elle regrette que, finalement, certains membres de la Commission n'aient pas pu se joindre au consensus et aient demandé un vote, exerçant un droit légitime de tous les membres de la Commission. En tout état de cause, cela n'affaiblit ni la qualité ni la validité des travaux de la Commission.

72. Enfin, M^me^ Escobar Hernández se dit une nouvelle fois convaincue que la Commission doit traiter de manière approfondie les questions procédurales, notamment les garanties procédurales nécessaires pour empêcher la

[380] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 376, par. 109. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n^o^ 12* (A/1316), par. 109.

[381] Le projet de statut adopté par la Commission en 1994 est reproduit dans *Annuaire… 1994*, vol. II (2^e^ partie), p. 28 et suiv., par. 91.

politisation et les éventuels abus dans l'exercice de la compétence pénale. À l'appui de cette conviction, elle rappelle qu'à sa demande la Commission a déjà tenu des consultations informelles sur ce sujet et que son sixième rapport sera consacré aux questions procédurales.

73. M. NGUYEN dit qu'il a voté en faveur de l'adoption du projet d'article 7. Cependant, il souhaite exprimer son profond regret que le crime d'agression n'ait pas été retenu dans la liste des exceptions à l'immunité, alors même qu'il a eu pour beaucoup de pays des conséquences plus graves et négatives que d'autres crimes tels que le crime d'apartheid. En ce qui concerne la base juridique de son inclusion, le crime d'agression figure dans les principaux instruments de droit international.

Rapport sur les consultations informelles concernant les dispositions et garanties procédurales

74. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que des consultations informelles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ont eu lieu le 18 juillet 2017 sous sa présidence. Ces consultations étaient ouvertes à tous les membres de la Commission et étaient basées sur un document de réflexion informel qu'elle avait élaboré sur les dispositions et garanties procédurales. Ce document traite de trois questions principales : *a*) la notion de juridiction et sa portée, ainsi que d'autres questions liées traditionnellement aux aspects procéduraux tels que le moment où l'immunité doit être envisagée, l'invocation de l'immunité et la levée de l'immunité ; *b*) les garanties procédurales qui doivent être établies pour assurer un traitement équilibré de l'immunité, en particulier du point de vue de la relation entre l'État du for et l'État du représentant, y compris les questions relatives à la communication entre l'État du for et l'État du représentant, la possibilité de l'exercice de la compétence par l'État du représentant ou une juridiction pénale internationale et les mécanismes facilitant la coopération internationale et l'aide juridique ; et *c*) les garanties procédurales qui doivent être établies à l'égard du représentant concerné, y compris les garanties d'un procès équitable et les droits de la défense.

75. Les consultations informelles ont souligné l'importance des dispositions et garanties procédurales dans la configuration d'ensemble du sujet à l'étude. Mme Escobar Hernández remercie tous les membres qui ont participé à ces consultations de leurs commentaires et observations à caractère tant général que spécifique, dont elle a pris note en vue de l'élaboration de son sixième rapport.

76. Enfin, Mme Escobar Hernández propose qu'un paragraphe sur les consultations informelles soit ajouté dans le rapport annuel de la Commission.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*)

77. M. KOLODKIN remercie le Rapporteur spécial sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour son premier rapport (A/CN.4/708) intéressant et pour s'être efforcé de traiter le sujet de manière équilibrée. Une dizaine de délégations seulement ont participé aux débats à la Sixième Commission sur le sujet en 2016, dont trois qui ont déclaré que les travaux de la Commission du droit international contribueraient à combler des lacunes dans le droit international. La question qui se pose, cependant, est celle de savoir si de telles lacunes existent réellement.

78. Le Rapporteur spécial lui-même, au paragraphe 19 de son rapport, renvoie au « point » de savoir s'il existe des règles de droit international qui régissent le transfert d'obligations et le transfert de droits découlant de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Cela porte à croire que la Commission doit avoir pour tâche d'étudier la pratique des États et d'autres éléments afin de déterminer si ces règles existent. Or, dans le même paragraphe, le Rapporteur spécial dit que ses rapports se pencheront sur les règles relatives à la succession d'États « applicables dans le domaine de la responsabilité de l'État », ce qui semble indiquer qu'il est déjà d'avis que de telles règles existent.

79. Ce point est en outre confirmé par la thèse du Rapporteur spécial selon qui le résultat des travaux sur le sujet devrait être soit la codification, soit à la fois la codification et le développement progressif du droit international. À l'évidence, la codification n'est possible que si des normes du droit international coutumier existent dans le domaine à l'étude. La Commission doit savoir dès le début quel exercice elle doit entreprendre. Après avoir lu le rapport, M. Kolodkin ne sait toujours pas précisément ce que le Rapporteur spécial entend codifier. En effet, le Rapporteur spécial donne des exemples de décisions judiciaires qu'il considère comme attestant une tendance à la révision de la règle générale de non-transfert à l'État successeur de la responsabilité pour fait internationalement illicite. Cependant, ces décisions judiciaires ont donné lieu à des interprétations variées ; beaucoup d'auteurs estiment qu'elles ne permettent pas d'affirmer qu'il existe une tendance à la non-succession en matière de responsabilité.

80. Le Rapporteur spécial cite également des exemples d'accords de dévolution comme preuve d'un mouvement s'écartant de la règle de non-succession en matière de responsabilité, mais il ne fournit ni renseignements utiles sur ces accords ni analyse des textes pertinents. Si les parties à de tels accords les ont conclus en partant de l'existence d'une norme de droit international prévoyant le transfert de la responsabilité à la suite de la succession, ces accords prouvent l'existence d'une telle norme ou, du moins, d'une tendance à son émergence. Cependant, de tels accords peuvent être conclus pour toutes sortes de raisons, et pas à cause de la conviction qu'un sujet de droit ayant subi un préjudice de la part d'un État prédécesseur doit recevoir une indemnisation pour ce préjudice, ou que l'État successeur doit recevoir une indemnisation pour les dommages causés par la violation du droit international par un État prédécesseur. Ces accords peuvent être considérés comme des exceptions à la règle de non-succession.

81. Il semble donc à M. Kolodkin que le candidat le plus plausible à la codification serait une règle sur la non-succession et les exceptions à cette règle. Rien ne justifie que

l'on codifie une règle sur le transfert de la responsabilité, puisqu'il n'y a aucune preuve de l'existence de cette règle. Le Rapporteur spécial semble néanmoins enclin à aller dans ce sens, même si cela constitue un développement progressif du droit international ou la formulation d'une nouvelle règle juridique. M. Kolodkin n'a aucune objection à cela, même si la question est de savoir si les États y seront favorables. La Commission doit se concentrer sur les points de vue des États car elle est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale, contrairement à l'Institut de droit international qui peut développer des positions juridiques sur les vues qui y prévalent à un moment donné. La forme que prendra le résultat des travaux de la Commission a également une incidence sur la question de savoir s'il s'agit de codifier le droit existant ou de formuler une nouvelle règle juridique. M. Kolodkin n'est pas opposé à l'élaboration d'un projet d'articles. Cependant, le fait que les précédents travaux de la Commission sur la succession d'États aient pris cette forme n'est pas une justification suffisante de mener à présent un tel exercice : il faudrait laisser la porte ouverte à d'autres possibilités de résultats finals.

82. M. Kolodkin n'est pas convaincu qu'il convienne d'exclure du sujet la responsabilité (*liability*) pour des activités non interdites par le droit international. L'on pourrait commencer par des travaux sur la succession en matière de responsabilité pour fait internationalement illicite, puis passer à la responsabilité (*liability*) pour des activités non interdites par le droit international. M. Kolodkin convient avec d'autres membres de la Commission que le sujet doit se limiter aux cas dans lesquels la succession a eu lieu conformément au droit international. Il n'est pas certain que la continuité des États doive entrer dans le champ du sujet. Les cas dans lesquels la responsabilité d'un État prédécesseur qui continue d'exister est engagée mais dans lesquels l'État successeur n'est pas concerné ne relèvent pas du sujet : il ne s'agit pas de cas de succession d'États. Cet aspect du champ du sujet devrait être mentionné au projet d'article premier, ou dans le commentaire y relatif. Comme M. Park l'a noté, il faut également déterminer si les contre-mesures doivent être couvertes.

83. Le Rapporteur spécial, à l'instar du Rapporteur de l'Institut de droit international, propose de parler, non de transfert de la responsabilité mais de transfert de droits et de transfert d'obligations. M. Kolodkin doute quant à lui qu'un tel changement ait une base objective. Il semble que ce soit une construction assez artificielle, qui vise peut-être à écarter l'hypothèse d'un lien étroit entre la responsabilité et la personnalité juridique de l'État. Si le Rapporteur spécial adhère réellement à une telle distinction, celle-ci devrait être mieux étayée dans le commentaire. Des explications plus poussées sont nécessaires dans d'autres domaines aussi : par exemple, le Rapporteur spécial dit qu'il importe d'établir une distinction entre sécession négociée et sécession contestée (révolutionnaire), mais il ne dit rien des raisons pour lesquelles cette distinction est importante ni de ce en quoi elle consiste.

84. En ce qui concerne les projets d'article à proprement parler, M. Kolodkin prend note de la proposition, au paragraphe 26 du rapport, tendant à ce que les travaux sur le futur texte soient d'abord axés sur des dispositions générales sur la succession d'États, mettant en particulier l'accent sur le caractère prioritaire d'un accord. Les projets d'articles 3 et 4, sur la portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité et sur la déclaration unilatérale de l'État successeur, respectivement, devraient donc être repris à un stade ultérieur des travaux, après qu'une analyse plus complète de ces accords et des actes unilatéraux ayant trait à divers scénarios de succession aura été réalisée.

85. Sous réserve de ces observations, M. Kolodkin n'a pas d'objection au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci les conservera en attendant de poursuivre sa tâche sur la base des travaux ultérieurs de la Commission sur le sujet.

86. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ accueille avec satisfaction la décision qu'a prise le Rapporteur spécial de limiter l'étendue du sujet au transfert de droits et au transfert d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite ; comme il est souligné au paragraphe 23 du rapport, cela n'exclut pas la possibilité d'aborder certaines questions à un stade ultérieur, notamment la question de la manière dont les règles relatives à la succession en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à des organisations internationales lésées ou à des particuliers lésés. Pour examiner le sujet, la Commission doit s'appuyer sur ses travaux antérieurs, notamment son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[382], les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, de 1978, et de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1983, sur la pratique des États et la jurisprudence internationale et nationale, et sur la doctrine, en particulier le rapport de la soixante-treizième conférence de l'Association de droit international[383] et la résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale[384] adoptée par l'Institut de droit international en 2015.

87. En ce qui concerne les projets d'articles 3 et 4, il serait souhaitable de ne pas traiter de la pertinence des accords de dévolution, des accords de règlement des réclamations, des autres accords et des déclarations unilatérales et autres actes avant d'avoir au préalable défini plus clairement les règles générales relatives à la succession et à la responsabilité. Cela est particulièrement important à la lumière de la proposition du Rapporteur spécial, selon qui le principe traditionnel et absolu de non-succession en matière de droits et d'obligations dans le cas de la succession d'États est remplacé par d'autres règles découlant d'une pratique récente. Toutefois, ce principe est au cœur de l'ensemble du projet d'articles ; il est donc justifié de mener une analyse plus approfondie du matériel pertinent

[382] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[383] Association de droit international, *Report of the Seventy-third Conference held in Rio de Janeiro, Brazil, 17-21 August 2008*, Londres, 2008.

[384] Résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703 à 711. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

et d'autres recherches sur la pratique et la jurisprudence des États. En particulier, les facteurs à prendre en considération en matière de responsabilité dans différentes situations de succession devraient être précisés. Comme l'a indiqué le tribunal arbitral dans la décision qu'il a rendue en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, une multitude de facteurs concrets influent sur le point de savoir si le principe de la succession peut être ou non considéré comme une règle générale.

88. Le Rapporteur spécial adopte ce qu'il appelle une approche réaliste qui suppose que l'on fasse une distinction entre les cas de dissolution et d'unification, où l'État d'origine disparaît, et les cas de sécession, où l'État prédécesseur continue d'exister ; il fait également une distinction entre la sécession négociée et la sécession contestée ou révolutionnaire. Cela étant, la pertinence d'autres facteurs et la preuve de leur existence dans la pratique, la jurisprudence et la doctrine devraient aussi être étudiées afin de faciliter une analyse plus approfondie des facteurs applicables aux questions de responsabilité dans diverses situations. En particulier, les raisons du transfert de droits et du transfert d'obligations doivent être définies clairement afin d'élaborer une règle générale. M. Vázquez-Bermúdez est favorable au renvoi des projets d'articles 1er et 2 au Comité de rédaction et, s'il n'est pas opposé au renvoi des projets d'articles 3 et 4, il estime qu'il serait préférable de le reporter pour pouvoir tenir compte du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

La séance est levée à 13 h 5.

3379e SÉANCE

Vendredi 21 juillet 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. RUDA SANTOLARIA félicite le Rapporteur spécial pour son rapport clair et cohérent, qui comporte de nombreuses références utiles (A/CN.4/708). Il pense toutefois qu'à l'avenir, au moment de déterminer s'il convient d'inscrire un sujet du programme de travail à long terme au programme de travail en cours, la Commission devrait avoir un échange de vues plus ouvert sur les avantages et les inconvénients que cela présenterait. Le Rapporteur spécial a beaucoup accompli en peu de temps, mais il aurait peut-être dû adopter une approche plus préliminaire du sujet, en mettant l'accent sur la question de savoir s'il existe une règle générale sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ou si une tendance en ce sens peut être dégagée, plutôt que d'élaborer des projets d'article, même à titre provisoire.

2. De manière générale, M. Ruda Santolaria convient que l'examen du sujet par la Commission peut présenter un intérêt pour les États et viendrait compléter les travaux antérieurs de la Commission sur la succession d'États. Il souhaite toutefois faire quelques observations à partir de ce qu'affirme le Rapporteur spécial aux paragraphes 31 et 84 de son rapport, à savoir que la relation entre la succession d'États et la responsabilité internationale suscite encore peu d'intérêt de la part de la doctrine en droit international, que les situations de succession d'États sont relativement peu fréquentes et les affaires où la responsabilité de l'État est en jeu encore moins, que le transfert de droits ou d'obligations découlant de la responsabilité de l'État n'est en cause que dans certains cas de succession d'États et que la situation peut être différente selon que la succession est négociée ou contestée.

3. Compte tenu de ces circonstances, et étant donné le faible nombre de ratifications de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978), et de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États (Convention de Vienne de 1983), il n'est pas logique de vouloir à nouveau donner aux résultats des travaux de la Commission la forme d'un projet d'articles, car l'histoire risque fort de se répéter. Le produit final des travaux de la Commission devrait consister en un ensemble de directives auxquelles les États pourraient se référer dans les cas de succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

4. L'orateur pense comme le Rapporteur spécial que l'examen de la question auquel se sont déjà livrées des institutions privées, notamment l'Association de droit International et l'Institut de droit international, pourrait être utile et instructif mais ne saurait conditionner, limiter ou préjuger la manière dont la Commission traitera le sujet. Cela étant, il est favorable à une limitation de la portée du sujet à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et à l'exclusion de la responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, ainsi que des questions de succession en matière de responsabilité des organisations internationales. Il approuve la proposition de M. Grossman Guiloff tendant à modifier l'intitulé en ce sens.

5. M. Ruda Santolaria convient qu'il est nécessaire d'étudier un plus grand nombre de cas pour confirmer ou infirmer l'existence d'une règle générale, dégager une tendance ou établir des distinctions entre les différents

types de succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Aussi pense-t-il comme plusieurs autres membres de la Commission qu'il faudrait examiner la pratique des États sur les continents autres que l'Europe. Cela serait important pour s'en tenir à la démarche réaliste préconisée par le Rapporteur spécial, laquelle, comme cela est indiqué au paragraphe 64 du rapport, consisterait à distinguer, d'une part, les cas de dissolution et d'unification, dans lesquels l'État d'origine disparaît, et, d'autre part, les cas de sécession, dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister, et devrait également tenir compte du fait qu'une sécession négociée crée des conditions plus propices à un accord sur tous les aspects de la succession, y compris en matière de responsabilité internationale pour fait internationalement illicite. La nécessité d'examiner davantage d'exemples de la pratique est en outre confirmée par l'affirmation du Rapporteur spécial, au paragraphe 83 du rapport, selon laquelle le transfert ou non d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité de l'État dans certains types spécifiques de succession doit être prouvé au cas par cas.

6. M. Ruda Santolaria approuve l'utilisation par le Rapporteur spécial des termes et définitions pertinents figurant dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 ainsi que dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[385]. Il pense comme M. Murphy qu'il faudrait reprendre les définitions des termes « succession d'États », « État prédécesseur », « État successeur » et « date de la succession d'États » énoncées dans ces instruments. Il rejoint M. Hmoud, qui a proposé l'ajout du terme « État continuateur »[386]. Il pense comme le Rapporteur spécial que l'adoption de certains termes ne signifie pas que l'ensemble ou la plupart des règles des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 sont applicables dans le cadre du sujet à l'examen.

7. Les différents types d'accords sur la succession d'États passés entre les États concernés, dont le Rapporteur spécial fait mention dans son rapport, présentent un grand intérêt pour l'examen du sujet par la Commission. Cependant, M. Ruda Santolaria pense comme M. Hmoud que, lorsqu'elle cherche à parvenir à une conclusion à cet égard, la Commission devrait faire référence, de manière générale, à la primauté de ces accords et à la nécessité de les interpréter et de les appliquer conformément aux règles pertinentes du droit international. Il partage aussi l'avis du Rapporteur spécial concernant la portée des actes unilatéraux des États successeurs, dont les effets sont régis par les règles du droit international applicables. Enfin, il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

8. M. PETER voit plusieurs raisons justifiant l'examen par la Commission du sujet important de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. La première est que cela permettrait de compléter la série de travaux que la Commission a accomplis sur d'autres aspects de la succession d'États, qui est un domaine fondamental du droit international public. M. Peter pense avec le Rapporteur spécial qu'il s'agit là d'une démarche logique, que la Commission a déjà adoptée dans le passé et qui a largement fait ses preuves. À la différence d'autres aspects de la succession d'États que la Commission a traités, la succession d'États en matière de responsabilité de l'État a des implications directes pour les personnes tant physiques que morales et, partant, revêt un intérêt pratique.

9. M. Peter rejoint M. Nguyen qui a estimé, à la 3375e séance de la Commission, que le Rapporteur spécial avait donné, dans son examen de la pratique des États, une place beaucoup plus grande aux pays européens qu'à ceux d'autres régions telles que l'Asie et l'Amérique latine[387]. Il en résulte une marginalisation des pays en développement ; l'Afrique, en particulier, n'a pour ainsi dire pas été prise en considération, le mot « Afrique » n'apparaissant qu'une seule fois dans le rapport, alors que le continent africain, l'une des grandes victimes du colonialisme, a connu de nombreux processus de succession.

10. Au paragraphe 96 du rapport, le Rapporteur indique que les accords de dévolution qui lient le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et ses anciens dominions et territoires sont des exemples d'accords conclus entre un État prédécesseur et un État successeur et soumis à la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ce qui signifie qu'ils ne sont contraignants que pour les seules parties et qu'ils ne créent pas d'obligations pour les États tiers. Ces accords mettent l'accent sur deux éléments principaux, à savoir la présence d'une charte des droits dans la constitution du nouvel État et l'adoption pleine et entière, en matière de succession d'États, du principe de succession, par opposition au principe de la table rase, l'objectif étant d'assurer la continuité. Quelques pays courageux, cependant, ont rejeté la continuité. Le Tanganyika, par exemple, a opté pour la formule que l'on connaîtrait plus tard sous le nom de doctrine Nyerere de la succession d'États. Cette doctrine a été suivie par d'autres pays africains comme le Burundi, l'Ouganda, le Kenya, le Malawi, le Botswana, le Lesotho et le Swaziland. Au fil du temps, elle a fait l'objet de débats et de travaux universitaires, mais le Rapporteur spécial n'en fait aucune mention, même brève, dans son rapport.

11. Outre qu'il ne tient pas compte des pays en développement en général, et de l'Afrique en particulier, le Rapporteur spécial n'évoque pas de cas concrets de succession en matière de responsabilité internationale survenus en Afrique, pas même des cas bien connus tels que ceux de l'Algérie, de l'Égypte, du Ghana, de Madagascar, de la Namibie et de l'Afrique du Sud. Dans le rapport, seul le cas de l'Égypte est abordé, s'agissant de son union avec la Syrie pour former la République arabe unie. La Namibie est mentionnée incidemment, au paragraphe 117, où l'article 140 de sa Constitution est cité comme exemple de disposition législative pouvant être interprétée comme exprimant l'acceptation du comportement des organes de l'État prédécesseur. Cependant, le contexte dans lequel la Constitution namibienne a été élaborée et le rôle que l'Organisation des Nations Unies a joué dans l'indépendance de ce pays ne sont pas expliqués dans le rapport.

[385] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

[386] Voir *supra* la 3376e séance, par. 22.

[387] Voir *supra* la 3375e séance, par. 20.

12. Pour rendre compte comme il se devait de l'apport du continent africain, le Rapporteur spécial aurait dû mentionner au moins deux cas, ceux de l'Algérie et du Ghana. En bref, l'Afrique a considérablement contribué à l'élaboration de la théorie et de la pratique de la succession d'États et cela aurait dû être équitablement reflété dans le rapport. Il faut espérer que le Rapporteur spécial corrigera cet oubli dans les rapports à venir en se plaçant dans une perspective mondiale, qui s'étende au-delà de l'Europe.

13. Un autre domaine dans lequel l'Afrique offre des exemples susceptibles d'étoffer les recherches du Rapporteur spécial sur le sujet est celui de l'unification d'États. Le Rapporteur spécial a cité l'exemple de la République arabe unie, mais il existe d'autres exemples d'unions qui ont eu des incidences juridiques et politiques sur des questions liées à la succession d'États : l'union entre la République du Tanganyika et la République populaire de Zanzibar, en 1964, qui a donné naissance à la République-Unie de Tanzanie, la seule de ce type qui existe encore en Afrique, et l'union entre le Sénégal et la Gambie, en 1982, qui a donné naissance à la Confédération de Sénégambie.

14. Passant aux projets d'article, M. Peter relève que les projets d'articles 1er et 2 s'inspirent des articles 1er et 2 des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983. Si l'objectif de la Commission est d'élaborer des articles pour une troisième convention sur la question de la succession d'États, le Rapporteur spécial a eu raison d'adopter cette approche. Il convient d'appuyer les deux projets d'article tels qu'ils sont proposés, car en l'état actuel des choses il est inutile d'innover.

15. Les projets d'articles 3 et 4, en revanche, constituent des dispositions indépendantes qui doivent être appréciés individuellement. Les recherches et l'analyse sur lesquelles ils reposent sont très peu solides et insuffisantes. Aucun de ces deux projets d'article n'a la consistance requise, et les exemples choisis pour les étayer ne proviennent que de quelques régions du monde. Pour traiter ce sujet comme il le mérite, le Rapporteur spécial devrait remettre l'ouvrage sur le métier et se pencher sur certaines des questions que les membres de la Commission ont soulevées.

16. M. Peter craint que le programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial ne prête à confusion et pose problème, en particulier parce qu'il y est indiqué que le troisième rapport − qui doit être présenté à la soixante et onzième session de la Commission − sera axé sur le transfert des droits et des réclamations de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur. Il estime que le Rapporteur spécial devrait se pencher sur la procédure de détermination de telles réclamations avant même d'envisager la question de leur transfert. Sans cela, il ne s'agirait que d'un exercice purement technique qui ne reposerait pas sur une réflexion appropriée. Point plus important encore, la proposition du Rapporteur spécial ne porte que sur les cas dans lesquels il y a un État prédécesseur lésé, et non ceux où il y a un État successeur lésé. Les intérêts des États prédécesseurs et ceux des États successeurs devraient être traités de manière égale dans le troisième rapport, ou l'État successeur devrait se voir accorder une importance et une attention égales dans un rapport distinct, si cela est jugé nécessaire.

17. Historiquement, les États prédécesseurs sont généralement parvenus à s'exonérer de leur responsabilité. Dans certains cas, ils sont encore dans le déni, plus de cent ans après la succession d'États, même lorsqu'ils ont commis des crimes graves, dont certains pourraient être considérés comme figurant parmi les crimes les plus graves. Dans les cas où les États prédécesseurs ont commis des atrocités pendant la période coloniale, ils ont parfois tenté de distinguer la responsabilité qui leur incombait de celle des régimes coloniaux qu'ils avaient mis en place et soutenus, et dont les actes leur avaient bénéficié pendant des années. Pour établir un rapport équilibré, le Rapporteur spécial devrait donc se pencher sur la question de la responsabilité des États prédécesseurs.

18. Le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État touche à la question des droits des personnes et des entreprises, des sociétés ou des institutions qui pourraient être touchés par le processus de succession d'États. La responsabilité doit incomber soit à l'État prédécesseur, soit à l'État successeur, et l'attribution de cette responsabilité se fonde non pas sur la logique ou le bon sens, mais sur les aspects politiques de l'élaboration du droit international. Le Rapporteur spécial est donc bien courageux d'entreprendre l'étude de ce sujet, et il devrait s'efforcer de trouver un juste équilibre dans ses recherches, son analyse et sa présentation. Les sources qu'il utilise pour établir ses rapports devraient être indiquées dans une bibliographie, conformément à la pratique de la Commission.

19. M. Peter est favorable au renvoi des projets d'articles 1er et 2 au Comité de rédaction. Il estime en revanche qu'il convient de retravailler les projets d'articles 3 et 4 pour trouver un plus juste équilibre entre les sources de jurisprudence et la pratique sur laquelle ils reposent, et que ces textes ne sont donc pas prêts à être renvoyés au Comité de rédaction.

20. M. RAJPUT dit qu'il nourrit certaines réserves quant à l'inscription du sujet au programme de travail, tant parce qu'il aurait peut-être été plus judicieux de consacrer les ressources limitées de la Commission à l'examen de questions plus pressantes ayant des incidences plus vastes sur l'ensemble de la communauté internationale que parce qu'il est douteux que les principes généraux proposés dans le rapport existent vraiment dans le domaine de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Il se demande en outre s'il y a un quelconque intérêt à dégager une pratique, alors qu'en réalité la question a été réglée par le passé au moyen de simples arrangements consensuels entre les entités concernées. En fait, après avoir lu le rapport, M. Rajput parvient à la conclusion que la règle est la non-succession.

21. Le rapport aurait pu être structuré de manière plus claire. Le projet d'article qui suit chaque partie explicative ne semble pas découler de l'analyse qui précède. Par exemple, le projet d'article 2 (« Définitions ») n'a aucun rapport avec les sections A et B du chapitre II, et seule la section C contient des éléments d'information pertinents. En fait, l'analyse exposée dans les sections A et B du chapitre II est davantage en lien avec la section D du même chapitre, qui contient les éléments d'information relatifs au projet d'article 3. Les déclarations unilatérales auraient

pu faire l'objet d'une section distincte. Une structure plus rationnelle aurait facilité la lecture du rapport.

22. S'il serait judicieux de veiller à une certaine cohérence avec les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 en ce qui concerne les questions relatives à la succession d'États, il faudrait se garder de pousser trop loin cette recherche d'harmonie et adapter les dispositions tirées de ces instruments au contexte et aux exigences du sujet à l'examen. Par exemple, il convient de préciser que le projet d'article premier vise les droits autant que les obligations, puisque le projet d'articles porte tant sur la succession d'États que sur la responsabilité de l'État. Le projet d'article premier peut néanmoins être renvoyé au Comité de rédaction.

23. M. Rajput n'a pas d'objection aux alinéas *b* et *d* du projet d'article 2, mais estime que les alinéas *a* et *e* soulèvent des difficultés. L'alinéa *a* reprend mot pour mot le paragraphe 1 *b* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1978, dans lequel seule la territorialité est énoncée comme critère de la succession. Or la territorialité n'est pas le seul critère de la succession retenu dans cette Convention, l'article 6 y ajoutant celui de la légalité. La Commission ne sachant pas si le Rapporteur spécial prévoit d'énoncer séparément le critère de la légalité dans le projet d'articles ou s'il compte l'introduire dans l'alinéa *a* du projet d'article 2, M. Rajput juge prématuré de renvoyer l'alinéa *a* du projet d'article 2 au Comité de rédaction. Cet alinéa devrait être remanié une fois que les situations dont il fait l'objet auront été précisées. Cependant, si la Commission décidait de le renvoyer au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial devrait expliquer s'il a l'intention de couvrir l'ensemble ou la plupart des situations visées par la Convention de Vienne de 1978. En ce qui concerne l'alinéa *e*, le simple fait que la notion de « responsabilité internationale » n'ait pas été définie dans le passé ne signifie pas qu'il faille se lancer dans un exercice aussi complexe et sujet à controverse dans le contexte des projets d'article à l'examen ; il n'est pas nécessaire de définir cette notion.

24. M. Rajput exprime son désaccord avec les trois conclusions formulées au paragraphe 83 du rapport, à savoir que la règle de la non-succession est remise en cause par la pratique moderne des États, que cela ne signifie pas que, *a contrario*, il y ait toujours une succession automatique de responsabilité, et que la responsabilité dans certains types spécifiques de succession est transférée au cas par cas. M. Rajput, pour sa part, déduit de la pratique des États et de la doctrine que la non-succession à la responsabilité de l'État reste la règle, sauf quand les entités concernées conviennent d'autres arrangements.

25. Pour établir que la non-succession n'est plus la règle, le Rapporteur spécial se fonde sur la pratique des États, la doctrine et certaines décisions judiciaires, notamment la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, mais plusieurs membres s'étant exprimés avant M. Rajput ont fait valoir, avec des arguments convaincants, que ces décisions n'indiquent pas un quelconque changement dans la règle de la non-succession. Au paragraphe 39 de son rapport, le Rapporteur spécial affirme, en s'appuyant sur un passage du *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*[388], que la situation a changé. Or le contenu du *Restatement* n'est pas fondé sur la pratique des États. Les conclusions qui y sont formulées sont fondées sur un article d'encyclopédie et portent sur les droits des actionnaires en droit interne. Les conclusions sur lesquelles repose la thèse du Rapporteur spécial concernent les droits des actionnaires en droit interne, ne prouvent guère que la règle de la non-succession a changé et sont loin d'être une raison de contredire la jurisprudence constante des juridictions internationales.

26. M. Rajput est en désaccord avec l'interprétation que donne le Rapporteur spécial du paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[389]. La phrase citée à la fin du paragraphe 123 du rapport semble indiquer que deux conditions doivent être réunies pour inférer une responsabilité. Premièrement, le fait illicite doit être continu, c'est-à-dire qu'il doit commencer avant la date de la succession et se poursuivre pendant et après la succession. Deuxièmement, l'État successeur doit approuver et maintenir la situation. Il ne s'agit pas là en soi d'une situation de succession en matière de responsabilité, mais d'une situation où l'État successeur est responsable parce qu'il a participé à la commission du fait illicite. En outre, le critère de l'approbation montre que la responsabilité a également un fondement consensuel.

27. Dans la section B du chapitre II du rapport sont examinés plusieurs exemples de pratique étatique qui montrent, cependant, qu'en l'absence d'accord contraire, la non-succession est la règle. Dans le cas de la République arabe unie, la responsabilité de l'État n'a été assumée que par rapport à certaines réclamations formulées par des sociétés privées françaises et britanniques à la suite de la nationalisation du canal de Suez. Il ne s'agit pas d'un exemple de cas où la succession en matière de responsabilité a été acceptée pour tous les actes de l'État prédécesseur, mais d'un exemple de cas où cette succession a été le résultat d'un arrangement entre les entités concernées ; aussi, aucune conclusion générale ne peut en être tirée. Dans le cas du Panama, les réclamations fondées sur la succession concernaient uniquement un incendie dans la ville de Colón et se limitaient aux ressortissants américains ; l'affaire ne concernait pas la responsabilité générale ni des ressortissants d'autres États. Les cas de la cession au Chili par le Pérou de la province de Tarapacá, de la réunification de l'Allemagne et la désintégration de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ne sont pas très différents. En fait, les avis de la Commission Badinter cités dans le rapport ne semblent pas étayer l'hypothèse de l'existence de règles générales du droit international régissant la succession en matière de responsabilité de l'État. Cette commission a estimé que certains principes du droit international avaient trait à la succession d'États, mais qu'aucune des situations sur lesquelles elle s'était penchée ne

[388] American Law Institute, *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987.

[389] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

touchaient à la succession en matière de responsabilité. Elle a gardé le silence sur l'existence de règles du droit international concernant la succession à la responsabilité de l'État et n'a formulé des commentaires que sur la succession en matière de biens, d'archives et de dettes, qui sont des questions couvertes par la Convention de Vienne de 1983. Dans son avis no 13, elle n'a pas attribué de responsabilité pour dommages de guerre et a clairement indiqué que c'était là une question qui devrait être réglée d'un commun accord entre les parties, estimant que les règles applicables à la succession d'États et les règles relatives à la responsabilité de l'État relevaient de deux domaines distincts du droit international[390].

28. L'élément fondamental qu'il faut retenir s'agissant de l'ordonnance de 1947 relative à l'indépendance de l'Inde (concernant les droits, biens et obligations), mentionnée au paragraphe 46 du rapport, est qu'elle a été adoptée par le Parlement britannique, et non par l'Inde. Elle ne portait pas sur la succession en matière de responsabilité, mais sur l'octroi de l'indépendance aux dominions de l'Inde et du Pakistan. Ni l'ordonnance ni la loi de 1947 relative à l'indépendance de l'Inde n'ont été adoptées avec une quelconque participation de l'Inde. En fait, la loi a été abrogée lorsque la Constitution de l'Inde est entrée en vigueur, le 26 janvier 1950.

29. Les décisions des tribunaux indiens, qui ne sont pas citées directement dans le rapport mais auxquelles il est fait référence indirectement par la mention d'ouvrages de doctrine dans les notes de bas de page de la dernière phrase du paragraphe 46 du rapport, avaient trait à d'anciens États princiers, qui étaient en fait des provinces et non des États au regard du droit international. S'appuyer sur ces affaires est donc malavisé, car aucune d'entre elles ne concerne la succession en matière de responsabilité de l'État. Comme ces affaires portaient sur la responsabilité d'entités publiques pour des infractions civiles en droit interne et des violations de la législation interne, s'appuyer sur elles introduirait subrepticement la notion d'infraction civile en droit interne dans les projets d'article, ce qui n'est probablement pas l'intention du Rapporteur spécial.

30. M. Rajput, pour sa part, est d'avis que la règle du droit international existante est la non-succession à la responsabilité, ce qui signifie que la Commission se place sur le terrain des choix de politique générale, avec le risque que les choix effectués soient inacceptables pour les États. Malgré ses importantes réserves quant à la teneur du rapport, il n'a pas d'objection majeure au projet d'article 3 en son état actuel, si l'intention est de proposer des directives ou des principes types. Cependant, il pense avec M. Murphy que ce projet d'article ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction avant que la Commission n'ait vu les projets d'article que le Rapporteur spécial entend proposer concernant des cas précis de succession. Il pense également comme M. Murphy que le projet d'article 4 ne devrait pas, à ce stade, être renvoyé au Comité de rédaction.

31. M. HUANG dit que, premièrement, la façon dont la Commission choisit les sujets qu'elle inscrit à son ordre du jour mérite d'être examinée. Ces dernières années, la Commission s'est trop reposée sur les intérêts personnels ou les compétences et le parcours professionnels de ses membres. Elle s'est souvent laissé influencer par des groupes universitaires non gouvernementaux, principalement l'Association de droit international et l'Institut de droit international, faisant peu de cas des besoins concrets de la communauté internationale. Elle ne s'est pas suffisamment demandé si, dans un domaine donné, la pratique étatique était suffisamment abondante pour pouvoir soutenir soit la codification en tant que droit international coutumier, soit le développement progressif, si les résultats que l'on pouvait attendre de ses travaux avaient une quelconque valeur pratique en tant que guide, ou si ces résultats pouvaient constituer la base d'une convention ou d'un instrument juridiquement contraignant. Il s'ensuit que son travail s'apparente trop à de la recherche universitaire pure et, de ce fait, a suscité les critiques des États Membres de l'Organisation des Nations Unies.

32. Même si la rapidité presque sans précédent avec laquelle le projet d'articles a été soumis une fois le sujet choisi et le Rapporteur spécial nommé est, de toute évidence, due à la diligence et à l'efficacité de ce dernier, il est à craindre que la Commission, dans sa hâte, ait négligé des questions importantes. Il faudrait par conséquent réfléchir aux questions soulevées par M. Reinisch à la 3374e séance de la Commission. Comme de nombreux membres de la Commission, en particulier les membres nouvellement élus, ne connaissent pas suffisamment les travaux précédents de la Commission sur le sujet de la succession et que nombre de délégations de la Sixième Commission se sont opposées en 2016 à l'inscription du sujet au programme de travail à long terme ou ont estimé que le sujet ne revêtait pas une importance pratique, la Commission devrait se demander s'il n'est pas prématuré d'engager des travaux sur cette question.

33. Deuxièmement, il faut définir strictement la portée du sujet et établir une distinction claire entre la succession d'États et la succession de gouvernements, deux notions juridiques très différentes qui ne sauraient être confondues. À la 3374e séance de la Commission, M. Murase a évoqué l'affaire *Kokaryo (Guanghualiao) Dormitory*, qui est un exemple typique de succession de gouvernements. Il serait bon que le Rapporteur spécial se concentre uniquement sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État et n'élargisse pas ses travaux à la succession de gouvernements.

34. Troisièmement, les arrangements « un pays, deux systèmes » en vigueur à Hong Kong et à Macao n'entraînent pas de succession d'États. Il en va de même pour la rétrocession de Hong Kong à la Chine par le Royaume-Uni et la rétrocession de Macao à la Chine par le Portugal. L'histoire est jalonnée de cas dans lesquels une partie du territoire d'un État a été occupée par un autre État ou cédée à un autre État. Certains ont été réglés, d'autres non, mais, dans un cas de figure comme dans l'autre, ils ne devraient pas être un objet de recherche au titre du sujet à l'examen. M. Huang demande au Rapporteur spécial de confirmer qu'il souscrit à cet avis.

35. Quatrièmement, les règles générales régissant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État doivent être établies sur la base d'une approche plus large

[390] Voir l'avis no 13 de la Commission Badinter, du 16 juillet 1993, *Revue générale de droit international public*, vol. 97, p. 1110 et 1111.

de la pratique étatique. Les projets d'articles 3 et 4 portent sur les effets des accords ou des actes unilatéraux sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. M. Huang pense comme M. Murphy et M. Murase que ces deux projets d'article ont une importance pratique limitée en l'absence de règles générales claires sur la question et qu'ils ne s'appliquent que dans certaines circonstances. À moins que des règles générales soient définies au préalable, les règles particulières n'ont aucun fondement ou point de référence. La codification et le développement du droit international doivent aller au-delà des déclarations factuelles et aboutir à des conclusions, voire à des jugements, visant à offrir des orientations claires aux États sur des questions particulières.

36. Dans son premier rapport le Rapporteur spécial définit deux positions : la position traditionnelle, qui veut que la responsabilité d'un État ne soit pas transférée à un autre, et la position nouvellement apparue, qui lui est diamétralement opposée. La première des priorités, pour qui se penche sur le sujet, est donc de déterminer laquelle est le reflet des règles générales de droit international, en examinant l'abondante pratique étatique dans le domaine de la succession d'États ; on peut prendre pour exemples l'éclatement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et de la République fédérative tchèque et slovaque dans les années 1990, et les processus d'indépendance de pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine. Dans son premier rapport le Rapporteur spécial n'est pas exhaustif car les cas qu'il cite concernent surtout l'Europe. Il faut espérer qu'il élargira son étude de la pratique étatique en la matière à d'autres régions, systèmes juridiques et civilisations, car les règles générales de droit international sur le sujet doivent être établies sur la base des pratiques du monde entier.

37. Compte tenu des divergences quant à la nécessité d'examiner le sujet et de l'absence de règles générales claires sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, M. Huang préférerait ne pas renvoyer les quatre projets d'article au Comité de rédaction à ce stade.

38. M MURASE dit qu'il ne suggère pas d'élargir la portée du sujet à la succession de gouvernements mais pense qu'il faudrait faire mention d'une façon ou d'une autre à de telles situations. L'affaire *Kokaryo (Guanghualiao) Dormitory* à laquelle M. Huang a fait référence concerne les droits de propriété d'un gouvernement prédécesseur et non sa responsabilité. On pourrait toutefois arguer que, si l'on admet que les droits de propriété sont transférés à un gouvernement successeur, il va de même de la responsabilité. Une telle situation ressemble à une succession d'États. Dans l'affaire en question, la Cour suprême du Japon a renvoyé l'affaire au tribunal de district de Kyoto, qui attend toujours les commentaires du Gouvernement de la République populaire de Chine.

39. M. Murase rappelle que les membres de la Commission siègent à titre individuel en tant qu'experts. Ils doivent travailler en totale indépendance vis-à-vis des gouvernements quels qu'ils soient, et a fortiori vis-à-vis de leur propre gouvernement. Ainsi, lui-même fait partie du groupe de travail du Premier Ministre japonais pour les questions de sécurité mais demeure susceptible de critiquer le Gouvernement japonais lorsque cela est nécessaire ; ce devrait être une pratique commune à tous les membres de la Commission. M. Murase sait gré au Gouvernement japonais de respecter son indépendance en tant que membre de la Commission et espère que les autres membres jouissent de la même indépendance vis-à-vis de leur gouvernement.

40. M. CISSÉ dit que, si le premier rapport du Rapporteur spécial sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État se caractérise par la richesse des recherches menées à partir de plusieurs sources de droit, l'étude qu'il contient est, dans une large mesure, limitée à une seule zone géographique, à savoir l'Europe, et fait pratiquement l'impasse sur d'autres régions du monde, comme l'Afrique.

41. Dans son rapport, le Rapporteur spécial indique que le champ d'étude du sujet est « la succession d'États en matière de responsabilité de l'État », ce qui correspond au titre du document, mais dans ses développements, et plus particulièrement au paragraphe 20 du rapport, il précise qu'il s'agit plus particulièrement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. M. Cissé estime que ces deux aspects du sujet ne sont pas incompatibles. Au contraire, ils sont intimement liés puisque les deux types de responsabilité pourraient entraîner des obligations internationales découlant de la succession d'États. Le Rapporteur spécial devrait définir et analyser ces obligations et déterminer les conditions dans lesquelles leur exécution peut être exigée.

42. L'objectif de la Commission n'est donc pas de définir la responsabilité internationale de l'État dans le cadre de la succession d'États, mais de déterminer quelles obligations internationales de l'État prédécesseur pourraient découler d'une succession d'États. Contrairement à certains membres de la Commission, M. Cissé est favorable à un examen approfondi de la question de la responsabilité internationale dans le cadre du sujet, car la succession d'États ne couvre pas seulement la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À la 3378e séance, M. Kolodkin a avancé des arguments pertinents en faveur d'un examen des deux types de responsabilité, à savoir la responsabilité (*liability*) internationale pour des activités non interdites par le droit international et la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite.

43. La responsabilité internationale ne découle pas nécessairement d'un fait internationalement illicite. Dans le contexte africain de la colonisation, de la décolonisation et de l'indépendance, la question de la succession d'États s'est généralement posée en termes de succession aux frontières coloniales. Après leur accession à l'indépendance dans les années 1960, les États africains ont dû décider s'ils allaient conserver les frontières artificielles héritées de la colonisation ou faire table rase du passé et les remettre en cause. M. Cissé juge que la sagesse et le pragmatisme l'ont emporté sur l'émotion puisque le principe de la succession d'États aux frontières coloniales et celui de l'intangibilité des frontières ont été admis et appliqués dans une large mesure par les États africains grâce à la Déclaration du Caire et aux résolutions de

l'Organisation de l'Unité africaine, devenue par la suite l'Union africaine[391].

44. Plus de cinquante ans après l'indépendance des États africains, une autre question s'est posée en ce qui concerne la succession d'États, celle de la succession aux archives concernant les frontières coloniales. En 2013, la France a officiellement remis à l'Union africaine des copies des archives françaises concernant les frontières africaines définies pendant la colonisation. Ces archives, datant de la période allant de 1845 à 1956, portaient sur 45 traités de frontières et concernaient 20 États d'Afrique de l'Ouest, du Nord et de l'Est. Par cet acte inédit, la France, en tant qu'État prédécesseur, a librement exécuté une obligation internationale envers des États africains successeurs. Cet exemple illustre l'hypothèse d'une responsabilité internationale n'impliquant pas forcément une responsabilité pour fait internationalement illicite. De fait, la décision prise unilatéralement et volontairement par un État prédécesseur de remettre aux États successeurs des archives coloniales qu'il détenait depuis longtemps semble être un exemple de responsabilité (*liability*) internationale concernant des activités non interdites par le droit international. Dans le cas d'espèce, la succession d'États a donné lieu à l'exécution d'une obligation internationale qui n'est pas la conséquence d'un fait internationalement illicite, à savoir le transfert des archives coloniales par l'État prédécesseur à des États successeurs.

45. La succession d'États aux archives est un aspect du sujet qui mérite toute l'attention de la Commission. Le Rapporteur spécial devra examiner cette question et élargir le champ de ses recherches à d'autres régions du monde, notamment l'Afrique. La question des archives s'est posée au Soudan, dans des lieux où les frontières héritées de la colonisation, qui ne sont pas démarquées sur le terrain, sont potentiellement sources de conflit, ou encore en relation avec les frontières maritimes africaines, dont environ 70 % restent encore à délimiter. Le transfert des archives coloniales permettrait de faire la lumière sur ces questions, qui sont très sensibles du point de vue politique et social. Il est difficile de comprendre que le rapport du Rapporteur spécial fasse l'impasse sur la question, car les archives peuvent contribuer à établir la vérité des faits historiques et, plus particulièrement, à apporter la preuve de faits internationalement illicites pour lesquels des États successeurs pourraient demander une indemnisation ou d'autres formes de réparation.

46. En conclusion, M. Cissé recommande de renvoyer l'ensemble du projet d'articles au Comité de rédaction.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*[*])

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration du Président du Comité juridique interaméricain

47. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) dit que le Comité juridique interaméricain, un des principaux organes de l'Organisation des États américains (OEA), conseille l'OEA sur les questions juridiques, promeut le développement progressif et la codification du droit international, étudie des problèmes juridiques liés à l'intégration et s'emploie à harmoniser la législation des différents États membres en tenant compte de la diversité de leurs systèmes et traditions juridiques.

48. En 2016, le Comité a tenu deux sessions ordinaires pendant lesquelles il a adopté deux rapports portant respectivement sur les principes et directives relatifs aux services d'avocats commis d'office dans les Amériques et les récépissés d'entrepôt électroniques pour les produits agricoles. Ces rapports ont été établis et adoptés en application du mandat confié au Comité par l'Assemblée générale de l'OEA.

49. Dans les principes et directives relatifs aux services d'avocats commis d'office, l'accès à la justice est présenté comme un droit fondamental qui ne se limite pas à la garantie de l'accès à un tribunal mais s'applique à l'ensemble du processus. Le rôle que jouent les avocats commis d'office dans la prévention de la torture, le signalement des cas de torture et l'assistance aux victimes est également évoqué. Il est souligné dans le rapport que les avocats commis d'office doivent être indépendants et jouir de l'autonomie fonctionnelle, financière et budgétaire et que leurs services doivent être proposés pour toutes les juridictions, et non seulement les juridictions pénales. Enfin, il est précisé que les États ont l'obligation de lever les obstacles qui pourraient entraver ou limiter l'accès aux services d'avocats commis d'office et d'assurer l'accès de tous à la justice en mettant en place une assistance juridique gratuite.

50. Le Comité a également adopté un ensemble de principes relatifs aux récépissés d'entrepôt électroniques pour les produits agricoles, en vue de lutter contre les problèmes d'accès au crédit que rencontrent de nombreux producteurs agricoles des Amériques. Les systèmes de récépissés d'entrepôt permettent aux producteurs de vendre leur production après la récolte, lorsque les prix sont généralement plus favorables, et d'accéder au crédit en adossant les emprunts aux produits en stock. Compte tenu de l'importance de l'agriculture en tant que moteur de la croissance économique et du développement dans la région, M. Salinas Burgos espère que l'Assemblée générale et le Conseil permanent de l'OEA adopteront ces principes.

51. Toujours en 2016, le Comité a adopté une résolution sur la protection internationale des consommateurs. Il y prend acte des problèmes que rencontre le consommateur dans ses transactions transfrontières et, en conséquence, exprime l'intention de concentrer ses efforts sur les mécanismes de règlement en ligne des différends naissant de transactions de consommation transfrontières.

52. À sa quatre-vingt-dixième session ordinaire, en mars 2017, le Comité a achevé son examen de la question de l'immunité des États et a commencé à examiner de nouveaux rapports sur l'immunité des organisations internationales, le droit applicable aux contrats internationaux, la démocratie représentative et les mécanismes permettant d'améliorer la mise en œuvre de la Charte

[*] Reprise des débats de la 3377e séance.

[391] Voir en particulier la résolution A/HRC/Res.16 (I) adoptée le 21 juillet 1964 par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine réunie au Caire pour sa première session du 17 au 21 juillet 1964.

démocratique interaméricaine, l'application du principe de la conventionalité et l'arbitrage en ligne lié aux transactions de consommation transfrontières. Usant de son pouvoir d'entreprendre des études de sa propre initiative, le Comité a ajouté deux nouvelles questions à son ordre du jour, à savoir les accords internationaux non contraignants et la validité des décisions judiciaires étrangères.

53. À sa quatre-vingt-neuvième session ordinaire, en octobre 2016, le Comité a ajouté à son ordre du jour les deux nouvelles questions adoptées par l'Assemblée générale de l'OEA, « Réglementation consciente et effective des entreprises dans le domaine des droits de l'homme » et « Protection des biens culturels patrimoniaux ». En ce qui concerne la première, le Comité a préparé une compilation de bonnes pratiques, de législation et de jurisprudence et formulé des propositions en vue de progresser dans l'élaboration d'une réglementation, y compris le projet de directives concernant la responsabilité sociale des entreprises dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement dans les Amériques que le Comité a adopté en 2014. Le rapport du Comité sur la protection des biens culturels patrimoniaux comprend une analyse des instruments juridiques régionaux et universels portant sur le sujet, des propositions de développement de la législation nationale d'application et des recommandations pour la mise en place de mécanismes de coopération interétatique visant à faciliter l'application régionale de ces instruments, en particulier la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels et la Convention sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Convention de San Salvador). Il suggère en outre d'élaborer un guide de l'utilisateur portant sur la mise en œuvre des traités et des instruments de droit souple et comprenant des stratégies pour la récupération et la restitution des biens culturels patrimoniaux, qui font partie de l'identité de la région.

54. À sa quarante-septième session ordinaire, en juin 2017, l'Assemblée générale de l'OEA a adopté une résolution sur une loi type sur les sociétés par actions simplifiées[392], qui prévoit une forme hybride d'organisation d'entreprise rendant moins coûteuse et compliquée la constitution des petites et microentreprises, et s'appuie sur l'expérience de la Colombie dans ce domaine. L'adoption de telles lois par les États pourrait contribuer à promouvoir le développement économique et social. Si la résolution n'impose aucune obligation de fond aux États, elle les engage clairement à adopter, conformément à leur législation et cadre réglementaire internes, les aspects de la loi type qui sont dans leur intérêt. L'Assemblée générale de l'OEA a aussi décidé d'assurer le suivi de la mise en œuvre par les États des décisions récentes concernant les biens culturels patrimoniaux, la réglementation consciente et effective des entreprises dans le domaine des droits de l'homme et les récépissés d'entrepôt électroniques pour les produits agricoles.

55. Les vues des organes délibérants étant d'une importance cruciale pour les travaux du Comité, les retours d'information et le dialogue sont essentiels. Le programme de travail du Comité est déterminé par les contributions reçues des États membres, notamment par voie de questionnaire. Ces contributions ont joué un rôle de premier plan dans les efforts faits par le Comité pour inscrire de nouvelles questions à son ordre du jour. En 2016, le Comité s'est entretenu avec le Secrétaire général de l'OEA pour débattre de sujets présentant un intérêt dans le domaine du droit international. Le Secrétaire général a exprimé un intérêt particulier pour la Charte démocratique interaméricaine, notamment son article 20 et le concept de « gouvernement », la protection des enfants contre le harcèlement sexuel et la violence sexuelle, et les questions de cybersécurité, l'objectif étant de réprimer la fraude sur Internet, en particulier au niveau transnational. D'autres informations ont été communiquées au Comité à l'occasion de réunions avec des conseillers juridiques des États membres de l'OEA.

56. Le Comité s'est aussi employé à offrir à ses membres des occasions de débattre de questions de droit international privé et de s'entretenir avec des experts de la région. Diverses associations travaillant dans le domaine du droit international privé, en particulier l'Association américaine de droit international privé, ont également fourni de précieux avis au Comité.

57. En octobre 2016, le Comité a organisé son quarante-troisième cours annuel de droit international, auquel ont assisté 35 participants, dont 15 bénéficiaient de bourses de l'OEA. Parmi les éminents juristes qui sont intervenus en tant que conférenciers figuraient Fabián Novak Talavera, ancien Président du Comité, et Antônio Augusto Cançado Trindade, juge à la Cour internationale de Justice.

58. En conclusion, M. Salinas Burgos dit que le Comité est très attaché à ses échanges avec la Commission et serait ravi d'accueillir tout membre de la Commission qui souhaiterait se rendre au siège du Comité. La prochaine session ordinaire du Comité se tiendra à Rio de Janeiro du 7 au 16 août 2017.

59. M. VALENCIA-OSPINA dit que le Comité juridique interaméricain et la Commission du droit international coopèrent depuis bien longtemps. L'article 26 du statut de la Commission va jusqu'à citer nommément l'Union panaméricaine, qui a précédé l'OEA, à titre d'exemple d'organisation intergouvernementale chargée de la codification du droit international avec laquelle la Commission devrait tenir des consultations. À l'évidence, la Commission tient depuis toujours le système interaméricain en haute estime. Mettant en lumière les liens personnels qu'entretiennent les membres des deux organes, M. Valencia-Ospina explique que cette coopération au long cours constitue un excellent exemple qui a été suivi dans le cadre du développement de relations constructives avec d'autres organes régionaux, notamment ceux dont des représentants ont rendu visite à la Commission pendant la session en cours. Les deux organes partagent un objectif commun, celui de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international.

60. Parmi les sujets traités par le Comité, la démocratie représentative revêt une importance particulière, en particulier à la lumière des faits récents survenus dans les

[392] Organisation des États américains, résolution AG/RES. 2906 (XLVII-O/17), adoptée le 20 juin 2017.

Amériques. En outre, les questions liées à l'immunité intéressent évidemment la Commission, qui a soumis un projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens à l'Assemblée générale en 1991[393]. En 2004, ce projet a abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. La Commission examine actuellement le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Le Comité lui aussi examine depuis longtemps la question de l'immunité. Un projet de convention a été élaboré en 1986 mais n'a jamais débouché sur l'élaboration d'un traité, et pourtant, comme le Président du Comité l'a signalé, le Comité n'a que récemment achevé ses travaux sur le sujet. M. Valencia-Ospina demande quel a été le résultat final des travaux du Comité : le Comité a-t-il retravaillé le projet de 1986 ou a-t-il décidé de mettre un terme à son examen du sujet en raison de l'existence de la Convention des Nations Unies ?

61. La Commission a commencé à examiner le sujet de l'immunité des organisations internationales en 1949. Après des années de travail, elle a décidé de suspendre son examen du sujet, ce que l'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé. Le Comité, de son côté, continue d'étudier le sujet. M. Valencia-Ospina demande quelles sont les perspectives pour ses travaux dans ce domaine.

62. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) dit que les pays des Amériques manifestent un intérêt croissant pour les questions relatives à l'immunité des organisations internationales, et en particulier pour la question des immunités vis-à-vis du droit à la justice, spécialement dans le domaine du droit du travail. Le Rapporteur du Comité sur le sujet a déjà soumis deux rapports, et un troisième est attendu en août 2017. L'objectif est d'élaborer un guide qui serait utile aux États de la région. S'agissant de l'immunité des États, le Comité s'est d'abord demandé s'il était possible de relancer les travaux sur le projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des États. À ce stade, la question n'est pas jugée très pressante ; même si la Convention des Nations Unies n'a pas été ratifiée par un grand nombre d'États de la région, les principes qu'elle consacre sont appliqués. La démarche adoptée par le Comité est de compléter, plutôt que de dupliquer, les travaux des autres organismes, en tenant compte des spécificités des pays de la région.

63. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ rend hommage au travail de diffusion du droit interaméricain et du droit international dans les Amériques que fait le Comité. Lui-même a été invité par le Secrétaire aux affaires juridiques de l'OEA en tant que conférencier pour le cours annuel de droit international de l'Organisation, qui va se tenir à Rio de Janeiro. L'OEA a fait de la démocratie représentative l'un des quatre piliers de son action, avec les droits de l'homme, la sécurité multidimensionnelle et le développement intégral. M. Vázquez-Bermúdez s'enquiert de la forme que prendra le résultat des travaux du Comité dans ce domaine. Se pourrait-il, par exemple, que le Comité élabore un ensemble de recommandations visant à améliorer la mise en œuvre effective des instruments existants, comme la Charte démocratique interaméricaine et la Charte de l'Organisation des États américains ? Enfin, quelles sont les questions susceptibles d'être examinées par le Comité à l'avenir ?

64. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) dit qu'à l'ordre du jour du Comité figure une question relative au renforcement de la démocratie représentative, en particulier le renforcement et la mise en œuvre des mécanismes destinés à protéger la démocratie, l'accent étant mis sur le chapitre IV de la Charte démocratique interaméricaine. Il est entendu que les travaux entrepris au titre de cette question ne doivent pas entraîner de modification de la Charte, dont le libellé est le fruit d'un processus extrêmement sensible. L'ajout de cette question à l'ordre du jour a été suggéré par l'ancien Secrétaire général de l'OEA, José Miguel Insulza, qui a appelé l'attention sur l'absence, dans la Charte, de dispositions relatives aux mesures préventives. En tant que Rapporteur pour le sujet, M. Salinas Burgos a soumis trois rapports ; il a fait observer que le Secrétaire général de l'OEA était habilité par la Charte de l'Organisation des États américains à jouer un rôle plus actif et effectif en ce qui concerne les mesures préventives destinées à défendre la démocratie représentative. La première proposition de M. Salinas Burgos tend au renforcement des mécanismes d'alerte rapide et de surveillance. La tâche n'est toutefois pas facile car il n'existe pas de consensus sur le sujet au sein du Comité. Certains membres estiment que de tels mécanismes créeraient une ingérence dans les affaires internes des États. M. Salinas Burgos espère cependant que le Comité sera à même de faire des progrès à mesure qu'il poursuit ses discussions sur le sujet.

65. L'inscription de nouveaux sujets à l'ordre du jour du Comité est largement déterminée par les échanges qu'entretient le Comité avec les États membres et les organes délibérants de l'OEA. Cela permet de garantir que le programme de travail du Comité a un caractère pratique et non purement académique et que l'Organisation et ses États membres en tirent profit. Les sujets qui seront traités dans un avenir proche sont notamment la cybersécurité, la protection du consommateur, l'immunité des organisations internationales et la valeur et les effets juridiques des accords internationaux non contraignants.

66. M. RUDA SANTOLARIA demande comment le Comité entend aborder ses travaux sur la nature, les effets et l'utilisation des accords internationaux non contraignants. Il semble ressortir des discussions entre le Comité et les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères des États membres de l'OEA qu'il s'agit là d'un sujet important.

67. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) dit que le Comité a récemment nommé un Rapporteur pour le sujet, M. Hollis, qui devrait soumettre son premier rapport en août 2017.

68. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ, constatant l'extrême variété des travaux du Comité juridique interaméricain et prenant en particulier note des activités que le Comité mène dans le domaine du droit international privé, dit que la Commission n'a jamais mis l'accent sur ce domaine car

[393] Le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 13 et suiv., par. 28.

elle se concentre sur le droit international public. La question des accords internationaux non contraignants dépasse largement le contexte des Amériques et intéresse les États et les conseillers juridiques du monde entier. Le Comité a-t-il l'intention d'examiner la question du type de personnes ou d'organismes qui pourraient contracter de tels accords ? Au sujet des travaux du Comité sur la protection des biens culturels, M^me^ Escobar Hernández demande si des accords universels applicables traitant de cette question en dehors du contexte des conflits armés, comme la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique et d'autres conventions adoptées par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), ont été pris en considération.

69. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) dit que dans son propre pays, le Chili, différents organismes régionaux et subdivisions de l'État ont conclu des accords internationaux non contraignants, et que la question de la nature et des effets juridiques de tels accords s'est effectivement posée. Cette question occupe une large place dans les discussions sur le sujet. La protection du patrimoine culturel est une préoccupation majeure pour les peuples d'Amérique latine, qui estiment nécessaire de protéger leurs biens culturels des exportations illicites et des vols. Le Comité a évoqué la Convention de l'UNESCO à laquelle M^me^ Escobar Hernández a fait référence, et a adopté une résolution par laquelle il a expressément engagé tous les États de la région à ratifier cette Convention. Le Comité a aussi invité instamment les États membres de l'OEA à ratifier la Convention sur la défense du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Convention de San Salvador). En outre, le guide de l'utilisateur dont M. Salinas Burgos a fait mention dans son exposé liminaire reprendra les principes énoncés dans la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique.

70. M. GÓMEZ ROBLEDO dit que, pour garantir que la loi type relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé tienne compte des faits les plus récents survenus dans ce domaine, le Comité souhaitera peut-être noter que l'instrument le plus récent à cet égard est la Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, signée à Chypre en mai 2017. Cet instrument, qui a pour objet de prévenir et de réprimer les infractions pénales liées au trafic de biens culturels, a été adopté en remplacement d'un traité similaire qui avait été signé à Delphes en 1985 et n'était jamais entré en vigueur. Le texte du Conseil de l'Europe va beaucoup plus loin que la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, car il prévoit la restitution des biens culturels parmi les formes de réparation possibles. Le Mexique, observateur auprès du Conseil de l'Europe, a signé cet instrument.

71. Compte tenu du rôle du Comité en tant qu'organe consultatif non seulement auprès des organes délibérants de l'OEA mais aussi auprès des États membres, M. Gómez Robledo demande si le Comité a été invité à rendre un avis juridique concernant la dénonciation de la Charte de l'Organisation des États américains par la République bolivarienne du Venezuela. Cette dénonciation est inédite ; même Cuba reste membre de l'Organisation alors qu'elle ne participe pas à ses travaux. La dénonciation de la Charte doit avoir soulevé la question de savoir quelles sont les obligations contractées par l'État concerné au titre des traités interaméricains qui demeurent et quelles sont celles qui s'éteignent. Le Comité a-t-il examiné cette question ?

72. M. SALINAS BURGOS (Président du Comité juridique interaméricain) prend note avec satisfaction des informations relatives à la Convention récemment adoptée par le Conseil de l'Europe, qui est de toute évidence pertinente et devrait être prise en considération par le Comité dans ses travaux sur la protection des biens culturels. S'agissant de la question des demandes d'avis juridiques, le Comité a tenu des discussions avec le Secrétaire général de l'OEA sur les aspects juridiques de la Charte démocratique interaméricaine mais n'a pas encore reçu de demandes spécifiques d'avis sur ce sujet ou sur la dénonciation de la Charte de l'Organisation des États américains. M. Salinas Burgos ne serait pas surpris que le Comité reçoive prochainement une telle demande.

La séance est levée à 13 heures.

3380^e^ SÉANCE

Mardi 25 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT invite M. Vázquez-Bermúdez à donner lecture de la composition du Groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

2. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Président du Groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés) dit que le Groupe de travail sera composé comme suit : M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia et Sir Michael Wood.

---

[*] Reprise des débats de la 3370^e^ séance.

3. Le PRÉSIDENT indique qu'une séance plénière supplémentaire se tiendra dans l'après-midi pour achever le débat sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Il propose que le Bureau se réunisse le mercredi ou jeudi suivant pour préparer la dernière semaine de la session et l'adoption du rapport.

4. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit qu'elle a expressément demandé que le Bureau se réunisse d'urgence pour débattre de questions touchant le contenu du chapitre consacré à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

5. M. VALENCIA-OSPINA propose que le Bureau se réunisse le lendemain de manière à avoir le temps de se réunir une nouvelle fois dans la semaine si nécessaire.

6. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission décide que le Bureau se réunira le mercredi 26 juillet.

Il en est ainsi décidé.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

7. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État (A/CN.4/708).

8. M. LARABA dit que, puisque le Rapporteur spécial a souligné que son premier rapport avait un caractère préliminaire − même si, dans le même temps, il propose quatre projets d'article −, ses propres observations doivent être elles aussi considérées comme préliminaires. Durant le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission en 2016, plusieurs États, notamment l'Autriche, la Slovaquie et la Slovénie, ont appelé l'attention sur la complexité du sujet, bien qu'ils aient approuvé son inscription au programme de travail de la Commission. Cette complexité est reflétée dans le premier rapport, au sens où l'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial est quelque peu difficile à saisir. L'orateur dit qu'il souscrit à l'opinion de Mme Brigitte Stern, à savoir qu'une réflexion sur la responsabilité internationale et la succession d'États est nécessairement plongée d'emblée au cœur de toutes les tensions et de toutes les controverses du droit international. Elle fait écho à l'observation faite en 1987 par M. Georges Abi-Saab : la succession d'États soulève des questions de répartition des valeurs, tâche que le droit international classique a toujours esquivée. Le Rapporteur spécial indique au paragraphe 85 de son rapport que la succession d'États est une question hautement politique, en particulier lorsqu'elle est contestée, mais l'on peut douter qu'il existe des successions qui ne le soient pas. Toutes les successions sont en effet et contestées et négociées et soulèvent des questions politiques, que celles-ci soient mises en avant ou implicitement présentes dans les relations entre les États ou entités concernés. Or le Rapporteur spécial semble suggérer que les successions se déroulent dans un climat apaisé et ne soulèvent que des questions techniques. Un examen plus large et détaillé de la pratique des États, qui montrera peut-être le contraire, devrait être mené le plus rapidement possible. Les questions relatives à la succession d'États, qui ont été source de tensions, peuvent, grâce à l'écoulement du temps, faire l'objet de débats plus apaisés.

9. En outre, le rapport repose sur une prise de position qui n'est ni convaincante ni fondée. La thèse du Rapporteur spécial met en avant deux propositions dont la lecture combinée pose problème. Au paragraphe 83 du rapport à l'examen, il conclut que la thèse de la non-succession est remise en cause par la pratique moderne mais que cela ne signifie pas que la thèse opposée, celle de la succession automatique dans tous les cas, soit vraie. Prises au pied de la lettre, ces affirmations semblent donner à penser qu'il existe une zone grise, voire un vide juridique. Il est clair que la seule manière de procéder réside dans l'étude de la pratique et des vues des États. À cet égard, l'orateur se félicite des propositions faites par Sir Michael Wood. Le Rapporteur spécial semble demander au lecteur d'accepter son postulat comme point de départ, alors même qu'il n'a pas étudié la pratique des États de manière approfondie.

10. Le premier argument du Rapporteur spécial, incontestable, est que c'est en raison de sa complexité que le sujet a été exclu des travaux antérieurs de la Commission sur la succession d'États et le droit de la responsabilité. Son deuxième argument appelle par contre une analyse plus détaillée, étant donné l'importance que lui accorde le Rapporteur spécial. Celui-ci s'appuie sur deux citations de M. James Crawford. Dans son rapport de 1998, M. Crawford écrivait qu'en général un nouvel État ne succédait pas à la responsabilité étatique de son prédécesseur[394]. Toutefois, selon le commentaire de l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés en 2001, « il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité de l'État prédécesseur au regard de son territoire »[395]. Au paragraphe 10 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial voit dans cette modification rédactionnelle une « réfutation partielle » de la position prise en 1998, et au paragraphe 35 il écrit que l'évolution des idées sur la question de savoir si un nouvel État succède à une éventuelle responsabilité étatique de l'État prédécesseur est bien illustrée par le changement de point de vue de M. Crawford, passé d'un refus en 1998 à une acceptation partielle en 2001.

11. Ce point de vue est discutable, car il résulte d'un raisonnement forcé des propos de M. Crawford. L'analyse de la modification rédactionnelle en question ne permet pas d'aboutir à cette conclusion. La comparaison du paragraphe de 1998 et du paragraphe de 2001 montre que leurs contenus se ressemblent beaucoup, car l'un et l'autre s'appuient sur la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*. Quoi qu'il en soit, aucun

[394] Voir le premier rapport sur la responsabilité des États, document A/CN.4/490 et Add.1 à 7, *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), p. 1 et suiv., à la page 58, par. 279.

[395] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 55 (paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 11).

élément juridique nouveau ni aucune nouvelle jurisprudence ne viennent confirmer une telle évolution. En outre, il faut accorder à l'expression « en général » figurant dans le texte de 1998 l'importance qu'elle mérite, en ce qu'elle n'exclut pas la possibilité de la succession. En substance, c'est la même idée qui est exprimée par la formule « il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède » figurant dans le texte de 2001. Le recours à une formule négative indique qu'on ne peut parvenir à une conclusion tranchée mais suggère aussi la possibilité de comportements consacrant l'hypothèse de la succession. Cette formulation confirme également par euphémisme la règle de la non-succession, car s'il n'apparaît pas clairement qu'il y a succession, c'est qu'« en général » il n'y a pas succession. Les textes de 1998 et de 2001 prennent en considération les cas où l'État successeur accepte de succéder aux obligations ou les assume à défaut de les accepter formellement. On est toutefois loin de la réfutation de la règle de la non-succession ou de l'acceptation de celle de la succession.

12. Il est difficile de conclure que l'évolution des vues sur cette question ressort des écrits de M. Crawford. Quand bien même ce serait le cas, une modification apportée par un auteur à un de ses textes ne suffirait pas à étayer les arguments avancés, car la pratique des États est le seul facteur déterminant. Au demeurant, le Rapporteur spécial lui-même ne semble pas le contester, qui déclare au paragraphe 33 que les points de vue sont devenus plus nuancés, allant même jusqu'à admettre la succession dans certains cas, et qualifiant ailleurs de « partielle » aussi bien la réfutation de la thèse de la non-succession que l'acceptation de celle de la succession. L'orateur dit qu'il doute de la pertinence des sources citées par le Rapporteur spécial dans la note de bas de page 50 à l'appui de la thèse de la succession. Par exemple, l'opinion exprimée par M^me^ Stern, à savoir que l'on pourrait dire que la règle de non-succession en matière de responsabilité, quoique fréquemment mentionnée par la doctrine, n'est pas aussi établie qu'elle en a l'air, est rédigée de manière très prudente. De plus, le cours dispensé par M. O'Connell en 1970 à l'Académie de droit international de La Haye[396] est cité dans la note de bas de page appelée au paragraphe 33 après les mots « dans certains cas » à l'appui de la thèse de la succession, alors que dans trois autres notes de bas de page[397], un ouvrage de 1967 du même auteur[398] est cité à l'appui de la thèse de la non-succession. Ces différences reflètent davantage le caractère nuancé de la position prise par M. O'Connell qu'une quelconque évolution ; comme la plupart des auteurs cités, il tend à poser des questions plutôt qu'à formuler des affirmations sur une question aussi délicate. La plupart des autres sources citées datent des années 1990, une époque où d'autres auteurs appuyaient la thèse de la non-succession. Si le Rapporteur spécial avait adopté une approche plus logique et rigoureuse, il aurait relevé les nuances et ambiguïtés caractérisant la doctrine examinée et n'aurait pas soutenu, comme il le fait au paragraphe 33 du rapport à l'examen, que les points de vue ont évolué. Les nuances en question tiennent à la complexité, à la diversité et à la rareté de la pratique.

13. Tant l'analyse de la pratique que la bibliographie figurant dans le rapport à l'examen sont incomplètes. Il est difficile de saisir ce que le Rapporteur spécial entend par pratique dans ce rapport. Par exemple, au paragraphe 24, il indique que le moment est venu d'examiner de nouvelles évolutions dans la pratique des États, alors qu'au paragraphe 37 il fait référence à une étude préliminaire de la pratique des États. L'intitulé de la section B du chapitre II du rapport, « Différents cas de succession », appelle l'attention sur la diversité de cette pratique, mais le Rapporteur spécial n'a examiné que partiellement les cas d'espèce, sans expliquer pourquoi il a exclu de cet examen toute une période particulièrement importante de l'histoire de la succession d'États en Afrique. Il sera sans doute remédié à cette carence dans le rapport suivant. Aux paragraphes 64 et 85 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial souligne très brièvement et de manière sibylline la différence existant entre les successions contestées et les successions négociées, qui sont les unes et les autres nombreuses comme l'atteste la pratique. L'orateur dit que l'histoire de son pays, l'Algérie, constitue un exemple évident et presque caricatural d'une succession à la fois contestée et négociée. Il approuve par ailleurs la distinction faite par le Rapporteur spécial entre les cas où l'État prédécesseur disparaît et ceux où il continue d'exister.

14. Le Rapporteur spécial fait également une distinction entre ce qu'il qualifie de « premières affaires » et les cas de succession en Europe centrale et orientale dans les années 1990, en adoptant une démarche à la fois historique et descriptive qui ne révèle pas grand-chose de la pratique des États. Même si le Rapporteur spécial souligne le caractère préliminaire de son rapport, la bibliographie est marquée par des omissions flagrantes. Par exemple, n'y figurent pas les travaux de M. Bedjaoui, le Rapporteur spécial pour le sujet de la succession d'États dans des matières autres que les traités, qui contenaient une analyse détaillée de la pratique de la succession d'États en Amérique latine, en Asie et en Afrique. Il n'est pas non plus fait référence au cours sur la succession d'États que M. Bedjaoui a donné en 1970 à l'Académie de droit international de La Haye[399], alors que ce cours a été publié dans le même volume que celui de M. O'Connell. Il serait utile que dans son rapport suivant le Rapporteur spécial confronte différents points de vue, comme ceux de M. Bedjaoui et de M. O'Connell, surtout lorsqu'ils s'appuient sur un examen de la pratique des États.

15. M. Laraba dit qu'il appuie la proposition de présenter le résultat des travaux sur le sujet sous la forme d'un projet d'articles accompagné de commentaires, ainsi que le texte proposé pour les projets d'articles 1^er^ et 2. Il entretient toutefois des réserves au sujet des projets d'articles 3 et 4, estimant qu'il serait préférable d'attendre qu'une analyse plus approfondie de la pratique des États ait été menée à bien pour les envisager. Quant au programme de travail futur, le Rapporteur spécial devrait clarifier le

[396] D. P. O'Connell, « Recent problems of State succession in relation to new States », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, vol. 130, p. 95 à 206.

[397] Voir la note de bas de page appelée au paragraphe 32 du rapport à l'examen après les mots « non-succession », et, au paragraphe 33, les notes de bas de page appelées respectivement après les mots « remise en cause » et « commis par son prédécesseur ».

[398] D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

[399] M. Bedjaoui, « Problèmes récents de succession d'États dans les États nouveaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, vol. 130, p. 455 à 585.

thème de son rapport suivant et veiller à ce que l'accent soit mis sur la pratique des États de toutes les régions du monde et sur l'analyse de cette pratique dans la doctrine. M. Laraba dit qu'il est favorable au renvoi des projets d'articles 1er et 2 au Comité de rédaction et à la poursuite de l'examen des questions envisagées dans les projets d'articles 3 et 4.

16. M. OUAZZANI CHAHDI félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui s'inspire des travaux antérieurs de la Commission concernant la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, de 1978, la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1983, les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[400], de 1999, et les articles sur la protection diplomatique[401], de 2006. Il convient avec le Rapporteur spécial qu'il faut, dans le cadre du sujet, faire œuvre à la fois de codification et de développement progressif afin de compléter le droit de la succession d'États. À la Sixième Commission, certaines délégations ont appuyé le projet au motif qu'il comblerait les lacunes que les travaux de codification antérieurs de la Commission ont laissé subsister. L'orateur dit qu'il approuve la proposition qui a été faite de modifier l'intitulé du sujet. Quant à la forme que doit revêtir le résultat des travaux, il souscrit à la proposition formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 28 de son rapport tendant à ce qu'il prenne la forme d'un projet d'articles accompagné de commentaires ; les travaux sur le sujet font suite à ceux menés en ce qui concerne les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et pourraient même donner naissance à une nouvelle convention.

17. Notant que le sujet a connu un regain d'actualité avec la création récente de plusieurs nouveaux États, l'orateur appelle l'attention sur la question centrale que pose le Rapporteur spécial, celle de savoir s'il existe un principe directeur de non-succession à la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial se fonde en grande partie sur la doctrine et la jurisprudence pour répondre à cette question, et il faut espérer qu'il s'intéressera davantage à la pratique des États dans ses prochains rapports afin d'envisager la situation des États successeurs dans les cas où l'État prédécesseur continue d'exister et dans ceux où il disparaît.

18. L'analogie avec le droit interne évoquée au paragraphe 32 du rapport à l'examen ne semble pas être compatible avec les travaux antérieurs de la Commission sur la succession d'États. Dans son premier rapport sur la succession d'États et de gouvernements en matière de traités, Sir Humphrey Waldock faisait observer que les analogies avec le droit interne, pour évocatrices et utiles qu'elles pourraient être à certains égards, doivent toujours être envisagées avec quelque prudence en droit international ; une assimilation de la situation des États à celle des individus en tant que personnes dotées de droits et d'obligations juridiques peut, en effet, être trompeuse à d'autres égards, même lorsqu'elle est évocatrice[402]. La succession en matière de responsabilité des organisations internationales évoquée aux paragraphes 22 et 23 du rapport n'est pas en l'espèce directement pertinente. Comme d'autres membres l'ont souligné, le rapport se concentre sur les cas de succession en Europe centrale et orientale, alors que certains cas de succession en Afrique et en Asie, comme ceux du Soudan du Sud et du Timor-Leste, méritent davantage d'attention.

19. Les accords de dévolution figurent parmi les trois types d'accords de succession recensés par le Rapporteur spécial mais ils ne sont pas définis. Leur objectif est en premier lieu d'assurer la succession aux traités conclus par l'État prédécesseur mais ils fournissent également une indication quant aux vues des États concernant le droit coutumier régissant la succession d'États en matière de traités. Au paragraphe 96 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que ces accords sont clairement soumis à la règle *pacta tertiis*. Or l'analyse de certains de ces accords montre qu'ils se présentaient parfois comme des déclarations à l'égard de traités bilatéraux ou multilatéraux, généralement conclus par l'État prédécesseur, et pouvaient être élargis au territoire de l'État successeur par le biais de la clause d'extension territoriale ou clause « coloniale ». Cela soulève la question de savoir ce qu'il advient de ces traités lorsque l'État successeur acquiert son indépendance. Dans le cadre de ses travaux antérieurs, la Commission a estimé que cette question de dévolution ne pouvait être entièrement séparée de la question des effets de ces traités à l'égard des États tiers, qui ont des droits et obligations conventionnels dont les accords de dévolution visent à régler le sort, et il importe donc d'examiner comment les règles générales du droit international concernant les traités et les États tiers s'appliquent aux accords de dévolution, ce qui implique la recherche de l'intention des parties à ces accords. Il serait utile que dans ses rapports futurs le Rapporteur spécial examine comment l'application de la règle *pacta tertiis* aux accords de dévolution et autres accords entre États prédécesseurs et successeurs a évolué.

20. Le Traité de 1956 entre la France et le Maroc[403], cité au paragraphe 97 du rapport à l'examen, n'est pas vraiment un accord de dévolution. Les autorités marocaines avaient fait une sorte de déclaration au titre de l'article 11 de ce traité pour dire que le Maroc assumerait les obligations résultant des traités internationaux conclus par la France au nom du Maroc et celles résultant des actes internationaux relatifs au Maroc auxquels celui-ci n'avait pas formulé d'objections. C'est sur cette base que le Gouvernement marocain a rejeté l'accord franco-américain de 1950 concernant les bases de l'armée de l'air des États-Unis au Maroc, qui avait été conclu contre sa volonté et était contraire à ses lois.

[400] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

[401] Le projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 22 et suiv., par. 49 et 50. Voir aussi la résolution 62/67 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe.

[402] Voir *Annuaire… 1968*, vol. II, document A/CN.4/202, p. 92 (paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article premier).

[403] Accord de Rabat, entre la France et le Maroc, signé le 28 mai 1956, dans *Revue générale de droit international public*, no 3, vol. 27 (1956), p. 481 à 483.

21. En ce qui concerne les projets d'article, l'orateur pense qu'ils doivent être revus tant dans la forme que sur le fond pour ce qui est des définitions et concepts utilisés. Les projets d'articles 1er et 2 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, qui pourrait examiner le titre du projet d'article 1er.

Coopération avec d'autres organismes (*fin*)

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration du Président de la Cour internationale de Justice

22. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Ronny Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, et l'invite à prendre la parole.

23. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice), se félicitant de l'occasion qui lui est donnée de s'adresser à la Commission, qui sera la dernière avant la fin de son mandat, dit que ses visites à la Commission ont été parmi les moments les plus mémorables de sa présidence de la Cour. Au cours de l'année écoulée, la Cour a dû faire face à une lourde charge de travail qui ne devrait pas s'alléger, six nouvelles affaires ayant été portées devant elle. Outre de nombreuses ordonnances de procédure, la Cour a rendu sept décisions substantielles, bien qu'aucune d'entre elles n'ait porté sur le fond des affaires : toutes avaient trait à la compétence, à la recevabilité ou à des mesures conservatoires. Leur impact sur l'interprétation et la clarification du droit international est donc limité.

24. Ces dernières années, les parties ont eu de plus en plus tendance à demander des mesures conservatoires à la Cour. Durant l'année écoulée, la Cour a ordonné de telles mesures dans trois affaires, ce qui confirme cette tendance. Les ordonnances indiquant des mesures conservatoires ne sont jamais *res judicata* et ne contiennent donc guère de jurisprudence sur le fond, mais elles sont fondées sur des critères clairs élaborés par la Cour. Trois critères cumulatifs doivent être remplis pour que la Cour indique des mesures conservatoires : la Cour doit être *prima facie* compétente pour examiner le fond de l'affaire, les droits dont la protection est demandée doivent être plausibles, et il doit exister un risque imminent d'atteinte irréparable aux droits invoqués. Les dernières ordonnances rendues par la Cour satisfont pleinement à ces critères. Si la Cour est appelée à examiner un quelconque élément du fond d'une affaire pour décider si des mesures conservatoires doivent être indiquées, elle le fait prudemment et sur une base strictement *prima facie*.

25. Le Président de la Cour indique qu'en application du paragraphe 1 de l'article 32 du Règlement de la Cour, il n'a pas présidé la Cour dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)* en raison de sa nationalité. La Cour a en partie fait droit à la demande en indication de mesures conservatoires présentée dans cette affaire, décidant le 7 décembre 2016 que la France devait assurer la protection des locaux présentés comme abritant la mission diplomatique de la Guinée équatoriale en France. Le fond de l'affaire concerne la protection de bâtiments utilisés à des fins diplomatiques et l'immunité de juridiction pénale revendiquée par des hommes politiques, en l'espèce le Vice-Président de la Guinée équatoriale.

26. Le 19 avril 2017, la Cour a également partiellement fait droit à la demande en indication de mesures conservatoires présentée en l'affaire de l'*Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, indiquant que la Fédération de Russie devait prendre certaines mesures en ce qui concerne la Crimée. Elle a toutefois rejeté la demande en indication de mesures conservatoires concernant la situation en Ukraine orientale, considérant que les droits revendiqués par l'Ukraine à cet égard n'étaient pas suffisamment plausibles.

27. Dans l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, dans son ordonnance du 18 mai 2017, la Cour a indiqué au Pakistan qu'il devait prendre « toutes les mesures dont il dispose » pour que M. Kulbhushan Sudhir Jadhav, un ressortissant indien, ne soit pas exécuté tant que la Cour n'aurait pas rendu son arrêt définitif (par. 61). Cette affaire ressemble à l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)* et à l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, et la Cour a suivi fidèlement sa jurisprudence antérieure à cet égard. Il convient de noter que dans l'affaire *Jadhav* des mesures conservatoires ont été indiquées de manière exceptionnellement rapide eu égard à l'urgence particulière de la situation. Bien que les parties aient été invitées à faire des observations orales et pas seulement écrites, l'ordonnance indiquant les mesures conservatoires a été rendue moins de deux semaines après l'introduction de l'instance. Le processus prend généralement plusieurs mois, bien que la Cour ne ménage aucun effort pour accélérer la procédure lorsque cela est nécessaire.

28. La Cour a rendu des arrêts concernant des exceptions préliminaires dans quatre affaires, dont trois sont étroitement liées. Le 24 avril 2014, les Îles Marshall ont déposé trois requêtes introductives d'instance distinctes contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'Inde et le Pakistan, que la Cour a toutes examinées sous l'intitulé *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*. Ces trois affaires ont de nombreux éléments communs. Le 5 octobre 2016, la Cour a retenu les exceptions préliminaires soulevées par le Royaume-Uni, l'Inde et le Pakistan, jugeant qu'elle n'était pas compétente en l'absence de différend entre les parties dans leurs affaires respectives. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, la Cour a rejeté les première et deuxième exceptions préliminaires soulevées par le Kenya et s'est déclarée compétente pour connaître de la requête introduite par la Somalie, qu'elle a en outre jugée recevable, dans un arrêt du 2 février 2017. Cette affaire soulève des questions intéressantes, en particulier quant à la manière dont la Cour a déterminé sa compétence et à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui vont au-delà de sa jurisprudence existante.

29. Sur les six affaires portées devant la Cour, une a été jointe à une affaire existante. L'affaire de la *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)* est étroitement liée à celle de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* déjà pendante devant la Cour. Des audiences conjointes ont eu lieu en juillet 2017 et un arrêt devrait être rendu à la fin de 2017 ou au début de 2018. La Malaisie a introduit deux instances distinctes, dans le cadre desquelles elle demande d'une part à la Cour de réviser, d'autre part d'interpréter l'arrêt qu'elle a rendu le 23 mai 2008 en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*. La Cour n'a pas encore décidé si ces deux affaires devaient être jointes. Il semble qu'elle ne se soit jamais trouvée dans une telle situation. La demande en révision de l'arrêt de 2008, si elle est inhabituelle, est prévue par l'Article 61 du Statut de la Cour. Outre l'affaire *Jadhav* et celle de l'*Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* déjà mentionnées dans le contexte des mesures conservatoires, la dernière procédure nouvelle concerne une requête pour avis consultatif présentée par l'Assemblée générale en vertu de l'Article 65 du Statut de la Cour. Le 22 juin 2017, l'Assemblée générale a adopté la résolution 71/292, dans laquelle elle demande à la Cour de donner un avis consultatif sur certaines questions concernant l'archipel des Chagos en rapport avec la décolonisation. La Cour a fixé des délais pour la présentation des exposés écrits et des observations sur ces exposés par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation elle-même. Une fois ce processus achevé, la Cour pourra décider comment organiser les exposés oraux, peut-être en prenant pour modèle la procédure suivie en ce qui concerne la requête pour avis consultatif relative à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*.

30. Avec 19 affaires inscrites à son rôle, la charge de travail actuel de la Cour est exceptionnellement lourde. Cette situation nécessite des efforts particuliers pour assurer que les décisions sont rendues dans un délai raisonnable et répondent aux attentes légitimes des parties en cause. La Cour pourra réfléchir à la manière de simplifier et d'abréger certaines procédures afin d'utiliser le plus efficacement possible le temps dont elle dispose et de gérer au mieux les affaires dont elle est saisie, en évitant de consacrer trop de temps aux questions procédurales.

31. M. RAJPUT demande si, eu égard à l'accroissement de sa charge de travail et à la nécessité de rationaliser ses procédures, la Cour a envisagé d'adopter des directives officielles sur l'administration de la preuve, soit dans son Règlement soit dans ses Instructions de procédure.

32. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'actuellement la Cour n'envisage pas d'amender son Règlement ou ses Instructions de procédure quant au fond ; elle s'efforce en effet d'examiner chaque affaire de manière aussi rationnelle et efficace que possible. Tels qu'actuellement libellés, le Règlement de la Cour et ses Instructions de procédure lui permettent de rejeter les moyens de preuve présentés trop tardivement par les parties. Il est avant tout important de préserver le droit des parties de présenter des éléments de preuve.

33. M. MURPHY dit qu'il souhaiterait savoir quelle procédure sera suivie en ce qui concerne la requête pour avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* et dans quelle mesure elle sera comparable à celle suivie en ce qui concerne la requête pour avis consultatif relative à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. Il souhaiterait également savoir s'il est possible de désigner des juges ad hoc dans la procédure relative à l'archipel des Chagos, étant donné que les entités concernées au premier chef − le Royaume-Uni et Maurice − sont toutes deux des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, ce qui n'était pas le cas dans la procédure relative au Kosovo.

34. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que les procédures relatives au Kosovo et à l'archipel des Chagos se ressemblent uniquement en ce qu'elles comprennent deux phases, une phase orale et une phase écrite. Quant à la désignation de juges ad hoc, elle est prévue par le Règlement de la Cour, mais il est rare que des juges ad hoc soient désignés dans les procédures consultatives, et la question n'a pas encore été soulevée en ce qui concerne la procédure relative à l'archipel des Chagos. Si elle l'était, il faudrait répondre à deux questions, celle de savoir si ce droit s'applique *ratione materiae* et si les États en cause souhaitent l'exercer. On se souviendra en effet que la nomination de juges ad hoc est un droit et non une obligation.

35. M. HASSOUNA dit que par le passé la Cour n'a pas toujours expressément indiqué, que ce soit en matière consultative ou contentieuse, pourquoi elle ne se prononçait pas sur telle ou telle question. Il serait intéressant de connaître les raisons d'une telle réserve, par exemple si elle traduit la volonté de la Cour d'adopter une position neutre dans les situations prêtant à controverse, dont la requête pour avis consultatif relative à la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo est un exemple.

36. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que la Cour ne peut refuser de donner un avis et d'examiner une affaire que pour une raison juridiquement valide. Plusieurs raisons juridiques ou factuelles peuvent amener la Cour à décider de ne pas se prononcer sur une question donnée dans une affaire contentieuse, par exemple si elle considère qu'elle n'est pas compétente pour connaître de cette question ou qu'il existe des motifs suffisants pour rendre un arrêt sans qu'elle ait besoin de se prononcer sur tel ou tel aspect de l'affaire. Cette dernière situation peut être particulièrement frustrante pour les observateurs, par exemple les universitaires, mais la Cour se doit d'utiliser ses ressources avec sagesse et de ne pas prolonger indûment les procédures.

37. En matière consultative, la Cour est tenue de répondre aux questions telles que celles-ci lui sont posées : elle ne peut ni élargir ces questions ni y répondre partiellement. L'interprétation d'une question est un processus délicat ; de plus, la Cour jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif si elle considère

qu'il n'est pas approprié de le faire. Bien qu'elle n'ait jamais exercé ce pouvoir depuis 1946, elle n'y a pas renoncé. Cette question même a été débattue devant la Cour, par exemple dans la procédure consultative concernant la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, dans le cadre de laquelle certains ont soutenu que la Cour ne devait pas donner d'avis ; il est probable qu'il en ira de même en ce qui concerne la requête pour avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*.

38. Le PRÉSIDENT dit que le mécontentement que peut à l'occasion susciter dans les milieux universitaires le fait que les décisions de la Cour sont insuffisamment motivées est souvent tempéré par l'intérêt que présentent les opinions individuelles que des juges joignent à ces décisions, une possibilité dont ne disposent pas toujours les juges des tribunaux internes.

39. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que si les opinions individuelles visent habituellement à clarifier une position prise par la Cour dans un arrêt, elles mettent parfois en lumière une position partagée par la majorité des juges mais qui n'a pas été explicitement exprimée dans l'arrêt en question. Quoi qu'il en soit, il faut se souvenir que les opinions individuelles ne traduisent que les positions des juges dont elles émanent.

40. Répondant à une question de M. GÓMEZ ROBLEDO, l'orateur dit qu'en cas d'urgence extrême la Cour peut effectivement abréger la procédure orale et se prononcer uniquement sur la base de la procédure écrite.

41. M. JALLOH dit qu'il serait intéressant de savoir à quels facteurs est due l'augmentation récente des demandes en indication de mesures conservatoires. S'agissant de l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale au sujet des *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, il souhaiterait savoir si la Cour peut inviter des organisations internationales à présenter des exposés comme elle a invité les États Membres de l'Organisation des Nations Unies à le faire dans sa récente ordonnance.

42. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que, bien qu'il soit difficile de spéculer quant aux raisons motivant telle ou telle pratique des États, la tendance constatée en ce qui concerne les mesures conservatoires tient peut-être au fait que dans l'affaire *LaGrand* la Cour a jugé que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires étaient juridiquement contraignantes. S'agissant de la procédure consultative relative à l'archipel des Chagos, la Cour n'a invité que les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation elle-même à présenter des exposés. Cela dit, si d'autres organisations internationales estiment être en mesure de fournir des informations utiles sur la question, elles peuvent demander l'autorisation de le faire.

43. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit qu'il souhaiterait des explications plus détaillées au sujet de la conclusion de la Cour, dans les trois instances introduites par les Îles Marshall contre l'Inde, le Pakistan et le Royaume-Uni, selon laquelle elle n'était pas compétente parce qu'il ne pouvait être établi qu'un différend existait lorsque les requêtes ont été déposées. S'agissant de l'affirmation, dans les arrêts concernés, selon laquelle les éléments de preuve doivent montrer que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'« opposition manifeste » du demandeur, l'orateur souhaiterait que M. Abraham indique s'il considère que ce qu'a conclu la Cour dans ces affaires aura une influence sur les critères d'admissibilité de la preuve devant la Cour.

44. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que les conclusions de la Cour dans les affaires concernant les Îles Marshall cristallisent et clarifient sa jurisprudence récente. La nécessité de prouver l'existence d'un différend à la date où l'instance est introduite est maintenant un principe bien établi et il n'est pas douteux que, lorsqu'ils porteront une affaire devant la Cour, les États veilleront davantage à produire suffisamment de preuves à cet égard. L'application de ce principe − le point de savoir si un défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de l'existence d'un différend − doit continuer d'être analysée au cas par cas. Dans les affaires concernant les Îles Marshall, c'est à la fois le principe, que certaines parties continuent de contester, et son application dans les affaires en question qui étaient en cause.

45. M. PARK dit qu'il souhaiterait connaître l'opinion personnelle de M. Abraham sur la fragmentation du droit international, en particulier en ce qui concerne d'éventuels conflits de compétence entre la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions. Il se demande par exemple si et dans quelle mesure la Cour, lorsqu'elle examinera la requête pour avis consultatif sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, tiendra compte des décisions d'autres juridictions internationales dans des affaires connexes, comme la sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'*Arbitrage relatif à la zone maritime protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*.

46. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit que pour diverses raisons il préférerait ne pas faire d'autres observations sur la procédure relative à l'archipel des Chagos. Toutefois, d'une manière générale, il faut distinguer les conflits de juridiction, ou de compétence, et les conflits de jurisprudence. En dépit du grand nombre de juridictions internationales et bien que plusieurs d'entre elles puissent être compétentes pour connaître d'une même affaire, le risque de conflit de compétence n'est pas élevé. Les États peuvent porter une affaire donnée devant la juridiction de leur choix. De plus, il est relativement improbable que deux juridictions se déclarent simultanément compétentes pour connaître de la même affaire ; des règles existent pour prévenir de telles situations. À cet égard, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernant la *Délimitation maritime dans l'océan Indien* contient des observations intéressantes sur la compétence de la Cour et celle des tribunaux arbitraux prévus par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

47. Il y a conflit de jurisprudence lorsque deux juridictions ou plus examinent des affaires différentes et rendent

des décisions qui se contredisent sur tel ou tel point. De manière générale, il n'y a pas de hiérarchie entre les juridictions internationales et aucune ne rend de décisions revêtant l'autorité de la chose jugée pour les autres. C'est pourquoi aucune d'entre elles n'est tenue de se conformer aux décisions des autres dans des affaires soulevant des questions comparables. Toutefois, sur la base de la pratique, il est clair que les juridictions internationales s'efforcent de ne pas se contredire mutuellement. En fait, en règle générale, les juridictions internationales s'efforcent d'assurer la cohérence du droit international en renvoyant mutuellement aux décisions qu'elles rendent. Par exemple, lorsque la Cour internationale de Justice a rendu ses arrêts dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* et, ultérieurement, dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, elle a renvoyé aux décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et s'est abstenue, sur tous les points à l'exception d'un seul, de prendre des positions pouvant être perçues comme contredisant ces décisions. Elle a établi une présomption en faveur de ces décisions et, comme elle l'a indiqué dans l'arrêt rendu dans la dernière affaire citée, celles-ci doivent être prises en compte. Les tribunaux arbitraux créés en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer tendent également à accorder beaucoup de poids à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

48. M. MURASE demande s'il est nécessaire pour la Cour de développer ses règles en matière d'administration de la preuve, étant donné en particulier l'augmentation du nombre des affaires relevant du droit de l'environnement, lesquelles ont un caractère très factuel et scientifique et obligent donc la Cour à évaluer un volume considérable d'éléments de preuve. Lors d'une conférence donnée en Chine dans une académie de droit international, les étudiants ont été déçus lorsque M. Alain Pellet a déclaré que la Cour ne disposait, en matière d'administration de la preuve, d'aucun critère de preuve ni d'autre règle que celle concernant la présentation tardive d'éléments de preuve. Comme les règles relatives à l'administration de la preuve semblent être au cœur des règles procédurales qu'applique toute juridiction quelle qu'elle soit, et comme de nombreuses thèses sont consacrées au sujet, il serait intéressant de connaître les vues de M. Abraham à cet égard.

49. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il ne pense pas que la Cour doive établir de nouvelles règles en matière de preuve ; les règles actuelles lui suffisent pour réunir toutes les informations qui lui sont nécessaires et prendre de manière pragmatique ses décisions dans chaque affaire portée devant elle. Il est exact que le domaine du droit de l'environnement s'est élargi ces dernières années, que le nombre d'affaires contentieuses va probablement augmenter à l'avenir et que, dans les affaires relevant du droit de l'environnement et d'autres domaines du droit, les preuves techniques et scientifiques jouent un rôle important. Toutefois, dans le cadre de son Statut et de son Règlement, la Cour dispose de tous les outils nécessaires pour obtenir toutes les informations dont elle a besoin. Au lieu d'examiner les avis d'experts produits par les parties ou après les avoir examinés, la Cour peut décider qu'une expertise est nécessaire sur un point technique ou scientifique particulier et nommer un ou plusieurs experts pour y procéder. Par exemple, dans l'affaire récente concernant la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*, un groupe d'experts a été désigné pour examiner une partie du littoral en cause. Peut-être M. Alain Pellet voulait-il dire que la Cour n'est pas liée par des règles rigides qu'elle devrait appliquer uniformément mais suit une approche pragmatique et prend ses décisions au cas par cas, ce dont l'orateur ne peut que convenir.

50. Mme GALVÃO TELES dit qu'un point important que M. Abraham a omis de mentionner est que dans l'affaire concernant la *Délimitation maritime dans l'océan Indien*, la Cour a analysé la nature juridique du mémorandum d'accord entre les deux parties et a décidé qu'il s'agissait en fait d'un traité entre les deux États. Il s'agit là d'une décision importante pour la Cour et pour les États parties, qui ont de plus en plus recours à de tels instruments parce qu'ils considèrent qu'ils ne sont pas contraignants.

51. Les relations entre la Cour et la Commission ont toujours été très étroites et il est fréquent que la première invoque les travaux de la seconde et vice versa. L'oratrice se demande toutefois si le fait que les projets d'articles présentés par la Commission à l'Assemblée générale ont désormais moins de chances de donner naissance à des conventions et le fait que la Commission a tendance à donner une autre forme au résultat de ses travaux risquent de modifier la relation de travail entre les deux organes.

52. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il n'a pas mentionné la décision de la Cour concernant la nature juridique du mémorandum d'accord parce que cette décision n'a pas été controversée. Il n'y a eu ni opinion individuelle ni opinion dissidente sur le sujet et les parties se sont opposées sur l'interprétation du mémorandum davantage que sur sa nature juridique. Il est néanmoins bon de rappeler aux gouvernements et à leurs agents que ce n'est pas parce qu'ils qualifient un instrument « mémorandum d'accord » que celui-ci n'est pas juridiquement contraignant. Comme aucun juriste ne l'ignore, ce n'est pas l'intitulé mais le contenu d'un instrument qui en détermine la nature juridique.

53. La Cour attache une grande importance aux travaux de la Commission et aux textes qu'elle établit, mais savoir s'ils donnent naissance à une convention est une question secondaire. Ce qui importe pour la Cour est le rôle que joue la Commission dans la clarification du droit international coutumier et de pouvoir invoquer les travaux de la Commission dans la mesure où ils reflètent ce domaine du droit international. Ainsi, même un projet d'articles qui n'est pas destiné à devenir un traité international peut revêtir la plus grande importance pour la Cour et sa jurisprudence. Les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[404] fournissent un excellent exemple à cet égard.

[404] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

54. Sir Michael WOOD dit qu'il est parfois difficile pour les parties à une affaire de trouver une personne suffisamment qualifiée qui soit prête à siéger en qualité de juge ad hoc. Les Instructions de procédure de la Cour constituent un obstacle à cet égard, qui disposent qu'une personne ayant exercé des fonctions de conseil dans une affaire ne peut, pendant trois ans, être désignée comme juge ad hoc dans une autre affaire. De même, une personne ayant exercé les fonctions de juge ad hoc ne peut être choisie comme conseil pendant trois ans. Bien que ces Instructions de procédure aient été établies pour une bonne raison, l'orateur se demande s'il pourrait être envisagé de lever ces restrictions. De plus, il souhaiterait obtenir davantage d'informations sur le personnel fournissant une assistance juridique à la Cour et sur les stagiaires et les référendaires.

55. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'aucune révision de l'Instruction de procédure de la Cour concernant la désignation de juges ad hoc n'est actuellement envisagée. Du point de vue de la Cour, les États ne semblent pas rencontrer de problèmes particuliers pour trouver et désigner des juges ad hoc, bien qu'elle ne dispose pas d'un tableau complet et ne voit pas les obstacles que les États peuvent effectivement rencontrer dans le cadre du processus aboutissant à la nomination de ces juges.

56. Les juges ont généralement deux assistants, dont un étudiant sélectionné dans le cadre du Programme de stages des universités qui reste à la Cour pendant une année universitaire. Les étudiants sont pour la plupart originaires d'universités d'Amérique du Nord parce que ces universités ont les ressources nécessaires pour prendre à leur charge les dépenses afférant aux stages. Un effort a toutefois été fait ces dernières années pour diversifier les universités participant au Programme. De plus, chaque juge est secondé par un référendaire recruté par concours et employé au titre d'un contrat de deux ans renouvelable une fois seulement.

57. Il existe aussi au sein du Greffe un service juridique qui fournit une assistance à la Cour dans le cadre de ses activités judiciaires et juridiques générales, mais les juristes qui le constituent ne sont pas affectés auprès de tel ou tel juge. Le Président de la Cour a un troisième assistant qui est essentiellement un secrétaire privé.

58. Ce n'est que depuis assez récemment que les juges bénéficient de ces diverses formes d'assistance. En 2005 il n'y avait que 7 stagiaires étudiants d'université qui assistaient les 15 juges et, jusqu'en 2000, les juges travaillaient seuls, l'assistance fournie par le service juridique du Greffe mise à part. S'agissant des stagiaires, la Cour encourage la plus large sélection possible en termes de nationalité, de langue et de formation juridique. Elle choisit toutefois les meilleurs candidats, dont bon nombre font ensuite une brillante carrière de publiciste.

59. M. CISSÉ dit que, dans l'affaire du différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)* dont a connu le Tribunal international du droit de la mer, la Côte d'Ivoire a demandé la prescription de mesures conservatoires obligeant le Ghana à suspendre toutes opérations d'exploration et d'exploitation pétrolières et à s'abstenir d'octroyer toute nouvelle autorisation d'exploration et d'exploitation pétrolières dans la zone litigieuse. Or, si dans son ordonnance du 25 avril 2015 la Chambre spéciale du Tribunal prescrit au Ghana de n'entreprendre aucune nouvelle activité de forage (par. 102), elle a en fait autorisé cette partie à poursuivre ses activités d'exploration en cours. L'orateur dit qu'il n'a jamais vraiment compris les raisons motivant l'ordonnance de la Chambre spéciale et il demande à M. Abraham s'il peut l'éclairer sur la question.

60. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il ne peut répondre à la question parce que, premièrement, le différend est toujours pendant devant le Tribunal. L'arrêt sur le fond sera rendu sous peu et il devrait clarifier les interprétations différentes que les parties font de l'ordonnance prescrivant des mesures conservatoires : la Côte d'Ivoire pense que le Ghana n'a pas pleinement mis en œuvre les mesures conservatoires prescrites parce qu'il a poursuivi certaines activités en cours, mais le Ghana considère que l'ordonnance l'autorise à poursuivre ces activités. En second lieu, l'orateur indique qu'il siège comme juge ad hoc à la Chambre spéciale − une nomination qu'il a acceptée avant d'être élu Président de la Cour. L'expérience a été enrichissante car les relations entre les juridictions internationales aident celles-ci à mieux se comprendre et contribuent à prévenir la fragmentation du droit international.

61. M. GROSSMAN GUILOFF demande quelles sont les principales difficultés que la Cour doit surmonter pour s'adapter à la réalité actuelle caractérisée, notamment, par une surabondance d'informations, le caractère transnational des différends et la prolifération des juridictions.

62. M. LARABA dit qu'il souhaiterait que M. Abraham clarifie son observation relative aux affaires concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* et l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, selon laquelle les positions prises par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « doivent » être prises en compte.

63. M. ABRAHAM (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il lui est difficile d'expliquer les difficultés auxquelles la Cour est confrontée étant donné le peu de temps dont il dispose. La Cour est assurément consciente de la nécessité d'adapter ses méthodes de travail à une situation qui évolue en permanence et elle réfléchit régulièrement à ces questions. Elle continuera à effectuer des ajustements et à mettre des réformes en œuvre, mais elle n'entend pas procéder à une refonte générale du système judiciaire international. Le Statut de la Cour ne peut être modifié, mais son Règlement et ses Instructions de procédure sont régulièrement révisés.

64. L'orateur indique qu'il n'a pas utilisé le mot « doivent » au sens où la Cour serait juridiquement tenue de prendre en compte les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Un juge international pourrait très bien vivre dans une bulle et ignorer purement et simplement la jurisprudence des autres juridictions,

mais cela ne serait pas de bonne politique judiciaire. Les juges doivent autant que possible s'efforcer d'assurer la cohérence entre les décisions des différentes juridictions.

65. Le PRÉSIDENT remercie M. Abraham de ses réponses à la fois claires et subtiles et de sa déclaration riche d'enseignements.

La séance est levée à 13 heures.

3381e SÉANCE

Mardi 25 juillet 2017, à 15 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*suite*) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État (A/CN.4/708).

2. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que cet excellent premier rapport va directement au cœur du sujet, les projets d'articles 3 et 4 définissant des positions fondamentales à propos de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Que le Rapporteur spécial se soit appuyé sur les travaux précédents de la Commission dans le domaine de la succession d'États et sur les travaux de l'Association de droit international et de l'Institut de droit international ne diminue en rien la valeur du rapport. Néanmoins, si celui-ci définit avec clarté la façon dont le sujet doit être traité et la forme que prendra le résultat des travaux, il suscite chez Mme Escobar Hernández quelques réserves touchant à la méthodologie comme au fond.

3. Premièrement, s'agissant de la méthodologie, Mme Escobar Hernández observe que, si l'on excepte la brève évocation des travaux antérieurs de la Commission et de l'utilité du sujet, le rapport n'est d'aucune façon préliminaire, puisqu'il jette les bases des discussions de la Commission en présentant ce qui est essentiellement une analyse approfondie de la façon dont le Rapporteur spécial entend définir la portée du sujet, ainsi qu'une première version de ce qu'il estime devoir constituer des dispositions générales. S'il s'agit là d'une démarche légitime, qui permet à la Commission de s'attaquer immédiatement à des questions de fond, un examen préliminaire plus détaillé de la portée du sujet et de la méthodologie aurait pu être utile.

4. Deuxièmement, Mme Escobar Hernández émet des réserves face à l'affirmation selon laquelle le sujet devrait faire l'objet d'une codification et d'un développement progressif. Compte tenu de la pratique des États décrite dans le rapport, il semble prématuré d'affirmer à ce stade qu'il y a matière à codification, même si par la suite, à la lumière des éléments que le Rapporteur spécial entend produire, il pourrait être possible de conclure que le sujet se prête aux deux aspects du mandat de la Commission.

5. Troisièmement, Mme Escobar Hernández n'est pas convaincue que le résultat des travaux devrait prendre la forme d'un projet d'articles. Si elle estime comme le Rapporteur spécial qu'il serait sage, de manière générale, d'adopter une forme similaire à celle des travaux précédents de la Commission sur la succession d'États, elle pense que cela ne devrait pas empêcher les membres de se demander si un projet d'articles est la meilleure garantie de l'efficacité des travaux de la Commission, sachant en particulier qu'un nombre limité d'États ont ratifié les deux conventions précédentes.

6. S'agissant de la teneur du rapport, il est évident, premièrement, que la pratique examinée par le Rapporteur spécial est nécessairement limitée, puisque la succession d'États n'est pas chose courante. Cela dit, il est tout aussi évident que le sujet devrait être étudié selon une perspective universelle et pas seulement du point de vue de certaines régions, même si elles ont été le théâtre des successions d'États les plus récentes. Dans ses rapports suivants, le Rapporteur spécial devra par conséquent examiner la pratique en Asie, en Afrique et en Amérique latine, en vue de déterminer si des principes généraux existent ou non.

7. Deuxièmement, compte tenu de la grande diversité des successions d'États qui ont eu lieu au XXe siècle, le Rapporteur spécial a raison de préconiser une approche souple qui tienne compte des différents aspects des formes possibles de succession : *a*) succession postcoloniale ou non ; *b*) succession impliquant la survie de l'État prédécesseur ou sa disparition ; *c*) succession par sécession, transfert d'une partie du territoire, unification de deux États préexistants ou éclatement d'un État en plusieurs États ; ou *d*) succession négociée ou contestée. Il lui faudrait toutefois utiliser davantage cette approche différenciée dans son traitement du sujet, afin de recenser les conséquences que pourraient avoir les différents types de succession sur les règles applicables à la succession d'États en matière de responsabilité, et de montrer si, malgré la grande variété de situations, une règle subsidiaire générale s'appliquant à toutes les situations pourrait éventuellement être formulée. Malheureusement, le Rapporteur spécial ne semble pas avoir appliqué le critère de la diversité dans son premier rapport, et la méthodologie de principe qu'il a adoptée ne permet pas de faire apparaître toutes les conséquences possibles. Il est à espérer que le Rapporteur spécial gardera ces préoccupations à l'esprit dans ses prochains rapports.

8. Troisièmement, la question de savoir s'il est vraiment utile à ce stade d'examiner la nature des règles à codifier et la pertinence des accords et des déclarations unilatérales, qui sont l'objet de la section D du chapitre II, constitue un point de litige. Même si les conclusions auxquelles il parvient sont complètement valables, peut-être le Rapporteur spécial aurait-il mieux fait d'examiner ces questions après une étude approfondie de la pratique relative à la responsabilité de l'État pour chaque type de succession. Un tel travail de recherche aurait permis d'acquérir une vision plus large de la pratique et, partant, non seulement de déterminer s'il existe ou non une règle générale mais aussi d'identifier les instruments qu'ont choisis les États dans chaque situation concrète. Les raisons du caractère subsidiaire des règles énoncées dans les projets d'articles 3 et 4 auraient alors été plus claires.

9. M^me^ Escobar Hernández partage l'avis du Rapporteur spécial concernant la portée du sujet telle qu'elle est définie dans le projet d'article premier, mais pense qu'il aurait pu être utile de faire expressément référence dans le texte aux obligations et droits des États découlant de la responsabilité. Même si le terme « effets » couvre les deux aspects, il serait bon d'éviter toute ambiguïté dans l'interprétation. Le Rapporteur spécial a raison de restreindre la responsabilité à la responsabilité pour fait internationalement illicite et d'exclure la succession en matière de responsabilité des organisations internationales, mais il serait sage d'éliminer toute ambiguïté possible et de dire clairement que le transfert d'obligations découlant de la responsabilité (*liability*) pour des dommages transfrontières résultant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international n'a aucune incidence sur l'origine et la nature d'une norme internationale dont la violation constitue un fait internationalement illicite et, partant, pourrait engager la responsabilité internationale de l'auteur.

10. Enfin, il faudrait envisager d'inclure une disposition qui restreigne la portée du texte aux successions conformes au droit international et aux principes consacrés par la Charte des Nations Unies, dans l'esprit de l'article 6 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, de 1978, et de l'article 3 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1983. Il se peut que l'inclusion d'une telle disposition restrictive fasse débat, mais il n'existe aucune raison évidente de l'exclure du projet d'articles. Si la décision était prise de ne pas inclure une disposition de ce type, il serait essentiel d'expliquer pourquoi la Commission a modifié sa position.

11. En ce qui concerne le projet d'article 2, il serait pertinent, parallèlement aux définitions qui y figurent déjà et que M^me^ Escobar Hernández approuve pour l'essentiel, de définir les expressions « État nouvellement indépendant », comme cela a été fait dans les deux Conventions de Vienne susmentionnées, « fait internationalement illicite », « accord de dévolution », « accords de règlement des réclamations », « autres accords » et « déclarations unilatérales ».

12. Il est difficile de déterminer la nature du projet d'article 3 car les règles qu'il contient peuvent être interprétées comme des règles générales qui s'appliqueraient en toutes circonstances. Néanmoins, il est tout aussi certain que ces règles se rapportent exclusivement à une situation dans laquelle la question de la responsabilité est régie par un traité, à savoir une situation qui pourrait exister en pratique mais qui n'est pas la seule situation possible ni la plus fréquente. Il est vrai que les paragraphes 1, 2 et 3 reposent sur les règles du droit des traités et que leur but est de préserver l'applicabilité du principe *pacta tertiis*. Néanmoins, la dernière phrase du paragraphe 3 et le paragraphe 4 dans son intégralité ne semblent pas nécessaires, car ils font simplement référence à l'applicabilité des règles pertinentes du droit des traités et risquent de créer la confusion s'agissant de leur relation avec les paragraphes 1 et 2. Par conséquent, il pourrait être opportun de modifier le libellé des paragraphes susmentionnés en introduisant dans les deux premiers le membre de phrase « à moins que l'État tiers concerné n'y consente » et de modifier la première phrase du troisième paragraphe pour qu'elle se termine comme suit : « produit pleinement ses effets entre les États parties ». L'introduction de ce nouveau libellé, qui pourrait être examiné par le Comité de rédaction, permettrait de supprimer le paragraphe 4, une explication détaillée des raisons sous-tendant le projet d'article dans son ensemble étant donnée dans le commentaire.

13. Rien ne justifie l'inversion de l'ordre des références aux droits et aux obligations dans le projet d'article 4. Au contraire, il faudrait conserver l'ordre adopté dans le projet d'article 3 pour éviter toute interprétation indésirable. De fait, les effets d'une déclaration unilatérale diffèrent selon qu'ils découlent d'une succession à un droit ou d'une succession à une obligation. Enfin, il serait envisageable de supprimer le paragraphe 3 et d'intégrer son contenu dans le commentaire du projet d'article.

14. Si le programme de travail proposé par le Rapporteur spécial est globalement acceptable, on peut se demander s'il est opportun que certaines des questions énumérées dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 133 soient simplement qualifiées de « divers autres points » et soient reléguées dans un quatrième rapport avec les questions de procédure. Toutes méritent d'être examinées de manière approfondie en même temps que les questions centrales qui doivent être traitées en 2018 et en 2019.

15. M^me^ Escobar Hernández recommande de renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction, étant entendu que le Comité prendra en considération toutes les opinions exprimées pendant les séances plénières, aussi bien celles qui portent sur le fond que celles qui concernent la procédure, s'agissant en particulier du moment auquel chaque projet d'article devrait être examiné par le Comité de rédaction.

16. M. ŠTURMA (Rapporteur spécial), résumant les discussions, dit que le nombre et le contenu des déclarations faites pendant le débat témoignent du grand intérêt que suscite le sujet et attestent de sa pertinence. Certains membres se sont dits préoccupés par la façon dont le sujet a été choisi au début du nouveau quinquennat et ont estimé que ce choix aurait dû être débattu par la Commission nouvellement constituée. D'autres ont fait valoir qu'il était justifié d'examiner le sujet, afin de combler le vide juridique laissé par les travaux antérieurs de la Commission

sur la responsabilité de l'État et la succession d'États. Le Rapporteur spécial n'estime pas opportun de répondre pendant la session plénière en cours aux commentaires remettant en cause la décision de la Commission d'examiner le sujet, mais il est disposé à le faire pendant une séance du Groupe de travail sur les méthodes de travail, qui est l'instance appropriée.

17. Certains membres ont souligné qu'il était nécessaire de préciser si l'objectif des travaux de la Commission était de codifier des règles existantes ou de développer progressivement de nouvelles règles que les États devraient suivre. D'autres ont estimé que la Commission pouvait combler les lacunes de la codification des règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

18. Le sujet à l'examen se prête tant au développement progressif qu'à la codification du droit international. La pratique des États et la jurisprudence sont développées de manière inégale selon les régions et selon les types de succession d'États. On peut toutefois dire dès à présent que la pratique comme la jurisprudence semblent suffisamment développées en ce qui concerne les faits illicites commis par un mouvement insurrectionnel qui a conduit à la création d'un nouvel État, les faits illicites qui ont débuté avant la date de la succession et se sont poursuivis après, et le transfert du droit d'un État d'exercer la protection diplomatique dans les cas où des faits illicites sont commis contre des nationaux de l'État prédécesseur. Il est probable que, dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial identifiera une règle générale voulant qu'un État prédécesseur qui continue d'exister demeure le seul État responsable, à moins qu'un accord ou une déclaration unilatérale n'en dispose autrement.

19. La plupart des orateurs se sont accordés à dire que le résultat des travaux devrait prendre la forme d'un projet d'articles assorti de commentaires. Un membre a souligné que les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 constituent un précédent à cet égard, mais d'autres ont soutenu que, sachant qu'un nombre limité d'États sont devenus parties à ces conventions, un projet de directives pourrait être plus adapté car il autoriserait plus de souplesse. La préférence du Rapporteur spécial va à un projet d'articles, car les travaux sur le sujet pourraient comprendre non seulement la codification mais aussi l'élaboration de nouvelles normes. L'expérience a montré que, bien que les deux Conventions susmentionnées n'aient pas été en vigueur au moment de la dissolution de la Tchécoslovaquie, les deux États successeurs ont utilisé les principes consacrés dans les Conventions pour leur succession. Cela signifie que, même un projet d'articles ou une convention qui ne sont pas encore contraignants pour les États concernés peuvent servir de modèle pour des accords bilatéraux. La nature subsidiaire ou résiduelle des règles générales, telle que proposée, et la pertinence des accords et des déclarations unilatérales donnent une souplesse suffisante pour permettre l'adaptation du projet d'articles à des situations diverses.

20. De nombreux membres ont estimé comme le Rapporteur spécial que les travaux d'organismes privés tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international sont à prendre en considération mais ne devraient pas entraver ou limiter les recherches de la Commission sur le sujet. Un membre a fait valoir que la Commission devrait constamment faire référence à la résolution de l'Institut sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale[405] et a demandé en quoi la démarche du Rapporteur spécial différait de celle de l'Institut. Sur la base du premier rapport, on peut affirmer que les travaux accomplis jusqu'à présent se distinguent sur trois points au moins, à savoir la méthodologie, dont attestent la structure du projet d'articles et le programme de travail, la pertinence accrue des accords et la pertinence accrue des déclarations unilatérales. On peut y voir la reconnaissance d'un rôle plus subsidiaire ou résiduel de toute règle générale sur la succession ou la non-succession.

21. S'agissant de la jurisprudence citée dans le rapport, certains membres ont fait observer que la plupart des exemples que le Rapporteur spécial cite pour étayer l'hypothèse d'une rupture avec la règle conventionnelle de la non-succession sont peu judicieux. Par exemple, pour ce qui est de la sentence arbitrale rendue en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, des membres ont fait remarquer que le tribunal n'avait pas conclu que la Grèce était responsable des faits illicites commis par l'Empire ottoman, État prédécesseur, mais qu'ayant continué de les commettre, elle avait engagé sa responsabilité. Le rapport ne remet pas cela en question, l'hypothèse de la continuation du fait illicite étant incontestablement admise. Il montre seulement qu'ayant été commis en partie avant la date de la succession d'États, le fait illicite ne peut être simplement imputé à l'État successeur, le Gouvernement autonome de Crête sous l'Empire ottoman n'étant pas le Gouvernement grec.

22. Concernant l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, également citée dans le rapport pour illustrer la rupture avec la règle de la non-succession, certains membres ont signalé que la Cour internationale de Justice avait estimé que la Slovaquie ne serait responsable des faits internationalement illicites commis par son prédécesseur et ne serait indemnisée par la Hongrie que sur la base de l'accord conclu entre les parties. Certes, le rapport ne remet pas en cause le rôle joué par l'accord spécial. Mais cet accord n'a pas réglé toutes les questions relatives à la succession et à la responsabilité, dont plusieurs restent litigieuses. Par exemple, la Hongrie a reconnu que la Slovaquie ne pouvait être tenue pour responsable des manquements aux obligations conventionnelles et aux obligations découlant du droit international coutumier qui étaient uniquement imputables à la Tchécoslovaquie, laquelle n'existe plus ; elle a toutefois fait valoir que ces manquements entraînaient un ensemble d'obligations secondaires, à savoir l'obligation de réparer le préjudice causé par les faits illicites, et que ces obligations secondaires n'étaient pas éteintes par la dissolution de la Tchécoslovaquie. En d'autres termes, il n'est pas question de la responsabilité de la Tchécoslovaquie en tant que telle, mais des obligations secondaires créées par les faits illicites qui ont continué d'être commis après la date de la succession d'États.

[405] Résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703 à 711. Également disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

23. Pour ce qui est de l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, certains membres ont fait remarquer que, puisqu'elle avait conclu qu'il n'y avait pas eu violation des dispositions de la Convention, la Cour internationale de Justice n'avait pas eu à déterminer si les actes de la République fédérative socialiste de Yougoslavie étaient imputables à la Serbie par succession à la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial reconnaît qu'en effet la Cour n'a pas conclu au transfert de responsabilité à la Serbie ; elle a simplement examiné les faits survenus tant avant qu'après la date de la succession d'États et a conclu à la possibilité d'un transfert d'obligations.

24. Concernant l'arbitrage rendu dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA*, le Rapporteur spécial estime, comme M. Reinisch, qu'il est non seulement intéressant, mais aussi pertinent en ce sens qu'il semble corroborer l'idée que l'État continuateur est seul responsable et qu'il n'y a pas de transfert de responsabilité à l'État successeur.

25. Pour ce qui est de l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche mentionné par M. Reinisch, cette décision, rendue en 2002, portait sur un recours en indemnisation pour expropriation introduit contre l'Autriche par un citoyen autrichien qui avait été arrêté en 1952 par des soldats de la puissance occupante soviétique en Autriche et avait été condamné à une peine de vingt-cinq années de réclusion criminelle, à la suite de quoi ses biens avaient été saisis. Le requérant avait fait valoir qu'en renonçant à tout recours contre les Puissances alliées au nom de tous les Autrichiens en application de l'article 24 du Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, de 1955, l'Autriche avait commis un acte constitutif d'une expropriation. La Cour suprême ne s'était pas attardée sur la question d'une éventuelle règle coutumière relative à la succession d'États, mais avait simplement renvoyé à l'opinion de feu le professeur Seidl-Hohenveldern. S'il y a une conclusion à tirer de cette affaire, elle a probablement trait aux spécificités de l'occupation militaire et à la nature particulière de la dislocation de l'Union soviétique, la Fédération de Russie étant généralement considérée comme l'État continuateur, et non comme un État successeur. L'existence possible d'une règle coutumière sur la succession d'États a au moins été admise par la Cour suprême d'Autriche en l'affaire dite de l'*Ambassade de l'Union soviétique*, dans laquelle la Cour a estimé que le droit coutumier était peu explicite au sujet de la succession d'États en matière de biens.

26. Plus généralement, le Rapporteur spécial ne conteste pas l'idée que la pratique des États n'est pas claire et qu'un cas de figure peut donner lieu à différentes interprétations. Il reconnaît même volontiers que les cas de non-succession sont plus fréquents que les cas de succession. Il est simplement en désaccord avec la vieille doctrine selon laquelle la responsabilité de l'État a un caractère éminemment personnel, ce qui semble exclure a priori tout transfert de droits et d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite et relève selon lui de la fiction. Premièrement, cette hypothèse illusoire repose sur une analogie avec le droit privé, qui trouve son origine dans le droit romain, ou avec le droit pénal. Deuxièmement, les États − ou tout au moins les États modernes, et non les monarchies absolues − se distinguent radicalement des personnes morales et, à cet égard, il serait périlleux de les personnifier. Auparavant, même les traités conclus entre monarques, contraignants du vivant de ces derniers, ne survivaient pas à leur décès, ce qui excluait toute succession automatique ; ce n'est toutefois plus le cas en droit international moderne. Troisièmement, l'idée du caractère éminemment personnel de la responsabilité de l'État est apparue il y a de nombreuses décennies, avant que l'on achève la codification des règles sur la responsabilité de l'État et sur la protection diplomatique. Or le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[406] qui a été adopté par la Commission a été rédigé de façon objective et ne valide pas la thèse du caractère personnel ou punitif de la responsabilité de l'État. Quant aux règles relatives à la protection diplomatique, elles ont manifestement supprimé l'exigence de continuité de la nationalité et, partant, rendu possible un transfert de droits sous certaines conditions. Ces changements devraient également être examinés et pris en considération dans le droit de la succession d'États.

27. Notant que, de l'avis de certains membres, le rapport s'intéresse davantage à la doctrine qu'à la pratique des États en matière de succession d'États, le Rapporteur spécial convient que cette question doit faire l'objet de recherches plus approfondies, ce à quoi la brièveté d'un rapport préliminaire ne se prêtait pas. Il examinera plus en détail la pratique des États dans ses prochains rapports.

28. Le Rapporteur spécial partage sans réserve le point de vue des membres qui ont fait observer que dans son premier rapport il s'était essentiellement intéressé à la pratique des États européens et que dans les suivants il devrait s'efforcer de citer davantage d'exemples illustrant la pratique d'autres États. S'il est vrai que son premier rapport ne se voulait pas exhaustif, on pourrait être porté à croire qu'il accorde une moindre importance à la pratique et à la jurisprudence des États non européens. Le Rapporteur spécial remercie donc ses collègues d'avoir porté à son attention différentes références utiles.

29. Ainsi que l'a suggéré Sir Michael Wood, le Rapporteur spécial entend proposer que la Commission demande aux États de lui fournir des exemples pertinents de pratique et de jurisprudence et prie le Secrétariat de réaliser une étude sur ce sujet.

30. S'agissant à présent de la portée du sujet, le Rapporteur spécial dit qu'un grand nombre de membres sont convenus que la question de la responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ne devrait pas être examinée. D'autres ont toutefois émis des réserves sur ce point, notant par exemple que des règles et principes en matière de responsabilité (*liability*) pouvaient exister en droit coutumier et dans le droit des traités. Le Rapporteur spécial estime qu'à ce stade, il conviendrait de limiter la portée de l'étude aux droits et obligations naissant de faits illicites. Cela étant, la Commission pourra, si elle le souhaite, se pencher à

[406] Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

un stade ultérieur sur la question de la succession d'États pour ce qui est des conséquences d'actes licites.

31. Les orateurs sont presque unanimement convenus que la portée du sujet ne devrait pas s'étendre à la question de la succession d'États en matière de responsabilité des organisations internationales. Certains ont néanmoins fait observer que, dans le cadre des travaux sur le sujet, il conviendrait d'examiner aussi des situations dans lesquelles des États membres ont vu leur responsabilité engagée du fait d'actes commis par des organisations internationales à l'égard de tierces parties. Le Rapporteur spécial partage ces deux points de vue. Comme on peut le lire dans le programme de travail futur, parmi les questions à traiter, il envisage d'ailleurs la question de la succession en matière de responsabilité de l'État pour tort causé à d'autres acteurs, à savoir les organisations internationales, et en matière de responsabilité des États membres relativement aux actes d'une organisation.

32. Le Rapporteur spécial estime, comme de nombreux membres, que la question de la succession des gouvernements ne doit pas être traitée aux fins de l'examen du présent sujet. La question des changements de gouvernements, et même celle des changements de régimes, est à distinguer de celle de la succession d'États.

33. Certains membres ont signalé que les traductions française et espagnole du terme *responsibility* posaient des difficultés, puisqu'elles renvoyaient également à la notion de *liability*. On éviterait toute ambiguïté en introduisant dans le titre du sujet l'expression plus explicite « faits internationalement illicites ».

34. Pour ce qui est du projet d'article premier, de nombreux membres ont indiqué que, par souci de clarté, il devrait y être précisé que le sujet concerne la succession d'États « en matière de droits et d'obligations découlant de faits internationalement illicites ». Le Rapporteur spécial soumettra une proposition modifiée en ce sens pour examen par le Comité de rédaction.

35. Le projet d'article 2 relatif aux définitions semble convenir, de façon générale, à tous les membres. Il a toutefois été proposé d'y ajouter d'autres définitions, notamment celles des termes « fait internationalement illicite », « accord de dévolution », « déclaration unilatérale » et « autre sujet de droit international ». À mesure que les travaux progresseront, ainsi qu'il est indiqué dans le rapport, d'autres définitions viendront s'ajouter à celles qui figurent déjà dans le projet d'article 2 ; on pourra par exemple définir non seulement « accord de dévolution » et « déclaration unilatérale », mais aussi « accord de règlement des réclamations » ou « autre accord ». En revanche, il a été proposé de ne pas inclure de définition du terme « responsabilité internationale ». Le Rapporteur spécial n'y voit pas d'inconvénient et propose d'expliquer dans le commentaire à la fois la notion de responsabilité de l'État et celle de fait internationalement illicite.

36. Compte tenu des préoccupations exprimées par M. Rajput au sujet de la définition de « succession d'États », le Rapporteur spécial tient à préciser que l'alinéa *a* du projet d'article 2 vise uniquement à donner une définition du terme en question et ne traduit pas une prise de position sur la question de la légalité. Il s'agit là d'une question de fond, qui sera traitée dans son deuxième rapport.

37. Pour ce qui est de la règle générale applicable à la succession d'États, certains membres ont fait observer que le cas de figure dans lequel l'État successeur consentait volontairement à endosser la responsabilité de l'État prédécesseur ou approuvait les faits illicites commis par ce dernier était peut-être l'unique exception à la règle de la non-succession. D'autres ont souligné que la règle traditionnelle de la non-succession ne pouvait être écartée en l'absence d'une pratique suffisante en ce sens.

38. De nombreux membres ont insisté sur la nécessité de définir la règle générale avant de renvoyer les projets d'articles 3 et 4 au Comité de rédaction. Le Rapporteur spécial ne partage pas l'opinion de M. Murase, qui a estimé que ces projets d'article étaient essentiellement des clauses « sans préjudice » : ils traitent non seulement de la forme − accords et actes unilatéraux − mais aussi du fond, puisqu'ils mettent en évidence le caractère subsidiaire du projet d'articles.

39. Pour certains membres, les projets d'articles 3 et 4, dans leur libellé actuel, ne nécessitent pas que l'on tranche la question de savoir s'il existe un principe général régissant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Ainsi que l'a relevé un membre, ces projets d'article peuvent s'appliquer par défaut aux situations tant de non-succession que de succession. Bien entendu, ils s'appliquent alors à différentes fins. Le Rapporteur spécial tient à préciser qu'il n'entend pas, dans ses prochains rapports, substituer à une règle générale établissant la non-succession une règle générale établissant la succession. Il ne croit pas que la succession soit automatique dans tous les cas. Il proposera dans ses prochains rapports un corpus de règles applicables aux différentes catégories de succession. Dans les cas où l'on applique la règle par défaut établissant la non-succession, il reste possible de prévoir le transfert de certains droits et obligations au moyen d'accords et de déclarations unilatérales. Si l'on applique, au contraire, la règle de la succession, il est possible de conclure des accords prévoyant à la fois de limiter le transfert des droits et obligations et de le répartir, s'il y a lieu, entre plusieurs États successeurs.

40. Le Rapporteur spécial juge utile de faire figurer ces dispositions générales dans les projets d'articles 3 et 4, au début du projet d'articles, car cela permet d'éviter d'avoir à évoquer les accords et les déclarations unilatérales dans chacun des projets d'article suivants.

41. Le Rapporteur spécial partage sans réserve l'opinion des membres qui ont estimé qu'il fallait rédiger un projet d'article distinct qui souligne le caractère subsidiaire du projet d'articles. Il entend d'ailleurs proposer en ce sens soit un nouveau projet d'article, soit un nouveau paragraphe introductif pour le projet d'article 3.

42. Le Rapporteur spécial partage également le point de vue des membres qui ont estimé que le paragraphe 2 du projet d'article 4 devrait faire plus précisément référence à toutes les conditions pertinentes énoncées dans les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations

juridiques[407], adoptés par la Commission. Bien qu'il compte introduire une référence à d'autres conditions, en sus de la règle selon laquelle une déclaration unilatérale doit avoir un « objet clair et précis », il pourrait remplacer par une formulation plus précise la référence générale aux règles de droit international applicables aux actes unilatéraux des États.

43. De nombreux membres se sont dits favorables au programme de travail futur. Le Rapporteur spécial estime que ce programme de travail est et devrait rester assez souple pour permettre de tenir compte de nouvelles recherches et des conclusions des débats tenus au sein de la Commission. Comme l'a suggéré M^me^ Escobar Hernández, certaines questions, qu'il est proposé d'examiner dans le quatrième rapport, pourraient être traitées à un stade antérieur.

44. Il ressort du débat que la plupart des orateurs sont favorables au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction, tandis que certains préféreraient ne renvoyer que les projets d'articles 1^er^ et 2. M. Reinisch, M. Huang et Sir Michael Wood sont contre le renvoi des projets d'article. Le Rapporteur spécial est nettement d'avis qu'il serait préférable de renvoyer d'ores et déjà les projets d'articles 1^er^ et 2 au Comité de rédaction pour lui permettre de débuter ses travaux dans la semaine. Il préférerait que les projets d'articles 3 et 4 soient eux aussi renvoyés au Comité de rédaction, étant entendu, néanmoins, qu'ils seraient laissés en suspens par ce dernier jusqu'à la session suivante, car à ce stade les membres de la Commission auront une idée plus précise des règles supplétives de non-succession et de succession à faire figurer dans le deuxième rapport.

45. M. REINISCH dit qu'il tient à préciser, puisque le Rapporteur spécial a expressément fait remarquer qu'il avait des hésitations quant au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction, qu'il se joindra au consensus, si consensus il y a, sur la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le Comité de rédaction laisse en suspens les projets d'articles 3 et 4.

46. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 1^er^ à 4 au Comité de rédaction, compte tenu des observations et des suggestions formulées en séance plénière et étant entendu que les projets d'articles 3 et 4 seront laissés en suspens par le Comité de rédaction jusqu'à la session suivante, moment où les membres de la Commission auront une idée plus précise des règles supplétives de non-succession et de succession à faire figurer dans le deuxième rapport.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (*fin*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

47. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État est composé des membres suivants : M. Šturma (Rapporteur spécial), M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Grossman Guiloff, M. Hmoud, M. Jalloh, M. Kolodkin, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M. Park, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Aurescu (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 16 heures.

3382^e^ SÉANCE

Mercredi 26 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Kolodkin, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)[408] [*fin*[*]] (A/CN.4/703, partie II, sect. C, A/CN.4/706)

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT INTÉRIMAIRE DU COMITÉ DE RÉDACTION[409]

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) présente les titres et textes des projets de conclusions 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 7 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et ainsi libellés :

« *Projet de conclusion l. Objet*

« Les présents projets de conclusion concernent l'identification et les effets juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

« *Projet de conclusion 2 [3 (2)]. Nature générale des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)*

« Les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) reflètent et protègent des valeurs

[407] Les principes directeurs adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2006*, vol. II (2^e^ partie), p. 169 et suiv., par. 176 et 177.

[*] Reprise des débats de la 3374^e^ séance.

[408] La Commission a décidé à sa 3374^e^ séance, le 13 juillet 2017, de modifier le titre du sujet « *Jus cogens* » comme suit : « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » (voir *supra* la 3374^e^ séance, par. 42).

[409] Document de séance (distribution limitée aux membres de la Commission).

fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles du droit international et sont universellement applicables.

« *Projet de conclusion 3 [3 (1)]. Définition d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)*

« Une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

« *Projet de conclusion 4. Critères pour l'identification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)*

« Pour identifier une norme impérative du droit international (*jus cogens*), il est nécessaire de démontrer que la norme en question satisfait les critères suivants :

« *a*) être une norme du droit international général ; et

« *b*) être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme dont aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

« *Projet de conclusion 5. Fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)*

« 1. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

« 2. Les dispositions conventionnelles et les principes généraux du droit peuvent également servir de fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

« *Projet de conclusion 6. Acceptation et reconnaissance*

« 1. L'exigence de "l'acceptation et de la reconnaissance" en tant que critère pour identifier une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est distincte de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que norme du droit international général.

« 2. Pour identifier une norme en tant que norme impérative du droit international général (*jus cogens*), il est nécessaire de fournir la preuve que cette norme est acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

« *Projet de conclusion 7. Communauté internationale des États dans son ensemble*

« 1. C'est l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble qui est pertinente aux fins d'identification des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

« 2. L'acceptation et la reconnaissance par une très large majorité d'États est requise aux fins d'identification d'une norme en tant que norme impérative du droit international général (*jus cogens*). L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise.

« 3. Si les opinions d'autres acteurs peuvent être pertinentes pour donner un contexte et pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des États dans son ensemble, ces opinions ne peuvent, en elles-mêmes, faire partie d'une telle acceptation et reconnaissance. »

2. Le Comité de rédaction a tenu trois séances sur le sujet, du 13 au 20 juillet 2017. Pendant le temps qui lui était alloué, il a pu achever les travaux qui ne l'avaient pas été l'année précédente et examiner les propositions du Rapporteur spécial pour les projets de conclusions 4 à 8, qui lui avaient été renvoyés en juillet 2017. Faute de temps, il a dû renvoyer à la session suivante de la Commission, en 2018, l'examen de la proposition du Rapporteur spécial pour le projet de conclusion 9. Suivant l'approche adoptée l'année précédente, le Rapporteur spécial a recommandé que le Comité de rédaction demeure saisi des projets de conclusion jusqu'à ce que l'ensemble de ceux-ci aient été adoptés, afin qu'un projet de conclusions complet puisse être présenté à la Commission avant que celle-ci se prononce. Le Président du Comité de rédaction indique que sa déclaration constitue donc un rapport intérimaire, qui vise à informer la Commission des progrès réalisés jusqu'ici au Comité de rédaction.

3. Le projet de conclusion 2 a initialement été proposé par le Rapporteur spécial en tant que paragraphe 2 du projet de conclusion 3. Une minorité de membres a continué d'exprimer des doutes quant au fondement juridique et à l'objet de ce paragraphe. Le Comité de rédaction a examiné une proposition tendant à ce qu'il figure dans un nouveau texte réunissant les projets de conclusions 6 et 8. Il a également été proposé d'ajourner l'examen de cette disposition et de l'examiner en même temps que le projet de conclusion 7, relatif à la communauté internationale dans son ensemble, ou le projet de conclusion 9, relatif aux preuves de l'acceptation et de la reconnaissance. Une autre proposition consistait à traiter de la question dans un préambule du projet de conclusions dans son ensemble. L'opinion qui a prévalu était que ce paragraphe devait être conservé dans le texte en tant que disposition autonome : la majorité des membres ont estimé qu'il s'agissait d'une disposition importante indiquant l'orientation générale des dispositions qui suivent. Quant au texte lui-même, il reprend en grande partie celui proposé par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction, moyennant le remplacement de l'expression « normes du *jus cogens* » par l'expression « normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », pour reprendre le nouvel intitulé du sujet. De plus, le verbe « protègent » a été remplacé par les mots « reflètent et protègent » afin de renvoyer au processus d'identification des normes impératives ainsi qu'à leurs effets.

4. Le titre du projet de conclusion 2 est « Nature générale des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

5. Le texte du projet de conclusion 3 a été adopté l'année précédente. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 initial étant devenu un projet de conclusion distinct, le projet de conclusion 3 ne comporte plus qu'un paragraphe. Le Comité de rédaction a adopté le titre « Définition d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ». Bien qu'il ait été proposé d'abréger ce titre afin qu'il se lise « Définition », un consensus s'est dégagé en faveur du titre long : il correspond à la terminologie utilisée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et suit l'approche adoptée pour le projet de conclusion 4 sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités[410].

6. Le projet de conclusion 4 a été examiné sur la base d'un texte révisé présenté par le Rapporteur spécial pour tenir compte d'une observation faite par plusieurs membres, à savoir que, eu égard à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, le projet de conclusion devait viser non seulement le fait qu'une norme impérative était une norme à laquelle aucune dérogation n'était permise mais aussi le fait qu'elle ne pouvait être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Le Comité de rédaction a également examiné les avantages et les inconvénients d'une proposition du Rapporteur spécial qui visait à scinder l'alinéa *b* en deux alinéas distincts, l'alinéa i) étant consacré à l'indérogeabilité et l'alinéa ii) à la modification, une approche dont certains ont jugé qu'elle clarifiait la disposition. Il a également été proposé de faire de la modification un troisième critère de l'identification dans le cadre d'un alinéa *c*, mais le Rapporteur spécial a estimé que ce faisant le Comité s'écarterait de la structure de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le Comité de rédaction a décidé de conserver les deux éléments, dérogation et modification, à l'alinéa *b* : il s'agit de deux aspects du même critère, et les séparer risquerait de donner l'impression erronée que deux critères distincts doivent être satisfaits pour qu'une norme impérative du droit international général puisse être identifiée.

7. Durant le débat, le Comité de rédaction s'est demandé s'il convenait, pour la cohérence, d'utiliser l'expression « une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) » dans l'ensemble du projet de conclusions. Il a donc décidé de remplacer, dans le chapeau du projet de conclusion, l'expression « une norme en tant que norme de *jus cogens* » par l'expression « une norme impérative du droit international (*jus cogens*) ». À la suite d'une proposition visant à remplacer le mot *show* par *ascertain* dans le texte anglais du chapeau, pour reprendre le terme utilisé dans le projet de conclusion 2 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier[411], le Comité de rédaction a décidé que le mot *establish* était celui qu'il convenait d'utiliser compte tenu du contexte. Il est convenu d'utiliser le verbe « démontrer » dans le texte français, bien que certains membres aient fait observer que ce terme ne correspondait pas exactement à celui utilisé en anglais. Enfin, le Comité de rédaction a décidé de remplacer les mots « à deux critères » par les mots « les critères suivants » dans le chapeau, et de remplacer les mots « il doit s'agir d' » et « elle doit être » par le verbe « être » au début des alinéas *a* et *b*, respectivement, pour mieux indiquer que les deux alinéas en question décrivent les caractéristiques intrinsèques d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

8. Le titre du projet de conclusion 4 est « Critères pour l'identification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ».

9. S'agissant du projet de conclusion 5, le Comité de rédaction a travaillé sur la base d'une proposition présentée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/706). Le projet de conclusion reflète désormais l'accord auquel les membres du Comité de rédaction sont parvenus après de longs débats sur divers aspects de la proposition initiale et d'une proposition révisée. Le projet de conclusion comprend deux paragraphes, alors que celui proposé initialement en comptait quatre. Le Comité de rédaction a tenu compte des diverses préoccupations exprimées quant à la signification de l'expression « droit international général » et à l'opportunité d'adopter, en ce qui concerne les sources des normes impératives, une structure à trois niveaux comprenant non seulement le droit international coutumier et les principes généraux de droit mais aussi les traités.

10. Le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial comprenait un paragraphe 1, dont l'objet était d'établir un lien avec le projet de conclusion 4 et de clarifier le sens de l'expression « droit international général ». Plusieurs propositions ont été examinées, y compris celle consistant à supprimer ce paragraphe ou à le transférer dans ce qui est devenu le projet de conclusion 3 (Définition d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)) ou dans le projet de conclusion 4 (Critères pour l'identification d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)). Le Comité de rédaction a finalement décidé de supprimer ce paragraphe, étant entendu que le Rapporteur spécial expliquerait dans le commentaire ce qu'est une norme du droit international général dont le champ d'application est général.

11. Les membres du Comité de rédaction sont convenus que le droit international coutumier était important dans la formation des normes impératives du droit international général. Durant le débat, des membres ont dit qu'ils préféraient le mot « source » au mot « fondement » s'agissant de la formation de ces normes. Le Comité de rédaction a néanmoins conservé le mot « fondement », au motif que le mot « source » était utilisé au paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, lequel ne mentionne pas les normes impératives du droit international général. Le commentaire de cette disposition indiquera qu'il faut entendre le terme « fondement » au sens large, pour tenir compte des diverses manières dont les sources classiques de droit peuvent contribuer à la formation des normes du *jus cogens*.

[410] Voir *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 99.

[411] Voir *Yearbook of the International Law Commission 2016*, vol. II (Part Two), p. 63 (projet de conclusion 2).

12. Les paragraphes 3 et 4 de la proposition initiale ont suscité des divergences d'opinions marquées au sein du Comité de rédaction. Le texte a été révisé plusieurs fois, et les deux paragraphes ont finalement été réunis. De plus, le Comité a décidé d'en inverser l'ordre et de mentionner les dispositions conventionnelles avant les principes généraux du droit. Le Comité de rédaction a encore affiné le texte et remplacé l'expression « dispositions de traités multilatéraux » par l'expression « dispositions conventionnelles », certains membres ayant fait valoir que les traités bilatéraux pouvaient aussi énoncer des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). La mention des dispositions conventionnelles et des principes généraux du droit dans un même paragraphe ne signifie pas nécessairement que les unes et les autres sont au même niveau. Le commentaire expliquera le raisonnement suivi par le Comité de rédaction à cet égard, de même que le fait qu'il faut entendre l'expression « principes généraux du droit » au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

13. Le titre du projet de conclusion 5 est « Fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

14. Le projet de conclusion 6 a été examiné sur la base d'une proposition révisée du Rapporteur spécial qui tenait compte de propositions visant à rationaliser le texte. Cette proposition révisée réunissait les projets de conclusions 6 et 8 proposés par le Rapporteur spécial. L'idée qui sous-tendait le projet de conclusion initial a été conservée, à savoir que l'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère d'identification des normes impératives est différente de l'acceptation comme étant le droit aux fins du droit international coutumier et de la reconnaissance aux fins des principes généraux du droit.

15. Le paragraphe 1 a été aligné sur le nouvel intitulé du sujet, et les mots « comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier » ont été remplacés par les mots « et de la reconnaissance en tant que norme du droit international général », étant entendu que, dans le commentaire, une distinction serait opérée entre l'identification des normes impératives du droit international général et celle de l'ensemble des normes du droit international général. Les mots « l'acceptation et de la reconnaissance » ont été placés entre guillemets pour indiquer que cette expression renvoie à l'expression « acceptée et reconnue » figurant à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

16. Le paragraphe 2 a pour objet d'indiquer quelles preuves doivent être fournies pour qu'une norme puisse être identifiée comme étant une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) : la norme doit être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et comme une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Le libellé du paragraphe a été aligné sur la dernière phrase de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

17. Le titre du projet de conclusion 6 est « Acceptation et reconnaissance ».

18. Le projet de conclusion 7 traite de la notion de « communauté internationale des États dans son ensemble » aux fins de l'identification des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Le Comité de rédaction a travaillé sur la base d'une version révisée du projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial. Le paragraphe 1 reprend largement cette proposition, si ce n'est que la deuxième phrase, qui visait « l'attitude » des États, un terme qui a été critiqué durant le débat en plénière, a été supprimée.

19. L'ordre des paragraphes 2 et 3 de la proposition initiale du Rapporteur spécial a été inversé, de telle manière que les paragraphes 1 et 2 traitent ensemble de la question de la majorité d'États requise pour qu'une norme puisse être identifiée en tant que norme impérative du droit international général (*jus cogens*), et le paragraphe 3 traite de la position d'autres acteurs. Le Comité de rédaction a accepté la proposition faite durant le débat en plénière tendant à ce que le texte soit modifié pour rendre compte du fait qu'à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, le Président du Comité de rédaction avait indiqué qu'une « très large majorité d'États » était requise pour l'identification d'une norme en tant que norme impérative. Le commentaire expliquera que l'expression ne doit pas nécessairement être entendue d'un point de vue quantitatif mais qu'elle implique aussi une évaluation qualitative. Le Comité de rédaction a examiné une proposition visant à supprimer la dernière phrase, « L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise », au motif qu'elle était répétitive, mais après réflexion il a décidé de la conserver, estimant qu'elle clarifiait la disposition.

20. Le paragraphe 3 est une version simplifiée du texte proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 2. Le Comité de rédaction a apporté à ce texte plusieurs modifications de forme : le terme « l'attitude », jugé trop vague, a été remplacé par « les opinions », les mots « acteurs autres que les États » ont été remplacés par les mots « autres acteurs », et le rôle des autres acteurs s'agissant de « donner un contexte » a été mentionné. Nonobstant ces modifications, la principale idée sous-tendant la disposition, à savoir que les opinions d'autres acteurs ne participent pas en elles-mêmes de l'acceptation et de la reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble, a été conservée.

21. Le titre du projet de conclusion 7 est « Communauté internationale des États dans son ensemble ».

22. En conclusion, le Président du Comité de rédaction rend hommage au Rapporteur spécial dont la connaissance du sujet, les conseils et la coopération ont considérablement facilité les travaux du Comité. Il souligne qu'au stade actuel il n'est pas demandé à la Commission de se prononcer sur les projets de conclusion : il n'a fait rapport à celle-ci qu'à des fins d'information.

23. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite prendre note de la déclaration du Président du Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Application provisoire des traités (*fin*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. F, A/CN.4/707, A/CN.4/L.895/Rev.1[412]]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION (*fin*[*])

24. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction) présente les textes et titres des projets de directive sur l'application provisoire des traités adoptés par le Comité de rédaction et reproduits sous la cote A/CN.4/L.895/Rev.1, ainsi libellés :

Directive 1. Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités.

Directive 2. Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

Directive 3. Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

Directive 4. Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

a) D'un traité distinct ; ou

b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

Directive 5 [6]. Prise d'effet de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Directive 6 [7]. Effets juridiques de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

Directive 7 [8]. Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

Directive 8 [9]. Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie

À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement, son intention de ne pas devenir partie au traité.

Directive 9 [10]. Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Directive 10 [11]. Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Directive 11 [12]. Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation.

25. Le sujet « Application provisoire des traités » a déjà fait l'objet d'un rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.895), qui a été examiné durant la première partie de la session en cours[413]. Le 12 mai 2017, comme suite à la présentation de ce rapport, la Commission a adopté 11 projets de directive. À cette occasion, le projet de directive 5 a été laissé en suspens, car le Comité de rédaction n'avait pas eu le temps de l'examiner. Le Comité a ultérieurement pu tenir une réunion supplémentaire, le 24 juillet 2017. Le résultat des travaux menés lors de cette réunion figure dans le document A/CN.4/L.895/Rev.1.

26. Le Président du Comité de rédaction rend hommage au Rapporteur spécial, dont l'attitude constructive a facilité les travaux du Comité. Les membres de celui-ci doivent également être remerciés de leur participation active et le secrétariat de son assistance précieuse.

27. En ce qui concerne le texte proposé pour le projet de directive 5, relatif à l'application provisoire au moyen d'une déclaration unilatérale, le Comité a travaillé sur la base d'une proposition révisée initialement présentée par le Rapporteur spécial en 2016. Cette proposition comprenait deux éléments. Le premier était la possibilité que

[*] Reprise des débats de la 3357e séance.

[412] Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.

[413] Voir *supra* la 3357e séance, par. 50 à 76.

l'application provisoire découle d'une déclaration unilatérale lorsque le traité lui-même l'envisageait ou qu'il en était ainsi convenu d'une autre manière. Le deuxième concernait la situation dans laquelle, le traité étant muet quant à l'application provisoire, un État avait la possibilité de l'appliquer à titre provisoire au moyen d'une déclaration unilatérale à condition qu'aucune partie au traité ne formule d'objection à cet égard.

28. L'opinion qui a prévalu au Comité était que le premier élément pouvait figurer dans le projet de directives comme moyen supplémentaire de convenir de l'application provisoire. Le Comité a examiné une proposition tendant à inclure cet élément dans le texte actuel du projet de directive 4, en le mentionnant soit à l'alinéa *b*, soit dans un nouvel alinéa *c*. Une autre possibilité examinée consistait à l'incorporer dans la partie du commentaire expliquant le sens de l'expression « autre moyen ou arrangement ».

29. Le Comité a finalement décidé de le mentionner explicitement dans le texte du projet de directive 4 lui-même en ajoutant les mots « ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés » à la fin de l'alinéa *b*. La mention de cet élément dans le projet de directive 4 signifie que la déclaration en question est faite dans le cadre d'un accord entre les parties, ce qu'atteste l'utilisation de l'expression « déclaration d'un État » par opposition à « déclaration unilatérale ». Le Comité est convenu que l'effet d'une telle déclaration devait être subordonné à l'acceptation et non à l'absence d'objection, celle-ci risquant de présenter trop d'incertitude en pratique.

30. L'accord nécessaire peut intervenir à l'avance, par exemple au moyen d'une clause conventionnelle ou d'une résolution adoptée par une conférence, ce qui laisse à chaque partie, prise individuellement, la liberté d'appliquer le traité à titre provisoire. Dans le commentaire, la Commission expliquera comment une telle déclaration peut se manifester et précisera que son acceptation doit être expresse. Elle soulignera aussi que les mots « Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi » visent également la situation dans laquelle le traité est muet et les parties sont néanmoins convenues de l'application provisoire par d'autres moyens, y compris en acceptant une déclaration.

31. Une version antérieure du texte disposait que l'acceptation était exprimée « par écrit », mais le Comité a décidé qu'il était préférable d'envisager cette question dans le commentaire, qui indiquera que l'acceptation doit être « expresse » et que la plupart des exemples recensés concernaient des accords écrits. Dans le même temps, en n'indiquant pas que l'acceptation doit être exprimée par écrit, le projet de directive ménage une certaine souplesse et autorise d'autres modes d'acceptation.

32. Quant à l'application provisoire par d'autres moyens qu'un accord, certains membres ont dit que les effets juridiques des actes unilatéraux ne relevaient pas du sujet *stricto sensu* et ne devaient donc pas être mentionnés dans le texte. D'autres ont souligné qu'étant donné que le texte était un projet de directives, il pouvait donner des indications quant aux autres formes que pouvait prendre l'accord, aussi peu fréquentes soient-elles. L'opinion qui a prévalu est que la question ne devait pas être envisagée dans le texte du projet de directive 4 mais pourrait l'être dans le commentaire de celui-ci.

33. Par souci de clarté, le Comité a décidé d'employer, à l'alinéa *a*, les mots « un traité distinct » au lieu d'« un accord distinct », au motif que l'alinéa *b* visait également un accord mais revêtant d'autres formes. Le titre du projet de directive 4 est désormais « Forme de l'accord », ce pour souligner l'objet de la disposition. Eu égard au nouveau libellé de l'alinéa *b* de la directive 4, il n'est plus nécessaire de conserver le projet de directive 5, relatif aux déclarations unilatérales. Les projets de directive suivants ont été renumérotés en conséquence.

34. S'agissant du projet de directive 2, il a été proposé de viser expressément la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986, mais il a été finalement convenu que le commentaire préciserait que les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'étaient pas sur le même niveau, comme l'implique le texte du projet de directive.

35. Le projet de directive 3 a été aligné sur le projet de directive 6 par l'ajout des mots « entre les États ou organisations internationales concernés ».

36. En ce qui concerne le projet de directive 6, un membre de la Commission s'était opposé à ce que le texte dispose que l'application provisoire d'un traité produit « les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur », faisant valoir que cette formulation ne reflétait pas exactement l'état du droit. Certains membres ont soulevé une objection procédurale à la réouverture d'un débat sur la question, au motif que le Comité de rédaction en était au stade du « toilettage » et que le projet de directive avait été approuvé par la Commission plénière.

37. Le Comité a examiné une autre formulation, visant à préciser que la disposition était « sans préjudice du projet de directive 8 », mais il a hésité à introduire une telle modification à ce stade. Il a été proposé, et le Rapporteur spécial a accepté, que la question soit traitée dans le commentaire. Si nécessaire, la disposition pourra être réexaminée en seconde lecture.

38. Dans le texte anglais du projet de directive 8, le verbe *shall* a été remplacé par le verbe *is*, comme il est d'usage s'agissant d'un projet de directives. Enfin, le titre du projet de directive 11 se lit désormais « Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales », certaines modifications techniques mineures ayant en outre été apportées au texte de la disposition.

39. En conclusion, le Président du Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter le projet de directives révisé présenté par le Comité de rédaction.

40. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les textes et titres des projets de directive provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-septième

à soixante-neuvième sessions de la Commission et reproduits dans le document A/CN.4/L.895/Rev.1.

Projets de directives 1 à 3

Les projets de directives 1 à 3 sont adoptés.

Projet de directive 4

41. Le PRÉSIDENT dit que le premier mot des alinéas *a* et *b* devrait commencer par une minuscule. Il conviendrait en outre d'ajouter le mot *concerned* à la fin de l'alinéa *b* du texte anglais.

42. M. MURPHY propose d'ajouter l'article *an* avant la seconde occurrence du terme *international organization* à l'alinéa *b* du texte anglais.

Le projet de directive 4, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Projets de directives 5 à 8

Les projets de directives 5 à 8 sont adoptés.

Projet de directive 9

43. Le PRÉSIDENT dit que l'article *a* devrait être inséré avant les mots *part of a treaty* aux paragraphes 1 et 2 du texte anglais.

Le projet de directive 9, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Projet de directive 10

44. Le PRÉSIDENT dit que l'article *a* devrait être inséré avant les mots *part of a treaty* aux paragraphes 1 et 2 du texte anglais.

Le projet de directive 10, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Projet de directive 11

Le projet de directive 11 est adopté.

45. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur l'application provisoire des traités, publié sous la cote A/CN.4/L.895/Rev.1.

Il en est ainsi décidé.

Adieux à M. Roman Kolodkin

46. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en russe, dit que la Commission déplore le départ de M. Kolodkin, excellent collègue et homme de qualité, qui a énormément contribué aux travaux de la Commission et au sentiment de collégialité que partagent ses membres. La Commission lui souhaite un plein succès dans ses activités futures de juge du Tribunal international du droit de la mer.

47. M. KOLODKIN dit que c'est parce qu'il a eu la chance de siéger à la Commission qu'il a pu apporter sa modeste contribution à la codification et au développement progressif du droit international. Il remercie tous les membres et anciens membres de la Commission. Il y a certes eu des désaccords, mais ceux-ci n'ont jamais nui à la chaleur des relations entre les membres. Au fil des années, il a noué de solides amitiés, et c'est l'une des choses les plus précieuses qu'il retiendra du temps qu'il a passé à la Commission.

La séance est levée à 10 h 50.

3383e SÉANCE

Lundi 31 juillet 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État (*fin*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. G, A/CN.4/708]

[Point 8 de l'ordre du jour]

Rapport du Comité de rédaction

1. M. RAJPUT (Président du Comité de rédaction), présentant le septième et dernier rapport du Comité de rédaction à la session en cours, qui porte sur le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État », dit que le Comité s'est réuni le 25 juillet 2017 pour examiner les quatre projets d'article proposés dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/708) et que la Commission avait décidé de renvoyer au Comité. Il rappelle que le Rapporteur spécial, lorsqu'il a résumé le débat en plénière, a recommandé que le Comité demeure saisi des projets d'articles 3 et 4 jusqu'à la session suivante de la Commission, lors de laquelle les membres de celle-ci auraient une idée plus claire des règles résiduelles relatives à la non-succession et à la succession que le Rapporteur spécial doit proposer dans son deuxième rapport[414]. Le Président du Comité de rédaction indique que son rapport est donc un rapport intérimaire sur les progrès réalisés par le Comité de rédaction.

2. Conformément à la recommandation du Rapporteur spécial, le Comité n'a examiné que les projets d'articles 1er et 2 proposés par celui-ci dans son premier rapport, ainsi que plusieurs remaniements proposés par le Rapporteur spécial en réponse à des suggestions faites et

[*] Reprise des débats de la 3381e séance.

[414] Voir *supra* la 3381e séance, par. 44.

des préoccupations exprimées durant le débat en plénière. Les travaux du Comité ont été considérablement facilités par la maîtrise du sujet, les conseils et la coopération du Rapporteur spécial.

3. Le Comité a conservé le texte anglais du projet d'article premier, intitulé *Scope*, proposé par le Rapporteur spécial, ne procédant qu'à une modification : le mot *effect* a été mis au pluriel pour aligner le texte sur celui des articles correspondants de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983). Dans la version française du projet d'articles, le titre, « Portée », a été remplacé par « Champ d'application » eu égard à la pratique établie de la Commission.

4. Le Comité s'est demandé s'il était opportun de viser, dans le projet d'article premier, les droits et obligations plutôt que la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le Comité a décidé de conserver cette dernière formulation, celle proposée par le Rapporteur spécial dans son rapport, parce qu'elle correspond au titre du sujet et est conforme aux Conventions de Vienne de 1978 et de 1983. De plus, comme l'explique le Rapporteur spécial dans son rapport, la notion de droits et obligations est implicite et n'a donc pas à être mentionnée expressément. L'expression « responsabilité de l'État » ne doit pas être entendue comme indiquant que l'État successeur est nécessairement responsable d'un fait internationalement illicite. Le commentaire l'indiquera et soulignera l'importance de la notion de droits et obligations dans le cadre du sujet.

5. Le texte anglais du titre du projet d'article 2, *Use of terms*, proposé par le Rapporteur spécial a été conservé, mais la version française de ce titre, « Définitions », a été remplacée par « Expressions employées » eu égard à la pratique établie de la Commission. Les alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du projet d'article, qui définissent les termes « succession d'États », « État prédécesseur », « État successeur » et « date de la succession d'États », respectivement, proposés dans le rapport du Rapporteur spécial ont été adoptés tels quels par le Comité. Ces définitions sont conformes à celles figurant dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[415].

6. Le texte proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport comportait également un alinéa *e* définissant le terme « responsabilité internationale ». Toutefois, à l'issue du débat en plénière, le Rapporteur spécial a déclaré que cette définition lui semblait inutile et il a suggéré que la Commission ne conserve que les définitions non controversées tirées des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983. Conformément à cette suggestion, le Comité a supprimé l'alinéa *e*, estimant que les notions de « responsabilité de l'État » et de « fait internationalement illicite » pouvaient être expliquées dans le commentaire. De plus, la Commission pourra décider de définir d'autres termes dans le projet d'article 2 au fur à mesure que ses travaux sur le sujet progresseront. Enfin, le Président du Comité de rédaction rappelle qu'il a fait rapport à la Commission à des fins d'information uniquement, car il n'est pas demandé à la Commission de se prononcer au stade actuel sur les projets d'article.

7. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport intérimaire présenté par le Président du Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

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

8. Le PRÉSIDENT dit que, conformément à sa pratique établie, la Commission adoptera son rapport paragraphe par paragraphe. Les membres devront se concentrer sur les questions de fond et faire preuve de discipline pour parvenir au consensus sur lequel repose l'autorité de la Commission. Ils doivent également se souvenir que la Commission a pour pratique de ne pas rouvrir un débat sur les projets de textes déjà adoptés à titre provisoire.

Chapitre IV. *Crimes contre l'humanité* (A/CN.4/L.900 et Add.1/Rev.1, et Add.2 et 3)

9. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à ses soixante-septième et soixante-huitième sessions la Commission a déjà provisoirement adopté le gros des projets d'article sur les crimes contre l'humanité et des commentaires y relatifs. Il invite la Commission à examiner le chapitre IV du projet de rapport, en commençant par la partie de celui-ci publiée sous la cote A/CN.4/L.900.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 4 à 6

Les paragraphes 4 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

10. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il souhaiterait que le rapport rende compte, au paragraphe 7 ou ailleurs, du fait que le Comité de rédaction a examiné les projets de textes à sa réunion du 6 juillet 2017, des résultats de laquelle le Président du Comité de rédaction a rendu compte à la Commission le 19 juillet 2017.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 8 à 10

11. Le PRÉSIDENT dit que les paragraphes 8 à 10 seront revus une fois que la Commission aura adopté l'ensemble du chapitre à l'examen.

[415] Le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Voir aussi la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe.

C. Texte du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture

1. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES

Paragraphe 11

12. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 4 *bis* a été ajouté au projet d'article 6 à la session en cours ; le Secrétariat l'insérera donc au projet d'article 6 en tant que nouveau paragraphe 5 et renumérotera les paragraphes suivants en conséquence.

Le paragraphe 11 est adopté.

13. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre IV publiée sous la cote A/CN.4/L.900/Add.1/Rev.1.

14. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que le document A/CN.4/L.900/Add.1/Rev.1 reflète des modifications mineures apportées aux commentaires provisoirement adoptés et publiés dans le document A/CN.4/L.900/Add.1. Ces modifications concernent pour la plupart des citations ou sont des ajustements de forme qui visent à assurer la cohérence des commentaires. Il indique, en réponse à une préoccupation exprimée par un des membres de la Commission nouvellement élu, que les commentaires adoptés en première lecture pourront être modifiés en seconde lecture.

15. M. JALLOH dit que c'est lui qui a soulevé la question et qu'il ne formule pas d'objection, étant entendu que les préoccupations qu'il a exprimées quant aux citations incomplètes et à d'autres questions, qui touchent davantage le fond, s'agissant d'améliorer les commentaires, seront envisagées en seconde lecture. Cela semble une manière raisonnable de procéder étant donné le peu de temps disponible pour adopter la totalité du rapport annuel et pour proposer des modifications de fond aux commentaires en plénière. M. Jalloh indique que c'est pour cette raison qu'il n'a pas présenté de propositions spécifiques, mais qu'il compte pouvoir le faire en seconde lecture.

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS

Commentaire du projet d'article 1 (Champ d'application)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

16. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 3 vise à indiquer que les projets d'article ne sont pas en conflit avec les obligations des États envers les juridictions pénales internationales. Ce paragraphe est utile mais il n'est pas à sa place, car il y a maintenant un commentaire général de l'ensemble du projet d'articles, figurant dans le document A/CN.4/L.900/Add.2. Il propose donc de transférer le paragraphe 3 à la fin du commentaire général, dont il constituera le paragraphe 4.

Il en est ainsi décidé.

Le commentaire du projet d'article 1, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 2 (Obligation générale)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

17. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que, dans la première phrase du texte anglais du paragraphe 6, il convient de remplacer le mot *however* par le mot *also* et de supprimer la virgule qui précède ce mot et celle qui le suit. Dans la même phrase, les mots « qui n'exigeait aucun lien » doivent être remplacés par les mots « qui exigeait un lien ».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

18. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que la deuxième phrase du paragraphe 9, qui renvoie aux conditions énoncées dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 3, devrait énoncer ces conditions comme elles le sont dans cet article. Il propose donc de remanier la fin de cette phrase comme suit : « lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

19. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit à la proposition du Rapporteur spécial et propose en outre de remplacer, dans le texte anglais de la même phrase, les mots *committed within the context of* par les mots *committed as part of*.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 2, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 3 (Définition des crimes contre l'humanité)

Paragraphes 1 à 41

Les paragraphes 1 à 41 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 3 est adopté.

Commentaire du projet d'article 4 (Obligation de prévention)

Paragraphes 1 à 11

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

20. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il convient de remplacer les mots *For the latter* par les mots *In this instance* au début de la deuxième phrase du texte anglais du paragraphe 12.

Le paragraphe 12, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphes 13 à 23

Les paragraphes 13 à 23 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 4, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 6 (Incrimination en droit interne)

Paragraphe 1

21. M. MURPHY (Rapporteur spécial) rappelle que certains paragraphes du projet d'article 6 seront renumérotés compte tenu de l'insertion dans cet article du paragraphe 4 *bis* en tant que nouveau paragraphe 5. Dans la première phrase du paragraphe 1 du commentaire, les mots « exclure toute possibilité d'invoquer comme moyen de défense l'ordre d'un supérieur » devraient être remplacés par les mots « exclure certains moyens de défense », car cette formulation englobe à la fois l'invocation de l'ordre d'un supérieur, qui fait l'objet du paragraphe 4, et l'invocation de la position officielle, qui fait l'objet de ce qui est maintenant le paragraphe 5.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 23

Les paragraphes 2 à 23 sont adoptés.

Paragraphe 24

22. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que dans la première phrase du texte anglais les mots *excluding criminal responsibility* devraient être remplacés par les mots *excluding substantive criminal responsibility*, c'est-à-dire la formulation employée dans le commentaire qui doit être adopté pour le nouveau paragraphe 5, relatif à l'interdiction d'invoquer la position officielle comme moyen de défense.

Le paragraphe 24, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphes 25 à 46

Les paragraphes 25 à 46 sont adoptés.

Commentaire du projet d'article 7 (Établissement de la compétence nationale)

Paragraphe 1

23. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que les mots « visées au projet d'article 6 » devraient être remplacés par les mots « visées dans le présent projet d'articles », conformément à l'approche adoptée dans les autres projets d'article.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 11

Les paragraphes 2 à 11 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 7, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 8 (Enquête)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 8 est adopté.

Commentaire du projet d'article 9 (Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 9 est adopté.

Commentaire du projet d'article 10 (*Aut dedere aut judicare*)

Paragraphes 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

24. M. MURPHY (Rapporteur spécial), qu'appuie Sir Michael WOOD, dit que, dans la première phrase, les mots « ou extrade ou remet celui-ci » devraient être supprimés, puisque la seconde phrase du projet d'article 10 concerne l'exercice de l'action pénale par les autorités compétentes d'un État.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

25. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que M. Grossman Guiloff a proposé d'apporter deux modifications au paragraphe 10, la première consistant à ajouter à la fin de ce paragraphe une phrase ainsi libellée : « Depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome de 1998, plusieurs États ont adopté des lois nationales interdisant l'amnistie et d'autres mesures semblables pour les crimes contre l'humanité », et la seconde consistant à associer à ce paragraphe une note de bas de page citant la législation en la matière de neuf pays, à savoir l'Argentine, le Burkina Faso, le Burundi, la Colombie, les Comores, le Panama, la République centrafricaine, la République démocratique du Congo et l'Uruguay. Le Rapporteur spécial indique qu'il souscrit à ces propositions.

26. M. TLADI dit qu'il ne s'oppose pas à ces propositions, étant entendu que le Rapporteur spécial a vérifié la teneur des lois nationales en question. Il préférerait toutefois que dans le texte anglais le verbe *ban* soit remplacé par un terme plus formel.

27. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il a vérifié la teneur des lois citées. Il propose de remplacer le verbe *ban* par le verbe *prohibit* dans le texte anglais.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 10, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 11 (Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction)

Paragraphes 1 à 10

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 11 est adopté.

28. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre IV du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.900/Add.2.

C. Texte du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture (*suite*)

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (*suite*)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Commentaire général

Paragraphe 1

29. M. TLADI propose d'ajouter à la fin du paragraphe deux phrases libellées comme suit : « Cela étant, d'aucuns ont exprimé l'avis que ni la Convention sur le génocide ni les Conventions de Genève et les protocoles s'y rapportant ne prévoyaient de mécanismes interétatiques de coopération élaborés comme le présent projet d'articles. Pour cette raison, il a été considéré que d'autres crimes parmi les principaux crimes de droit international auraient aussi pu être couverts dans le présent projet d'articles. »

30. Sir Michael WOOD propose de remplacer le mot « élaborés » par le mot « détaillés » ou un terme similaire dans la proposition de M. Tladi.

31. Le PRÉSIDENT dit que M. Tladi et le secrétariat finaliseront le libellé du texte qu'il est proposé d'insérer à la fin du paragraphe.

Le paragraphe 1 est adopté sous cette réserve.

Paragraphes 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.

Nouveau paragraphe 4

32. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission a approuvé la proposition du Rapporteur spécial de placer le paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 1 à la fin du commentaire général, dont il constituera le paragraphe 4.

Le nouveau paragraphe 4 est adopté.

Le commentaire général, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du préambule

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

33. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que les mots « et leur ampleur » qui figurent dans la seconde phrase devraient être supprimés.

34. M. JALLOH propose de remplacer les mots « caractère odieux » par le mot « gravité » dans la même phrase.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

35. M. PARK dit que les mots « sera publié » figurant dans la note de bas de page appelée à la fin de la troisième phrase doivent être remplacés par les mots « est publié ».

Il en est ainsi décidé.

36. M. PARK, relevant que dans la note de bas de page appelée après les mots « comme la torture » le Rapporteur spécial utilise le titre abrégé de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants mais que dans les paragraphes suivants du texte des commentaires il utilise le titre complet de cette convention, demande quelle est l'approche adoptée en ce qui concerne le style du document.

37. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il considère que la Convention devrait être citée sous son titre complet dans les commentaires. Dans les notes de bas de page, elle devrait être citée sous son titre complet la première fois qu'elle est mentionnée et sous son titre abrégé par la suite. Il dit qu'il veillera, en consultation avec le secrétariat, à assurer la cohérence stylistique du document.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté sous cette réserve.

Paragraphes 5 à 8

Les paragraphes 5 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

38. M. PARK dit que, dans le document anglais, la deuxième partie du paragraphe 9, qui commence par les mots *The ninth preambular paragraph*, devrait constituer le paragraphe 10.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Nouveau paragraphe 10

Le nouveau paragraphe 10 est adopté.

Le commentaire du préambule, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 5 (Non-refoulement)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

39. M. PARK propose de préciser, dans la seconde phrase, que les « autres obligations de non-refoulement » concernent, entre autres, les réfugiés.

40. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il est indiqué au paragraphe 2 que le principe du non-refoulement est communément associé aux réfugiés. Puis, au paragraphe 3, il est indiqué que le principe du non-refoulement a été appliqué à d'autres personnes que les réfugiés dans des instruments très divers, une attention particulière étant accordée à la torture et à la disparition forcée aux paragraphes 4 et 5. Étant donné la teneur des paragraphes 2 à 5, le sens de la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 6 est clair. Le Rapporteur spécial estime donc qu'aucune modification n'est nécessaire.

41. M. SABOIA dit que le paragraphe 6 est convenablement rédigé et devrait être adopté tel quel.

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphes 7 à 9

Les paragraphes 7 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

42. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il conviendrait de préciser dans la dernière phrase que les sept éléments figurant sur la liste non exhaustive établie par le Comité contre la torture ne sont pas eux-mêmes suffisants pour déterminer si le renvoi est autorisé. Ces éléments et d'autres doivent être évalués compte tenu des circonstances propres à chaque affaire.

43. Le PRÉSIDENT propose, pour répondre à cette préoccupation, de remplacer les mots « à examiner » par les mots « qui doivent être évalués dans chaque cas individuel ».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 5, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 12 (Victimes, témoins et autres personnes)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

44. M. GROSSMAN GUILOFF dit que le libellé de la première phrase du texte anglais crée une certaine confusion : on ne sait pas si le mot *term* renvoie aux mots *rights of victims* ou au mot *victims*. En droit international coutumier, une victime est une personne qui a subi un préjudice, et la plupart des traités postulent cette définition sans la développer. Tel qu'actuellement libellé, le paragraphe à l'examen laisse au droit interne des États le soin de définir le terme « victime », ce qui ne correspond pas à l'intention de la Commission.

45. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que la première phrase vise à indiquer que la plupart des traités ne définissent pas le terme « victime », à quelques exceptions près, et que les définitions de ce terme figurant dans les traités en question sont citées dans la note de bas de page appelée après les mots « le terme "victime" ». Il propose, pour répondre à la préoccupation de M. Grossman Guiloff, d'ajouter les mots « et au droit international coutumier » après le mot « traités » figurant dans la deuxième phrase, afin d'indiquer que dans ce domaine la démarche de la Commission s'inscrit dans le contexte du droit international coutumier.

46. Sir Michael WOOD dit qu'il approuve la proposition du Rapporteur spécial. Il propose en outre de supprimer les guillemets figurant dans la première phrase du texte anglais et de remplacer les mots *that term* par les mots *the term "victim*".

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 4 à 7

Les paragraphes 4 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

47. M. MURPHY (Rapporteur spécial) propose de supprimer le mot « plus » précédant l'adjectif « récents » au début de la deuxième phrase.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 9 à 11

Les paragraphes 9 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

48. M. GROSSMAN GUILOFF propose d'ajouter, à la fin du paragraphe, une clause « sans préjudice » indiquant que l'article n'exclut pas les obligations contractées par les États en vertu du droit international. Une telle clause est nécessaire parce que certains traités énoncent des obligations qui ne laissent pas aux États la marge de manœuvre visée au paragraphe 12.

49. Le PRÉSIDENT propose que cette clause « sans préjudice » soit rédigée comme suit : « Le paragraphe 2 du projet d'article 12 est sans préjudice des autres obligations contractées par des États en vertu du droit international. »

50. M. MURPHY (Rapporteur spécial) émet des réserves quant à l'expression « contractées par des États » et propose de formuler la clause sans préjudice comme suit : « Le paragraphe 2 est sans préjudice d'autres obligations pouvant incomber aux États en vertu du droit international conventionnel et coutumier. »

51. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il est opposé à l'utilisation de l'adjectif « autres ».

52. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que l'adjectif « autres » renvoie au fait que le paragraphe 2 énonce une obligation et que cette obligation est sans préjudice des « autres obligations » des États, qui peuvent être plus contraignantes.

53. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que la phrase ne devrait viser que le « droit international », un terme qui englobe le droit international conventionnel et le droit international coutumier.

Le paragraphe 12, ainsi modifié par le Rapporteur spécial et M. Vázquez-Bermúdez, est adopté.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

Paragraphe 14

54. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter, dans le texte anglais de la deuxième phrase, les mots *or enact* après les mots *obliges States to have*, car il est fréquent, en cas de guerre civile ou d'autre conflit, qu'un État ne soit pas doté d'une législation permettant aux victimes d'obtenir réparation parce qu'il ne pouvait prévoir à l'avance le type de loi nécessaire à cette fin. Ce point est également souligné aux paragraphes 16 et 19 du commentaire du projet d'article 12.

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 15 à 18

Les paragraphes 15 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

55. M. JALLOH dit qu'il est préoccupé par le paragraphe 14 compte tenu du paragraphe 19. Il n'est en effet pas persuadé que le paragraphe 14 ménage, s'agissant de déterminer la forme de la réparation, la marge de manœuvre que les membres du Comité de rédaction ont souhaité laisser aux États pour tenir compte des différentes circonstances dans lesquelles les crimes contre l'humanité sont commis. Ce paragraphe peut en fait être interprété comme exigeant des États qu'ils fassent plus qu'ils ne peuvent faire. M. Jalloh propose donc d'insérer, dans l'avant-dernière phrase du texte anglais du paragraphe 19, le mot *any* avant le mot *capacity* et d'insérer, avant la dernière phrase, une phrase ainsi libellée : « L'expression "le cas échéant" vise donc à indiquer qu'une marge d'appréciation est laissée aux États. »

56. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il s'oppose à l'insertion du mot *any* dans le texte anglais et se demande si c'est l'indemnisation, qui est un élément de la réparation, qui est visée. Il propose d'insérer, à la fin du paragraphe 19, la même clause « sans préjudice » que celle qui vient d'être ajoutée à la fin du paragraphe 12.

57. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter le mot « matérielles » après le mot « réparations » dans l'avant-dernière phrase, eu égard au libellé du paragraphe 18 du commentaire, qui vise les « préjudices tant matériels que moraux ».

Il en est ainsi décidé.

58. M. PARK dit que durant le débat en plénière plusieurs membres ont évoqué la notion de justice transitionnelle. Il propose donc d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi libellée : « Par le passé, la "justice transitionnelle" a également adapté la forme et le montant de la réparation. »

59. M. GROSSMAN GUILOFF dit que les guillemets entourant l'expression « justice transitionnelle » risquent de donner à celle-ci une connotation péjorative. Il propose de remplacer cette expression par un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit : « les exigences de la justice transitionnelle qui prennent la forme d'une justice réparatrice. »

60. Le PRÉSIDENT propose, pour concilier les deux propositions qui viennent d'être faites, de libeller la phrase en question comme suit : « Par le passé, des dispositifs de justice transitionnelle ont également adapté la forme et le montant de la réparation. »

61. M. MURPHY (Rapporteur spécial), qu'appuie Sir Michael WOOD, propose de remplacer le mot *tailored* par le mot *addressed* dans la deuxième phrase du texte anglais.

62. M. GROSSMAN GUILOFF dit, en ce qui concerne la proposition de M. Jalloh, que l'expression « marge d'appréciation » a un sens technique précis dans le cadre de l'Union européenne et a suscité de vigoureuses objections doctrinales en Occident. Si la Commission utilise cette expression, elle devra la définir. Peut-être l'expression « un certain pouvoir discrétionnaire » serait-elle préférable.

63. Le PRÉSIDENT propose d'utiliser l'expression *margin of discretion* dans le texte anglais.

64. Sir Michael WOOD dit que la phrase que propose d'ajouter M. Jalloh semble redondante eu égard à la deuxième phrase du paragraphe. Il doute qu'il soit nécessaire d'insérer le mot *any* dans le texte anglais.

65. M^me^ LEHTO dit que le libellé de la proposition de M. Park la préoccupe.

66. M. JALLOH dit qu'il appuie la proposition du Président d'utiliser l'expression *margin of discretion* dans le texte anglais et qu'il ne pense pas, à la différence de Sir Michael Wood, que la phrase qu'il propose constitue une répétition inutile. Il estime en effet que cette phrase souligne qu'une certaine latitude doit être laissée aux États.

La séance est suspendue à midi ;
elle est reprise à 12 h 20.

67. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'après avoir consulté M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, M. Park et Sir Michael Wood, il propose de remanier la deuxième phrase comme suit : « Cette formule laisse aux États une souplesse et discrétion pour déterminer quelle forme de

réparation est appropriée, reconnaissant ainsi que lorsque des crimes contre l'humanité ont été commis, différentes situations peuvent se présenter, notamment la mise en œuvre d'un processus de justice transitionnelle, et que les réparations doivent être adaptées au contexte.» Dans l'avant-dernière phrase, le mot *any* serait inséré avant le mot *capacity* dans le texte anglais et le mot «matérielles» inséré après le mot «réparations». La phrase suivante serait en outre ajoutée à la fin du paragraphe: «Le paragraphe 3 est sans préjudice d'autres obligations pouvant incomber aux États en vertu du droit international.»

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

68. M. GROSSMAN GUILOFF dit, au sujet de la dernière phrase du paragraphe 21, qu'étant donné les problèmes, dont la démission de juges, qu'ont connus les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, celles-ci ne constituent pas un bon exemple. Il propose donc de supprimer la dernière phrase du paragraphe.

69. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que, s'il reconnaît que le fonctionnement des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens a suscité des préoccupations, il a évoqué, tout au long des travaux de la Commission sur le projet d'articles, les éléments structurels des Chambres extraordinaires, en particulier l'accord que l'Organisation des Nations Unies et le Cambodge ont conclu en ce qui les concerne[416]. Il serait donc opportun de les mentionner avec les autres tribunaux «hybrides», tels que le Tribunal spécial pour le Liban et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. La Commission doit toutefois assurément être vigilante et se garder de s'inspirer de décisions des Chambres extraordinaires qui la laissent sceptique.

70. M. GROSSMAN GUILOFF dit que les Chambres extraordinaires sont mentionnées comme attestant une tendance, alors qu'en fait elles constituent un échec et ont été beaucoup critiquées. Il serait donc préférable de ne les mentionner que dans une note de bas de page.

71. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit qu'il croit comprendre que différents exemples sont cités pour illustrer différentes approches en matière de réparations.

72. M. JALLOH dit qu'il partage l'opinion de M. Murphy, en particulier parce que les tribunaux pénaux spéciaux, comme les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, n'ont pas été les seuls à être critiqués. Nombre d'autres juridictions ont également été critiquées, pour diverses raisons, y compris les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et même la Cour pénale internationale. Si la Commission devait tenir compte de toutes ces critiques pour déterminer quelles décisions de juridictions internationales citer dans les commentaires pour expliquer les principes juridiques qu'ils énoncent, elle ne pourrait citer aucune jurisprudence.

Le paragraphe 21 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 12, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 13 (Extradition)

Paragraphes 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

73. M. PARK se demande si la Convention internationale contre la prise d'otages et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants peuvent réellement être qualifiées de «traités plus anciens».

74. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il convient que l'âge d'un traité est une notion relative et qu'il peut accepter de remplacer les mots «des traités plus anciens» par le mot «traités».

75. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit que l'ancienneté relative d'un traité peut parfois être importante. Le texte à l'examen semble faire valoir que les traités contemporains envisagent la question de manière plus différenciée que les traités antérieurs. Comme le qualificatif «plus anciens» est peut être effectivement un peu trop fort, le mot «antérieurs» pourrait être utilisé pour conserver le raisonnement tout en répondant à la préoccupation de M. Park.

76. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il est prêt à modifier le texte pour qu'il vise les traités «antérieurs».

77. M. PARK, qu'appuie M. OUAZZANI CHAHDI, dit qu'il préfère la première proposition du Rapporteur spécial, celle consistant à remplacer les mots «des traités plus anciens» par le mot «traités».

Le paragraphe 9 est adopté moyennant la première modification proposée par le Rapporteur spécial.

Paragraphe 10

78. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que dans la dernière phrase le renvoi entre parenthèses devrait se lire comme suit: «voir *infra*, paragraphes 16 à 18 et 24 à 26».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 11 à 25

Les paragraphes 11 à 25 sont adoptés.

Paragraphe 26

79. M. PARK propose d'insérer les mots «de l'homme fondamentaux» après le mot «droits» dans la quatrième phrase, car la référence aux seuls «droits» est relativement vague.

[416] Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique (Phnom Penh, 6 juin 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2329, no 41723, p. 117.

80. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission et appuyé par M. SABOIA, dit que qualifier le mot « droits » risque d'avoir pour effet de restreindre la protection accordée aux personnes objets d'une extradition, car certains des droits concernés peuvent être des droits procéduraux et non des droits fondamentaux ou des droits de l'homme. Peut-être peut-on répondre à la préoccupation de M. Park en ajoutant les mots « , en particulier de ses droits fondamentaux » à la fin de la phrase.

Le paragraphe 26, ainsi modifié par le Président, est adopté.

Paragraphes 27 et 28

Les paragraphes 27 et 28 sont adoptés.

Paragraphe 29

81. M. PARK propose d'indiquer l'année d'adoption du Traité type d'extradition dans la dernière phrase et d'ajouter un renvoi à la dernière note de bas de page du paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 13 dans la note de bas de page du paragraphe 29 de ce commentaire.

82. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que l'année d'adoption du Traité type d'extradition n'est jamais mentionnée lorsque cet instrument est cité dans le commentaire et qu'indiquer cette année d'adoption entraînerait un travail supplémentaire pour le Secrétariat. De plus, il est inhabituel de faire figurer des renvois dans des notes de bas de page citant des traités. S'écarter de cette pratique exigerait du Secrétariat un travail supplémentaire considérable.

83. M. JALLOH dit que des éléments utiles concernant les demandes d'extradition concurrentes font défaut aux paragraphes 29 et 30. Il rappelle qu'en mai 2017, lors du débat en plénière, il a proposé d'insérer certaines dispositions fondamentales énonçant les critères, tirés notamment de l'article 90 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, susceptibles d'être utilisés par les autorités compétentes pour se prononcer en cas de demandes concurrentes. Ces dispositions n'ont pas été incluses dans le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, pas plus qu'elles ne sont mentionnées dans le commentaire. M. Jalloh estime que la Commission devrait envisager, dans le cadre de la seconde lecture du projet d'articles et des commentaires y relatifs, de fournir aux États des indications quant à la manière de traiter de telles demandes, étant donné en particulier le désir de la Commission de compléter les activités de la Cour pénale internationale au niveau horizontal. À défaut, une lacune subsisterait inévitablement qui risquerait de créer des problèmes en pratique.

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphes 30 à 33

Les paragraphes 30 à 33 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 13, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 14 (Entraide judiciaire)

Paragraphes 1 à 21

Les paragraphes 1 à 21 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 14 est adopté.

Commentaire du projet d'article 15 (Règlement des différends)

Paragraphe 1

84. M. MURPHY (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots *can be resolved* par les mots *are addressed* dans la troisième phrase du texte anglais.

Le paragraphe 1, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphes 2 à 5

Les paragraphes 2 à 5 sont adoptés.

85. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que lorsque le projet d'article a été adopté, elle a fait valoir qu'une disposition sur le règlement des différends était inutile. Elle souhaiterait donc l'ajout dans le commentaire d'un nouveau paragraphe ainsi libellé :

> « D'aucuns ont exprimé l'avis que le présent projet d'articles ne devait pas contenir de disposition relative au règlement des différends, étant donné qu'une telle disposition faisait partie des clauses finales − catégorie de dispositions que la Commission avait décidé de ne pas inclure dans le présent projet d'articles. D'autres ont par ailleurs estimé que le projet d'article 15 sur le règlement des différends devait établir la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, comme l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. »

86. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que le texte proposé par M^me^ Escobar Hernández devrait constituer le paragraphe 6 du commentaire.

87. M. JALLOH dit qu'il approuve la seconde phrase du nouveau paragraphe proposé par M^me^ Escobar Hernández par souci de cohérence avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. C'est la position qu'il a lui-même défendue au Comité de rédaction.

88. Le PRÉSIDENT demande à M^me^ Escobar Hernández de fournir au secrétariat le texte écrit du paragraphe qu'elle propose afin qu'il puisse être distribué aux membres de la Commission et examiné à la séance suivante.

La séance est levée à 13 h 5.

3384^e^ SÉANCE

Lundi 31 juillet 2017, à 15 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, M^me^ Escobar Hernández, M^me^ Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Jalloh, M. Laraba, M^me^ Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, M^me^ Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič,

M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*)

Chapitre IV. *Crimes contre l'humanité* (fin) [A/CN.4/L.900 et Add.1/Rev.1, et Add.2 et 3]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre IV du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.900/Add.2.

C. Texte du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité adopté par la Commission en première lecture (*fin*)

2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs (*fin*)

Commentaire du projet d'article 15 (Règlement des différends) [*fin*]

2. Le PRÉSIDENT dit que Mme Escobar Hernández a établi pour insertion dans le commentaire un nouveau paragraphe 6 qui se lirait comme suit :

> « D'aucuns ont exprimé l'avis que le présent projet d'articles ne devait pas contenir de disposition relative au règlement des différends, étant donné qu'une telle disposition faisait partie des clauses finales − catégorie de dispositions que la Commission avait décidé de ne pas inclure dans le présent projet d'articles. D'autres ont par ailleurs estimé que le projet d'article 15 sur le règlement des différends devait établir la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, comme l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. »

3. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que M. Jalloh propose d'apporter au texte anglais quelques modifications formelles mineures qu'elle juge acceptables et dont elle estime qu'il serait souhaitable qu'il les explique à la Commission.

4. M. JALLOH dit qu'il s'est entretenu des modifications en question avec Mme Escobar Hernández et le Rapporteur spécial, M. Murphy, et que tous deux les ont jugées acceptables. Elles consistent à remplacer les mots *A view* par *The view* au début de la première phrase et les mots *In addition* par les mots *On the other hand* au début de la seconde phrase.

5. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission approuve l'insertion du nouveau paragraphe 6 proposé, tel que modifié, dans le commentaire du projet d'article 15.

Il en est ainsi décidé.

Le commentaire du projet d'article 15, tel que modifié, est adopté.

6. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le commentaire de l'annexe du projet d'articles.

Commentaire de l'annexe

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Désignation d'une autorité centrale

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Procédures de présentation des demandes

Paragraphes 4 à 7

Les paragraphes 4 à 7 sont adoptés.

Réponse de l'État requis

Paragraphes 8 à 15

Les paragraphes 8 à 15 sont adoptés.

Utilisation de l'information par l'État requérant

Paragraphes 16 à 18

Les paragraphes 16 à 18 sont adoptés.

Déposition de personnes provenant de l'État requis

Paragraphes 19 à 21

Les paragraphes 19 à 21 sont adoptés.

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

Paragraphes 22 à 25

Les paragraphes 22 à 25 sont adoptés.

Frais

Paragraphes 26 à 30

Les paragraphes 26 à 30 sont adoptés.

Le commentaire de l'annexe du projet d'articles est adopté.

7. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre IV du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.900/Add.3.

Commentaire du projet d'article 6 (Incrimination en droit interne) [*fin*]

Commentaire du projet d'article 6, paragraphe 4 bis

Sous-titre et paragraphes 1 et 2

8. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il a été convenu de renuméroter 5 le paragraphe 4 *bis* du projet d'article 6. Les renvois au paragraphe 4 *bis* figurant dans le commentaire seront modifiés en conséquence. Comme le reste du commentaire du projet d'article 6 contient des sous-titres, il propose d'ajouter le sous-titre « *Position officielle* » avant le paragraphe 1.

9. M. JALLOH dit qu'il considère que le paragraphe 1 aurait pu exposer plus exhaustivement les positions prises antérieurement par la Commission en ce qui concerne la non-pertinence de la qualité officielle. Plus précisément, le commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996[417] et d'autres instruments adoptés auparavant explicitaient davantage l'idée que la position ou la qualité officielle d'une personne n'influait pas sur sa responsabilité pénale, et que la qualité officielle ne pouvait être invoquée comme motif d'atténuation lors du prononcé de la peine. À cet égard, le commentaire de la disposition à l'examen, qui vise le même objectif en ce qui concerne le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, aurait pu renvoyer à certains instruments et remonter, pour indiquer l'origine de cette idée, jusqu'aux Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[418] (Principes de Nuremberg) et à la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié[419]. De fait, plus avant dans le commentaire, le Rapporteur spécial renvoie au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, sur la base duquel le paragraphe en question a été établi, mais il ne mentionne pas les dispositions correspondantes des statuts des tribunaux ad hoc, comme l'article 7 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[420], l'article 6 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[421] et l'article 6 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[422]. L'orateur demande s'il sera possible d'insérer des renvois à ces dispositions en seconde lecture.

10. Une seconde observation s'impose, qui touche davantage au fond. Tel qu'actuellement libellé, le commentaire semble dans son ensemble porter sur la question de la diminution de la peine. Par le passé, le commentaire établi par la Commission distinguait entre la question de l'atténuation ou de la diminution de la peine et l'invocation de la position officielle comme moyen de défense au fond en matière de responsabilité pénale. Durant les procès de Nuremberg, la possibilité d'invoquer leur position officielle comme circonstance atténuante a été refusée aux individus reconnus coupables lors du prononcé de la peine, de même que la possibilité d'invoquer leur qualité d'agents de l'État comme cause d'exonération de leur responsabilité pénale. L'orateur estime que le texte à l'examen ne distingue pas entre ces deux notions. Il demande si le Rapporteur spécial pourrait traiter cette question en ajoutant au texte à l'examen une partie du paragraphe 4 du commentaire de l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, qui traite précisément de cette question. Par souci de cohérence, il serait également souhaitable d'ajouter les mots « pour les autorités », conformément aux positions prises antérieurement par la Commission et reflétées dans des commentaires antérieurs.

11. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que les questions soulevées par M. Jalloh ont déjà été examinées à la session en cours. Il indique que, lorsque le projet de paragraphe a été examiné au Comité de rédaction, il a distribué le commentaire, plus ou moins dans son libellé actuel, afin que tous les membres du Comité de rédaction puissent comprendre l'intention ayant présidé à son élaboration. Il s'est félicité qu'ils aient donné leur opinion sur celui-ci tant dans le cadre des travaux du Comité de rédaction qu'ultérieurement. Il est regrettable que M. Jalloh indique pour la première fois au stade actuel que le commentaire lui pose problème. L'objet du texte est d'indiquer les paramètres fondamentaux, en citant les procès de Nuremberg et de Tokyo, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954[423], le projet de code de 1996 et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ainsi que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid. L'objectif n'est pas d'essayer de présenter, pour chacun de ces instruments, les travaux préparatoires et autres documents les expliquant. Pour l'orateur, beaucoup d'autres informations auraient pu être incluses dans le commentaire, mais cela aurait alourdi le texte, et il est nécessaire de respecter un équilibre. Le Rapporteur spécial dit qu'il préférerait laisser le commentaire en son état actuel. S'agissant de la question de la distinction entre l'atténuation et la réduction de la peine, il serait préférable d'en traiter au paragraphe 5. Si la proposition consiste à remplacer le mot « diminution » par « atténuation », il ne s'y oppose pas. Toutefois, si la modification proposée va plus loin, elle risque de soulever de nouveaux problèmes.

12. Le PRÉSIDENT dit qu'au stade actuel, il serait souhaitable que des propositions précises soient présentées.

13. M. JALLOH dit qu'il a bien fait part de ses préoccupations au Rapporteur spécial, qui lui a répondu que le texte en question devait être communiqué au Secrétariat avant de pouvoir être examiné en plénière. Il a cru comprendre qu'il avait été impossible de procéder à des modifications à ce stade antérieur et qu'il devait exposer ses préoccupations à la séance plénière en cours. Il reconnaît que le Rapporteur spécial avait demandé aux membres du Comité de rédaction de présenter leurs observations, mais le moment ne s'y prêtait malheureusement pas, et

---

[417] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

[418] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[419] Voir *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. I, *The Medical Case*, Washington, United States Government Printing Office. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.gutenberg.org/files/54899/54899-h/54899-h.htm#axvi.

[420] Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, est annexé au rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704 et Corr.1 et Add.1).

[421] Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda est annexé à la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994.

[422] Le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone est annexé à 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), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137.

[423] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II (en anglais seulement), document A/2693, p. 151 et 152, par. 54. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9* (A/2693), par. 54.

il n'a pu faire part de ses préoccupations au Rapporteur spécial que par la suite. La question de l'atténuation et de la diminution de la peine pourra de fait être examinée lorsque la Commission examinera le paragraphe 5. Il importe que la Commission veille à la cohérence de la terminologie qu'elle utilise au fil des ans. En alignant le texte sur le paragraphe 4 du commentaire de l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission éclairerait l'idée qu'elle essaie d'exprimer sans s'écarter du texte soigneusement négocié. L'orateur dit qu'il craint que le manque de cohérence entre les paragraphes du commentaire ne permette pas au lecteur de comprendre le raisonnement qui a amené la Commission à énoncer une disposition aussi importante que celle relative à la non-pertinence de la position officielle s'agissant d'établir ou d'atténuer la responsabilité pénale individuelle du chef de crimes contre l'humanité.

14. Quant à la proposition du Rapporteur spécial, les notions d'atténuation et de diminution de la peine sont toutes deux importantes. Il n'est pas nécessairement opportun dans tous les cas de remplacer l'un de ces termes par l'autre. L'orateur propose que la Commission en étudie l'emploi de manière plus approfondie avant d'envisager de modifier le paragraphe 5. Il approuve l'adoption du paragraphe 1, étant entendu que la Commission pourra revenir sur les questions dont il traite en seconde lecture du projet d'articles.

15. Le PRÉSIDENT estime que le sous-titre que le Rapporteur spécial propose d'insérer avant le paragraphe 1, «*Position officielle*», est excessivement vague et il propose de libeller ce sous-titre comme suit: «*Position officielle comme motif d'exonération de la responsabilité pénale*».

16. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que si ce sous-titre a l'avantage de l'exactitude il présente l'inconvénient d'être plus long que les autres.

17. M. JALLOH propose, à titre de compromis, d'utiliser comme sous-titre la formule «*Non-pertinence de la qualité officielle*», qui est la formule type actuellement utilisée dans les instruments juridiques, ou «*Qualité officielle et responsabilité*», qui est le titre de la disposition correspondante du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996.

18. Le PRÉSIDENT dit qu'il préfère le sous-titre «*Qualité officielle et responsabilité*», car le sous-titre «*Non-pertinence de la qualité officielle*» peut renvoyer à d'autres questions que celles envisagées dans le texte.

19. Sir Michael WOOD dit qu'il préfère le sous-titre «*Position officielle*» et que faire figurer le mot «*responsabilité*» dans le sous-titre serait excessif et risquerait d'être répétitif. Il est évident que la position officielle n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. On peut dire de même des ordres d'un supérieur, mais ces mots sont également utilisés dans un sous-titre.

20. M. TLADI dit qu'il peut accepter le sous-titre «*Position officielle*» ou, si l'on veut être plus clair, «*Position officielle et responsabilité*». Le sous-titre «*Non-pertinence de la qualité officielle*» ne lui plaît guère. Si cette formulation est couramment utilisée dans des instruments récents, la Commission utilise habituellement des formulations différentes.

21. M. GROSSMAN GUILOFF dit que l'expression «*position officielle*» est celle employée dans les Principes de Nuremberg comme dans le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient[424]. Il appuie donc son emploi dans le texte à l'examen.

22. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite ajouter le sous-titre «*Position officielle*» avant le paragraphe 1.

Il en est ainsi décidé.

Le sous-titre et les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

23. M. GROSSMAN GUILOFF propose d'ajouter les mots «par exemple» après le mot «génocide» dans la deuxième phrase.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

24. M. PARK propose de remplacer, dans la troisième phrase, les mots «l'immunité de procédure» par les mots «les questions procédurales dans le contexte de l'immunité».

25. M. JALLOH dit qu'en ce qui concerne l'affaire *Al Bashir* et la décision de la Cour pénale internationale, la note de bas de page du paragraphe 4 devrait renvoyer à l'opinion du juge Perrin de Brichambaut. La décision de la Cour a été unanime, mais les juges sont arrivés à la position qu'ils ont prise pour des raisons différentes. La note de bas de page ne devrait pas exposer uniquement le raisonnement suivi par la majorité.

26. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ dit que les mots «tant […] qu'internationale» figurant dans la troisième phrase devraient être supprimés car il n'y a aucune raison de mentionner l'immunité devant les juridictions internationales. Cette mention doit peut-être sa présence au libellé du paragraphe 2 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui contient l'expression «en vertu du droit interne ou du droit international» et à la relation de ce paragraphe avec le paragraphe 1 de l'article 98 du même Statut. Pour l'oratrice, l'article 98 ne concerne pas l'immunité mais la coopération des États parties avec la Cour pénale internationale. Il n'exclut pas la compétence de la Cour mais empêche seulement celle-ci de l'exercer à un moment donné. Dans le cadre du paragraphe à l'examen, la référence à une juridiction internationale n'est pas totalement appropriée étant donné l'état actuel du droit pénal international. La suppression des mots «tant […] qu'internationale» n'ôterait donc rien au sens de ce paragraphe.

[424] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, dans C. I. Bevans (dir. publ.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, Washington, Département d'État des États-Unis d'Amérique, 1968, p. 20 à 32.

27. Quant à la proposition de M. Park, son adoption modifierait le sens de la phrase, car il est clair que dans le contexte de l'immunité les questions procédurales comprennent des questions touchant la coopération. L'oratrice dit que quoi qu'il en soit elle préférerait que le libellé de ce paragraphe ne soit pas modifié autrement qu'en supprimant les mots « tant […] qu'internationale ». La Commission éviterait ainsi de prendre position sur le sujet très délicat de la relation entre le paragraphe 2 de l'article 27 et le paragraphe 1 de l'article 98 du Statut de Rome.

28. M. TLADI dit qu'il souscrit à la proposition de M^me^ Escobar Hernández mais n'appuie pas celle de M. Park consistant à ajouter les mots « les questions procédurales dans le contexte de » avant les mots « l'immunité », car cette modification modifierait légèrement le sens de la phrase. Il comprend la nécessité de maintenir un équilibre, mais l'objet du commentaire est d'expliquer le sens du projet d'articles, et il craint que l'inclusion du texte proposé par M. Jalloh ne donne à penser que la position prise par la Commission est erronée. Au demeurant, l'opinion individuelle évoquée par M. Jalloh est une opinion minoritaire.

29. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit qu'il craint que la modification proposée par M. Park ne nuise à la clarté du texte, car diverses questions peuvent se poser dans le contexte de l'immunité procédurale. Le texte est axé sur les immunités procédurales elles-mêmes. Le Rapporteur spécial dit qu'il appuie la suppression des mots « tant […] qu'internationale ». De fait, ces mots ne figuraient pas dans la version initiale du texte, et ils ont été ajoutés à l'initiative d'un membre du Comité de rédaction. S'il est vrai qu'ainsi que l'a dit M. Jalloh une opinion minoritaire a été exprimée dans l'affaire citée en note de bas de page, il en a été de même dans bien d'autres affaires citées dans le commentaire. Le but de la Commission n'est pas de proposer un compte rendu exhaustif des opinions minoritaires ou majoritaires, mais d'appeler l'attention du lecteur sur les positions prises par les organes en question. Le Rapporteur spécial dit que, s'il n'est pas fermement opposé à la proposition de M. Jalloh, il est enclin à penser comme M. Tladi qu'il serait préférable de ne pas renvoyer à l'opinion minoritaire.

30. M. JALLOH dit que l'opinion du juge Perrin de Brichambaut n'était pas une opinion dissidente et était à l'unisson de l'opinion majoritaire, mais différait de celle-ci sur un point de droit important. Le renvoi dans la note de bas de page à la seule opinion majoritaire ne tient pas compte du fait qu'il est important pour le juge en question que son opinion soit relevée. Ce juge a donné une interprétation différente d'un point de droit sur une question qui a fait l'objet de longs débats entre ce juge et la majorité, ainsi qu'hors de la Cour, y compris dans la doctrine. L'orateur dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la Commission doit présenter sa propre opinion, mais cela ne signifie pas qu'elle doit exclure les autres opinions plausibles. Il indique qu'il appuie la proposition de M^me^ Escobar Hernández de supprimer les mots « tant […] qu'internationale ».

31. M. PARK demande s'il serait possible de supprimer les mots « de procédure » figurant après le mot « l'immunité ». Selon la doctrine, l'immunité est par nature procédurale. Si les mots « de procédure » figurent dans le texte, des éclaircissements sont nécessaires.

32. Le PRÉSIDENT dit que les mots « de procédure » sont utilisés par opposition à l'expression « au fond » figurant dans la phrase précédente. Dans ce contexte, la note de bas de page du paragraphe 4 donne une explication lorsqu'elle cite l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*.

33. Sir Michael WOOD dit que lui aussi comprend que les mots « de procédure » sont liés à l'expression « moyen de défense au fond » utilisée dans la phrase précédente. Il estime que ce paragraphe ne doit pas être modifié, si ce n'est en supprimant les mots « tant […] qu'internationale ». Il pense comme M. Tladi qu'il n'est pas nécessaire de citer une opinion minoritaire. Il serait bizarre de mentionner une opinion concordante qui défend en droit une position radicalement différente de celle de la Commission elle-même et la contredit.

34. Le PRÉSIDENT dit que le texte de la note de bas de page du paragraphe 4 contient déjà un renvoi implicite à l'opinion minoritaire concordante, puisqu'il évoque l'existence d'une majorité au sein de la Cour. Il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 4 moyennant la suppression des mots « tant […] qu'internationale » proposée par M^me^ Escobar Hernández.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

35. M. JALLOH, rappelant ses observations antérieures sur la nécessité de distinguer clairement entre les notions d'atténuation et de diminution de la peine, propose d'insérer les mots « d'atténuation ou » immédiatement avant les mots « de diminution de la peine » dans les première et dernière phrases du paragraphe.

36. M. TLADI dit qu'il souscrit à l'amendement proposé quant au fond mais qu'il estime qu'il serait plus logique d'utiliser la formule « de diminution de la peine ou d'atténuation » afin que le mot « atténuation » ne se rapporte pas au mot « peine ».

37. Le PRÉSIDENT dit que normalement les circonstances atténuantes sont examinées avant toute diminution de la peine et l'atténuation doit donc être mentionnée avant la diminution.

38. M. JALLOH, souscrivant à l'observation du Président, dit qu'une fois qu'une personne a été reconnue coupable, le tribunal examine les circonstances aggravantes ou atténuantes puis prononce une peine ; une diminution de la peine peut être envisagée ultérieurement. Il comprend toutefois la proposition de M. Tladi et dit que pour gagner du temps il est prêt à l'accepter.

39. M. MURPHY (Rapporteur spécial) dit que pour gagner du temps il appuie lui aussi la proposition de M. Tladi.

40. M. GROSSMAN GUILOFF dit que le mot « présumé » qui suit le mot « auteur » est incorrect, car dans la

situation envisagée, à savoir le prononcé de la peine, la personne concernée a déjà été reconnue coupable ; le mot « présumé » devrait donc être supprimé dans ce paragraphe.

41. M. JALLOH dit qu'il n'approuve pas la suppression du mot « présumé » car la situation envisagée peut également être celle de l'examen des circonstances atténuantes, auquel cas cette suppression est injustifiée.

42. Le PRÉSIDENT dit que dans certains États le droit pénal peut très bien prévoir une procédure différente, dans le cadre de laquelle l'atténuation et la diminution de la peine peuvent être envisagées simultanément.

43. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il n'a jamais entendu parler d'un tel droit pénal ; il considère que la présence du mot « présumé » traduit une erreur technique et que ce mot devrait être supprimé.

44. Sir Michael WOOD dit qu'il appuie la modification proposée par M. Jalloh et qu'il ne s'opposera pas à celle proposée par M. Grossman Guiloff.

45. M. MURPHY (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « qualité d'un auteur présumé » qui figurent dans la première phrase par les mots « position officielle d'une personne ». Dans la dernière phrase, les mots « l'auteur présumé » seraient supprimés et le reste de la phrase remanié en conséquence.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 6, paragraphe 4 bis, *tel que modifié, est adopté.*

Le commentaire du projet d'article 6, tel que modifié, est adopté.

La section C, telle que modifiée, est adoptée.

46. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre IV de son rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.900.

B. Examen du sujet à la présente session (*fin*)

Paragraphes 8 à 10

47. M. MURPHY (Rapporteur spécial) propose de remplacer, au paragraphe 9, la date limite du 1er janvier 2019 par celle du 1er décembre 2018. Bien qu'avancer la date limite d'un mois s'écarte de la pratique de la Commission et laissera moins de temps aux gouvernements pour présenter des commentaires et observations, cette modification améliorera l'efficacité des travaux de la Commission, ne serait-ce que parce qu'elle laissera davantage de temps pour la traduction des commentaires et observations en question.

48. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne s'oppose pas à la modification proposée mais qu'il se demande si elle a des implications pour des rapporteurs spéciaux chargés d'autres sujets.

49. Sir Michael WOOD dit qu'il ne serait pas favorable à une modification rétroactive des délais fixés en ce qui concerne les autres sujets.

50. M. JALLOH dit que s'il est conscient des avantages que présente pour la Commission la modification proposée, en particulier pour le Rapporteur spécial, dont les travaux à cet égard sont importants, il préférerait que la date initiale soit maintenue, conformément à la pratique de la Commission. Il pourrait être difficile pour de nombreux États, en particulier des pays en développement, de présenter leurs observations un mois plus tôt. Il ne s'opposera toutefois pas à la modification proposée si la majorité des membres l'approuve.

51. M. MURASE dit qu'il approuve la proposition de fixer la date limite au 1er décembre 2018.

Les paragraphes 8 à 10, ainsi modifiés, sont adoptés, étant entendu qu'ils seront complétés par le Secrétariat et moyennant une modification de forme apportée au texte français.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IV du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre V. *Application provisoire des traités* (A/CN.4/L.901 et Add.1 et 2)

52. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre V de son projet de rapport, en commençant par la partie de ce chapitre publiée sous la cote A/CN.4/L.901.

53. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial), présentant le chapitre V, consacré à l'application provisoire des traités, dit que plusieurs modifications, pour la plupart de forme, ont été apportées aux commentaires des projets de directive sur la base des propositions formulées par les membres dans le cadre du Groupe de travail, lors des séances plénières ou par écrit.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 4 à 8

Les paragraphes 4 à 8 sont adoptés, étant entendu qu'ils seront complétés par le Secrétariat.

La section B est adoptée.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directive

Paragraphe 9

54. M. PARK dit qu'il semble que le texte des projets de directive reproduit au paragraphe 9 n'ait pas été actualisé pour rendre compte des modifications les plus récentes adoptées en séance plénière.

55. À l'issue d'un débat auquel participent M. MURPHY, M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) et

M. SABOIA, le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 9, étant entendu que le secrétariat remplacera le texte des projets de directive qui y figure par la dernière version de ce texte.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 9 est adopté, étant entendu que le secrétariat y apportera les modifications nécessaires.

56. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre V publiée sous la cote A/CN.4/L.901/Add.1.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*suite*)

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS PROVISOIREMENT ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Commentaire général

Paragraphe 1

57. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remplacer le mot « prolonger » par le mot « clarifier ».

58. Le PRÉSIDENT fait observer que la Commission n'a pas pour pratique d'expliquer le poids devant être accordé aux commentaires de projets de directive. Il propose soit de remanier le paragraphe 1 pour reprendre le texte de commentaires antérieurs, soit de le supprimer purement et simplement.

59. M. PARK dit qu'il partage la préoccupation du Président et sa proposition de supprimer le paragraphe 1.

60. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas convaincu de la nécessité de supprimer ce paragraphe, qui donne des indications supplémentaires au lecteur et ne nuit en rien aux commentaires, mais qu'il se rangera à l'opinion majoritaire.

61. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propose de modifier le paragraphe à l'examen pour indiquer que les commentaires doivent être lus en même temps que les projets de directive, comme tous les commentaires élaborés par la Commission.

62. Le PRÉSIDENT dit qu'il est conscient qu'il importe de savoir comment la Commission caractérise ses commentaires et de veiller en la matière à la cohérence de l'approche et de la terminologie adoptées. Il propose de suspendre l'examen du paragraphe 1 pour tenir des consultations informelles.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 2

63. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de supprimer les mots « En raison du manque de clarté du régime juridique applicable, ces praticiens » qui figurent au début de la deuxième phrase et de réunir les deux premières phrases en les remaniant comme suit : « L'objet des projets de directive est de fournir une aide aux praticiens en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, praticiens qui peuvent rencontrer des difficultés […]. » Ce n'est pas le régime applicable en lui-même qui manque de clarté mais la manière dont il a été appliqué. Le Rapporteur spécial propose également de remplacer les mots « d'assurer le développement progressif de ces règles » par les mots « de contribuer à la pratique contemporaine », car l'objet des projets de directive est de traduire la pratique des États et des organisations internationales et non de développer progressivement les règles applicables.

64. M. PARK propose, étant donné que la pratique contemporaine ne semble pas pertinente dans tous les cas s'agissant des organisations internationales, que la phrase se termine par le mot « solutions ».

65. M. ŠTURMA dit qu'il aimerait savoir si les mots « la prise d'effet et l'extinction de l'application provisoire, ainsi que ses effets juridiques » figurant dans la deuxième phrase visent l'application provisoire d'un traité ou le traité lui-même.

66. Sir Michael WOOD propose que les mots « aux praticiens » qui figurent dans la première phrase soient remplacés par les mots « aux États, aux organisations internationales et à d'autres » afin que le paragraphe définisse plus exhaustivement les destinataires des projets de directive, y compris les milieux universitaires. Il souscrit à la demande d'éclaircissements formulée par M. Šturma en ce qui concerne la deuxième phrase.

67. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial), souscrivant à la proposition de Sir Michael Wood, explique que la deuxième phrase vise le début, la fin et les effets juridiques de l'application provisoire d'un traité. Toutes modifications de forme permettant de lever d'éventuelles ambiguïtés sont les bienvenues. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas d'accord avec M. Park au sujet de la dernière phrase du paragraphe, mais il estime que le libellé « les solutions paraissant les plus adaptées à la pratique contemporaine » est peut-être plus clair que celui qu'il a initialement proposé.

68. M. GROSSMAN GUILOFF dit que, si la proposition de Sir Michael Wood est acceptée, la dernière phrase du paragraphe devra être modifiée afin qu'elle vise les autres parties concernées, ainsi que les États et les organisations internationales.

69. M. MURPHY dit qu'il appuie la proposition de Sir Michael Wood et celle, connexe, de M. Grossman Guiloff. Pour que la deuxième phrase soit plus claire, les mots « la prise d'effet et l'extinction de l'application provisoire, ainsi que ses effets juridiques » pourraient être remplacés par les mots « la prise d'effet et l'extinction de cet accord, ainsi que ses effets juridiques ». S'agissant de la dernière phrase, l'orateur dit qu'il avait l'intention de faire une proposition comparable à celle de M. Park ; il peut toutefois accepter la proposition du Rapporteur

spécial, et estime à cet égard que les mots « pour la pratique contemporaine » sont les plus adaptés.

70. M. JALLOH fait siennes les observations de M. Murphy concernant la dernière phrase du paragraphe.

71. M. MURASE dit qu'il souscrit à l'observation de Sir Michael Wood, à savoir que les projets de directive visent également à aider les universitaires, et propose de remplacer le mot « praticiens » par le mot « experts ».

72. Le PRÉSIDENT fait observer que la Commission donne au mot « experts » une acception très précise qui exclut les agents de l'État et qu'il n'est pas souhaitable d'introduire une telle limitation dans le texte à l'examen.

73. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit aux propositions de M. Murphy, à l'exception de celle consistant à modifier, dans le texte anglais, l'expression *its commencement and termination* ; la phrase serait plus claire si ces mots étaient remplacés par les mots *the commencement and termination of provisional application*, qui correspondent au texte des projets de directive.

74. M. PETRIČ exhorte les membres de la Commission à avoir à l'esprit les contraintes de temps et à limiter leurs observations aux questions de fond. Il pense par ailleurs qu'il convient, dans la recherche du consensus, de tenir compte des vues du Rapporteur spécial, qui est le membre de la Commission qui a étudié le sujet de la manière la plus approfondie.

75. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il appuie la proposition de Sir Michael en ce qui concerne, dans le texte anglais, les mots *its commencement and termination* et qu'il ne s'oppose pas à ce que l'on revienne à la modification qu'il avait initialement proposée pour la dernière phrase du paragraphe.

76. Sir Michael WOOD dit qu'il serait peut-être plus clair de ne pas réunir les deux premières phrases du paragraphe comme l'a proposé le Rapporteur spécial mais de remplacer les mots « En raison du manque de clarté du régime juridique applicable, ces praticiens rencontrent » par les mots « Ces entités peuvent rencontrer ».

77. M. GROSSMAN GUILOFF dit que les projets de directive ne visent pas seulement à aider ceux qui rencontrent des difficultés. Il propose donc de réunir les deux premières phrases en les remaniant comme suit : « L'objet des projets de directive est de fournir une aide aux États, aux organisations internationales et à d'autres en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application provisoire des traités, y compris, notamment la forme […]. »

78. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propose de retenir la proposition de M. Grossman Guiloff mais en remplaçant les mots « y compris, notamment » par les mots « s'agissant de questions concernant notamment ».

79. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il préférerait que la Commission apporte au paragraphe le moins de modifications possible. Il continue donc d'appuyer la proposition de Sir Michael Wood.

80. Le PRÉSIDENT engage les membres à s'entendre sur un texte pendant la suspension de séance qui doit permettre au Bureau de se réunir.

La séance est suspendue à 16 h 50 ;
elle est reprise à 17 h 10.

81. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que les membres sont presque parvenus à un accord sur le libellé du paragraphe 2 et il propose d'en suspendre l'examen en attendant le résultat des consultations informelles.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 3

82. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que les mots « qu'ils cherchent à clarifier et à prolonger » figurant dans la seconde phrase devraient être remplacés par les mots « qu'ils tendent à préciser ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

83. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier comme suit la dernière phrase du paragraphe 4 : « C'est pour cette raison que les projets de directive permettent aux États et aux organisations internationales d'exclure d'un commun accord, s'ils les jugent inadaptées, les pratiques visées dans certains projets de directive en ce qui concerne un traité donné ou une partie d'un traité donné. »

84. M. PARK dit que le mot « inadaptées » n'est pas suffisamment neutre. Il propose de remplacer les mots « s'ils les jugent inadaptées » par les mots « s'ils le souhaitent ».

85. M. MURPHY dit qu'il approuve le texte proposé par le Rapporteur spécial tel que modifié par M. Park, et qu'il propose lui-même de supprimer les mots « en ce qui concerne un traité donné ou une partie d'un traité donné », qui nuisent à la clarté. Le mot *different*, qui figure dans la première phrase du texte anglais du paragraphe 4, est superflu et pourrait être supprimé.

86. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 4 tel que modifié par le Rapporteur spécial, M. Park et M. Murphy.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

87. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que les mots « devraient également aider à promouvoir le bon usage » qui figurent dans la première phrase devraient être remplacés par les mots « devraient en outre permettre d'harmoniser l'emploi ». Dans la deuxième phrase, les mots « L'utilisation étendue de certains termes » devraient être remplacés par les mots « Le recours fréquent à certaines expressions », les mots « “application à titre provisoire”, » devraient être supprimés, et les mots « et “entrée en vigueur définitive”, comme s'il s'agissait d'équivalents » remplacés par les mots « par opposition à “entrée en vigueur définitive” ». De plus, un appel de note devrait,

à la fin de la troisième phrase, renvoyer à une note ainsi libellée : « Voir les mémorandums du Secrétariat sur les origines de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (A/CN.4/658 et A/CN.4/676). »

88. M. MURPHY propose de remplacer les mots « donc à éviter les confusions qui résultent souvent de leur mauvais emploi » figurant dans la première phrase par les mots « ainsi d'éviter la confusion » pour ne pas donner à penser que les États ont tendance à mal employer les termes en question.

89. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve la proposition de M. Murphy.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

90. Le PRÉSIDENT propose de remplacer, dans la première phrase, le mot « modalités » par les mots « toutes les modalités procédurales internes et internationales ». Il propose de plus, s'agissant de la dernière phrase, d'insérer le mot « notamment » avant les mots « être utile » et de supprimer le membre de phrase « lorsque la mise en œuvre du traité ou d'une partie du traité revêt une grande signification politique », car ils risquent d'avoir des conséquences fortuites. Envisager l'application provisoire de traités politiquement importants avant que les formalités requises aient été accomplies risque de donner à penser aux États qu'il est possible de se dérober à des formalités importantes et délicates. En Allemagne, par exemple, tout accord international politiquement important doit être ratifié par le Parlement. L'application provisoire risque de se révéler problématique à cet égard.

91. Sir Michael WOOD dit que le mot « procédurales » est peut-être trop limitatif ; il propose de viser simplement l'accomplissement des « formalités ».

92. Le PRÉSIDENT dit que si le mot « formalités » n'est pas qualifié, la disposition risque de manquer de clarté. Il propose donc d'utiliser l'expression « modalités internes et internationales, procédurales et autres ».

93. M[me] GALVÃO TELES dit qu'il suffirait, pour dissiper la préoccupation exprimée par le Président, de remplacer le terme initialement utilisé, « modalités », par « modalités internes et internationales ».

94. Le PRÉSIDENT dit qu'il approuve la proposition de M[me] Galvão Teles.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Commentaire du projet de directive 1 (Champ d'application)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

95. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose d'apporter une modification de forme à la numérotation des projets de directive dans la deuxième phrase.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 1, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 2 (Objet)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

96. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que lors d'une séance du Comité de rédaction on a fait observer que la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) ne jouissaient pas du même degré d'acceptation et on a proposé de tenir compte de cette différence dans le commentaire. Il propose donc de libeller comme suit le paragraphe à l'examen : « L'expression "fournir des orientations" vise à souligner que les directives reposent sur la Convention de Vienne de 1969 et d'autres règles du droit international, ainsi que sur la Convention de Vienne de 1986 dans la mesure où celle-ci codifie le droit international coutumier. »

97. Le PRÉSIDENT dit que, bien que des doutes aient été exprimés sur le point de savoir si la Convention de Vienne de 1986 codifiait le droit international coutumier, il est clair que la Convention de Vienne de 1969 ne codifie peut-être pas non plus ce droit à tous égards. Il propose donc de remplacer les mots « celle-ci codifie » par les mots « ces deux traités codifient ».

98. Sir Michael WOOD dit que la Convention de Vienne de 1969 constitue le droit international pour les États qui y sont parties et qu'il n'est donc pas persuadé qu'il soit opportun d'évoquer la mesure dans laquelle cette convention codifie le droit international coutumier. Il dit qu'il préfère la formulation plus simple employée dans le texte initial du paragraphe, à savoir « sont basées sur les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et d'autres règles du droit international ».

99. M. MURPHY dit que le problème que pose la version initiale du paragraphe est qu'elle ne reflète pas le texte du projet de directive 2, qui semble viser la seule Convention de Vienne de 1969. Il propose donc de conserver la version révisée qu'il a proposée pour ce paragraphe mais de remplacer le membre de phrase « ainsi que sur la Convention de Vienne de 1986 dans la mesure où celle-ci codifie le droit international coutumier » par une nouvelle phrase ainsi libellée : « La Convention de Vienne de 1986, dans la mesure où elle codifie le droit international coutumier, fournit également des orientations. »

100. M. SABOIA, qu'appuie M[me] ESCOBAR HERNÁNDEZ, dit que des interprétations des Conventions

de Vienne n'ont pas leur place dans le commentaire d'un projet de directive et qu'il pense comme Sir Michael Wood qu'il serait préférable de revenir à la version initiale proposée par le Rapporteur spécial pour le paragraphe à l'examen.

101. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que revenir au texte initial ne lui pose pas de difficultés, car il n'avait proposé de modifier celui-ci que pour tenir compte de propositions faites au Comité de rédaction.

102. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite revenir à la version initiale du paragraphe.

Il en est ainsi décidé.

103. M. MURPHY dit que le paragraphe 2 devrait commencer par les mots « Comme il est indiqué dans le commentaire général », car il porte sur le membre de phrase « l'expression "fournir des orientations" » et non sur le membre de phrase « ne doit pas être interprétée comme laissant entendre que les directives ont uniquement valeur de recommandations ». De plus, la Commission doit trancher une question de fond, celle de savoir si le projet de directive 2 est censé renvoyer à la fois à la Convention de Vienne de 1969 et à celle de 1986 et doit, si tel n'est pas le cas, trouver une formulation acceptable qui ne minimise pas le statut de cette dernière.

104. Le PRÉSIDENT propose de simplifier le paragraphe à l'examen comme suit : « L'expression "fournir des orientations" vise à mettre l'accent sur le fait que les directives sont basées sur la Convention de Vienne de 1969 et sur d'autres règles du droit international, et notamment sur la Convention de Vienne de 1986. »

105. Sir Michael WOOD dit qu'il peut appuyer la proposition du Président mais qu'il serait plus logique que le paragraphe commence par les mots : « Le projet de directive 2 vise à mettre l'accent […]. »

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 2, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 3 (Règle générale)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

106. M. MURPHY appelle l'attention sur un problème concernant la dernière note de bas de page du paragraphe et d'autres notes.

107. Le PRÉSIDENT dit que le Secrétariat y remédiera.

Le paragraphe 4 est adopté sous cette réserve.

Paragraphe 5

108. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier comme suit la première phrase du paragraphe : « Le deuxième membre de phrase, "en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés", est basé sur la phrase introductive de l'article 25. » La dernière phrase du paragraphe serait supprimée.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

109. Sir Michael WOOD propose de simplifier comme suit la troisième phrase : « En outre, le projet de directive envisage la possibilité qu'un État tiers ou une organisation internationale tierce […]. »

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

Le commentaire du projet de directive 3, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 4 (Forme)

Paragraphe 1

110. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « entre autres » figurant dans la deuxième phrase par les mots « c'est-à-dire ».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

111. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remplacer le mot *expands* par le mot *elaborates* dans la première phrase du texte anglais.

Le paragraphe 2, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphe 3

112. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que, comme il a été décidé de remplacer le mot « accord » par le mot « traité » dans le texte du projet de directive, l'explication du terme « accord » figurant dans la seconde phrase n'est plus nécessaire et peut être supprimée. Le paragraphe 3 se lirait donc ainsi : « L'alinéa *a* envisage la possibilité de convenir d'une application à titre provisoire au moyen d'un traité distinct du traité principal. »

113. M. PARK dit qu'il doute que l'expression « traité principal » soit appropriée.

114. Sir Michael WOOD propose de remplacer cette expression par les mots « traité appliqué à titre provisoire ».

115. M. PARK dit que l'expression « traité principal » figure aussi dans la note de bas de page appelée à la fin du paragraphe, qui devra être modifiée en conséquence.

Sous cette réserve, le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

116. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « outre par un instrument distinct » par les mots « non seulement par un traité distinct » dans la première phrase. Il propose de plus de remanier la dernière phrase du paragraphe comme suit : « Pour donner de nouvelles orientations, il est fait référence à deux exemples de tels "moyens ou arrangements", à savoir une application provisoire convenue au moyen d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. »

117. M. MURPHY propose de remplacer l'expression « adoptée par une organisation internationale » par l'expression « adoptée au sein d'une organisation internationale » pour bien indiquer que c'est la conclusion d'un accord par les États réunis à cette fin par opposition à une décision prise par l'organisation qui est visée. Il propose en outre de réunir les deux notes de bas de page dont les appels se trouvent à la fin de la deuxième phrase et de supprimer la mention, dans la dernière note de bas de page, de la résolution établissant la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (OTICE), car il ne s'agit pas d'un bon exemple d'application provisoire d'un traité.

118. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il peut souscrire aux deux premières propositions de M. Murphy, mais non à la dernière. Il indique qu'il s'est déjà entretenu de la dernière note de bas de page du paragraphe 4 avec celui-ci et que le texte de cette note a été modifié pour qu'il soit clair qu'il concerne une résolution adoptée lors d'une réunion des États signataires dont l'objet était d'établir la Commission préparatoire de l'OTICE. Il ne s'agit pas d'une résolution relative à l'application provisoire proprement dite, car le Traité ne contient pas de disposition relative à l'application provisoire. Le Rapporteur spécial dit qu'il souhaiterait toutefois conserver la mention de cette résolution en tant qu'exemple *sui generis* montrant comment, en fait, parce que certaines décisions ont été prises, des parties du Traité sont appliquées provisoirement − une opinion étayée par la doctrine récente. De plus, le Traité devrait continuer indéfiniment à être appliqué à titre provisoire, car il est peu probable que toutes les conditions de son entrée en vigueur soient réunies.

119. Sir Michael WOOD dit qu'il n'est pas favorable à la proposition de M. Murphy de remplacer l'expression « adoptée par une organisation internationale » par l'expression « adoptée au sein d'une organisation internationale ». La première de ces expressions est celle utilisée dans le cadre des travaux sur d'autres sujets et rend compte de la condition de fond voulant que les États conviennent de l'application provisoire en adoptant une résolution à cet effet. L'orateur indique toutefois qu'il appuie la suppression de la mention, dans la dernière note de bas de page du paragraphe 4, de la résolution relative à la Commission préparatoire de l'OTICE. Donner à penser que le travail accompli par la Commission préparatoire constitue une application provisoire au sens de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et du projet de directives sèmerait la confusion. Il pourrait par contre être utile d'expliquer qu'il s'agit là d'une situation exceptionnelle, et que les activités menées pour préparer l'entrée en vigueur d'un traité ne constituent pas une application provisoire de celui-ci.

120. Le PRÉSIDENT dit que lui aussi est préoccupé par la proposition de M. Murphy, et que l'expression « par une organisation internationale ou au sein d'une telle organisation » constitue peut-être la solution. De même, il est préoccupé par la mention, dans la dernière note de bas de page du paragraphe 4, de la création de la Commission préparatoire de l'OTICE comme premier exemple d'application provisoire alors que tous les membres de la Commission ne sont pas d'accord. Peut-être suffit-il de mentionner l'article d'Andrew Michie[425] sur l'application provisoire des traités relatifs au contrôle des armements mentionné dans la note.

121. M. MURPHY relève que dans son article, Michie indique clairement que le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires n'est pas un exemple d'application provisoire et rappelle à cet égard que durant sa négociation le Gouvernement autrichien avait proposé d'instituer un mécanisme d'application provisoire mais que cette proposition a été rejetée. Ainsi, si cette source confirme peut-être que des traités bilatéraux relatifs aux armements ont été appliqués provisoirement, elle n'est pas pertinente dans le contexte des travaux en cours.

122. À la suite de nouvelles observations de M. MURPHY, du PRÉSIDENT et de Sir Michael WOOD, le PRÉSIDENT propose de suspendre l'examen du paragraphe 4 et des notes de bas de page y afférentes et de tenir des consultations informelles.

Il en est ainsi décidé.

123. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que des consultations informelles sur la question sont effectivement nécessaires. Il souligne de plus que les informations données par M. Murphy sont incomplètes, car le même auteur a également défendu la thèse opposée.

La séance est levée à 18 h 5.

3385e SÉANCE

Mercredi 2 août 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna,

[425] A. Michie, « The provisional application of arms control treaties », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, no 3 (2005), p. 345 à 377.

M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (*fin*[*]) [A/CN.4/703, partie II, sect. D]

[Point 4 de l'ordre du jour]

Rapport du Groupe de travail

1. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Président du Groupe de travail) dit que le Groupe de travail a été créé à la 3375e séance de la Commission avec pour principal objectif de faire des recommandations quant à la poursuite des travaux sur le sujet.

2. Le Groupe de travail s'est réuni deux fois, les 26 et 27 juillet 2017, et il était saisi à cette occasion des projets de commentaire établis par l'ancienne Rapporteuse spéciale pour les projets de principes 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 et 18, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en 2016 et dont la Commission a pris note la même année. Le Groupe de travail exprime sa profonde gratitude à l'ancienne Rapporteuse spéciale, Mme Marie Jacobsson, pour la remarquable contribution qu'elle a apportée à l'examen du sujet.

3. Examinant la marche à suivre pour poursuivre les travaux, le Groupe de travail a souligné l'importance du sujet, relevant en particulier l'intérêt qu'il continue de susciter de la part des États et d'organismes tels que le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le Comité international de la Croix-Rouge. À cet égard, le Groupe de travail a pris note de l'important travail déjà accompli sur le sujet et souligné qu'il convenait de le mener à terme en faisant fond sur ce qui avait été fait jusqu'alors. Le Groupe de travail a exhorté la Commission à poursuivre sur sa lancée.

4. Le Groupe de travail a décidé à cette fin de recommander à la Commission de nommer un nouveau Rapporteur spécial, de préférence à la session en cours, pour l'aider à mener ses travaux à bien.

5. De plus, le Groupe de travail a fait observer qu'outre que la Commission devait encore affiner les projets de principe, par exemple du point de vue de la terminologie ou de l'économie générale du texte, et achever d'élaborer les commentaires, d'autres aspects du sujet méritaient d'être approfondis. Ont notamment été mentionnées à cet égard la complémentarité avec d'autres branches du droit international, comme le droit international de l'environnement, la protection de l'environnement dans les situations d'occupation, les questions de responsabilité et l'obligation de réparer, la responsabilité des acteurs non étatiques et l'application générale du projet de principes aux conflits armés non internationaux.

6. Le Président du Groupe de travail remercie tous les membres de la Commission qui ont participé aux travaux du Groupe de travail, qui ont donné lieu à des débats enrichissants.

7. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport du Président du Groupe de travail.

Il en est ainsi décidé.

8. Le PRÉSIDENT dit que le Bureau entend donner suite à la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que la Commission nomme un nouveau rapporteur spécial pour le sujet. Il demande donc aux membres, au nom du Bureau, de tenir des consultations le plus tôt possible afin que la Commission soit en mesure de prendre une décision sur la base d'une recommandation du Bureau avant la fin de la session en cours. Il invite les membres à prendre contact avec lui ou tout autre membre du Bureau pour donner leur avis sur cette question importante.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*)

Chapitre V. *Application provisoire des traités* (suite) [A/CN.4/L.901 et Add.1 et 2]

9. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre V du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.901/Add.1. Il rappelle qu'à la séance précédente, les paragraphes 1 et 2 du commentaire général ont été laissés en suspens. Il invite le Rapporteur spécial à indiquer ce qui a été décidé à cet égard.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*suite*)

2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*)

Commentaire général (*fin*)

Paragraphes 1 et 2 (*fin*)

10. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose, compte tenu de toutes les observations et propositions faites par les membres de la Commission, de supprimer le paragraphe 1 et de remanier comme suit le paragraphe 2, désormais le paragraphe 1, pour tenir compte des observations faites à la séance précédente :

> « L'objet des projets de directive est de fournir une aide aux États, aux organisations internationales et à d'autres en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités. Ces entités peuvent rencontrer des difficultés concernant, notamment, la forme de l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, la prise d'effet et l'extinction de l'application provisoire et les effets juridiques de celle-ci. Les projets de directive visent à les orienter vers des réponses conformes aux règles en vigueur ou vers les solutions paraissant les plus adaptées à la pratique contemporaine. »

---

[*] Reprise des débats de la 3375e séance.

11. Il propose en outre d'ajouter une note de bas de page, appelée à la fin de la première phrase de ce paragraphe, se lisant comme suit : « Comme tous les travaux de la Commission, les projets de directive doivent être lus en conjonction avec les commentaires y relatifs. » Cette note, qui reprend la formulation utilisée dans une note de bas de page adoptée par la Commission l'année précédente dans le cadre du sujet « Détermination du droit international coutumier », devrait répondre aux préoccupations exprimées à la séance précédente en ce qui concerne le paragraphe 1.

12. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le nouveau paragraphe 1 proposé par le Rapporteur spécial, étant entendu que l'actuel paragraphe 1 est supprimé.

Il en est ainsi décidé.

Le commentaire général, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 4 (Forme) [*fin*]

Paragraphe 4 (*fin*)

13. Le PRÉSIDENT rappelle que le paragraphe 4 du commentaire du projet de directive 4 a été laissé en suspens parce qu'il devait être remanié. Il invite le Rapporteur spécial à en présenter le nouveau texte qu'il propose.

14. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose, pour tenir compte des observations faites par des membres de la Commission à la séance précédente, de remanier le paragraphe 4 comme suit :

> « L'alinéa *b* pose que l'application à titre provisoire peut être convenue non seulement par un traité distinct, mais aussi par "tout autre moyen ou arrangement", ce qui élargit l'éventail des moyens par lesquels il peut être convenu de l'application d'un traité à titre provisoire. La Commission a estimé qu'ajouter cette référence permettait de confirmer la souplesse qui caractérise l'application à titre provisoire. Dans un souci de clarté, deux exemples des "moyens ou arrangements" envisagés sont donnés, à savoir les résolutions adoptées au sein d'une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. »

15. Il propose de plus que les deux notes de bas de page appelées à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 4 qui, en raison de l'ajout d'une nouvelle note de bas de page associée au paragraphe 1, seraient désormais renumérotées, soient réunies en une seule note dans laquelle leur ordre serait inversé, comme l'a proposé un membre de la Commission, qui a souligné la nécessité de suivre la pratique établie de la Commission en la matière.

16. S'agissant de la dernière note de bas de page du paragraphe 4, le Rapporteur spécial propose, après avoir consulté les membres de la Commission, d'en supprimer les deuxième, troisième et quatrième phrases et de les remplacer, à la fin de la note, par un texte révisé sur la création de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, qui renverrait à un article non encore publié de Y. Fukui au moyen d'un hyperlien permettant d'en consulter une version préliminaire.

17. M. MURPHY dit qu'en ce qui concerne la note 29 la Commission devrait, pour éviter de citer le long hyperlien renvoyant à l'article de Y. Fukui, utiliser la formule « [vol. à paraître] », comme elle le fait ailleurs dans cette note.

Il en est ainsi décidé.

18. M. PARK, faisant observer que dans le texte révisé proposé pour le paragraphe 4, c'est l'expression « résolution adoptée au sein d'une organisation internationale » et non l'expression « résolution adoptée par une organisation internationale » qui est utilisée, demande si le texte de l'alinéa *b* du projet de directive 4 ne devrait pas être modifié en conséquence.

19. M. MURASE dit qu'après avoir lu l'article de Y. Fukui, il n'est pas convaincu qu'il soit pertinent, car l'auteur semble viser la mise en œuvre provisoire et non l'application provisoire.

20. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que c'est le texte du paragraphe 4 qui doit être aligné sur l'alinéa *b* du projet de directive 4, et non le contraire. La Commission devrait, au moins pour le moment, utiliser l'expression « par une organisation internationale ». Elle pourra revenir sur la question en seconde lecture.

21. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il peut accepter les propositions de M. Murphy et M. Vázquez-Bermúdez. Il estime toutefois que l'article de Y. Fukui devrait être cité, car l'auteur vise bien l'application provisoire.

22. M. MURPHY dit que, si la Commission décide de reprendre le texte de l'alinéa *b* du projet de directive 4 au paragraphe 4, il doit le reprendre intégralement pour rendre compte fidèlement de sa teneur.

23. Le PRÉSIDENT, qu'appuient M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) et M. JALLOH, dit qu'il est inutile de reprendre le texte de l'alinéa *b* du projet de directive 4 dans son intégralité. Le débat qui a eu lieu à la Commission s'agissant de choisir entre les expressions « au sein d'une organisation internationale » et « par une organisation internationale » a porté sur le point de savoir si la Commission devait suivre fidèlement le texte du projet de directive 4 uniquement dans la mesure où il était cité au paragraphe 4.

24. Sir Michael WOOD dit qu'il serait utile, par souci de clarté, de reproduire intégralement l'alinéa *b* du projet de directive 4, d'autant plus que cela faciliterait la transition entre le paragraphe 4 et le nouveau paragraphe 5 du commentaire.

25. M. VALENCIA-OSPINA dit que si l'on reproduit le texte de l'alinéa *b* du projet de directive 4 dans son intégralité, les mots « deux exemples » qui figurent au paragraphe 4 devraient être remplacés par les mots « quatre exemples ».

26. Sir Michael WOOD, qu'appuie M. MURPHY, dit que, même si elle reprend le texte intégral de l'alinéa *b* du projet de directive 4, la Commission ne citera que deux exemples, le premier étant celui des résolutions adoptées de diverses manières et le second celui des déclarations.

27. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'oppose pas à ce que le texte de l'alinéa *b* du projet de directive 4 soit reproduit dans son intégralité et estime qu'il convient de conserver les mots « deux exemples ».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Nouveau paragraphe 5

28. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose l'ajout d'un nouveau paragraphe 5 ainsi libellé :

> « Pareillement, si cette pratique reste exceptionnelle, la Commission a jugé utile de mentionner qu'un État ou une organisation internationale pouvait faire une déclaration aux fins de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité dans les cas où le traité est muet sur l'application provisoire ou celle-ci n'est pas convenue par un autre moyen. La déclaration doit toutefois être acceptée sans équivoque par les autres États ou organisations internationales concernés ; la seule absence d'objection ou l'acquiescement tacite, qui risque de créer une incertitude, ne suffit pas. Si, le plus souvent, dans la pratique, l'acceptation est exprimée par écrit, le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit expresse. La Commission a évité d'employer le terme "unilatérale" afin d'éviter toute confusion entre les règles présidant à l'application provisoire des traités et le régime juridique régissant les actes unilatéraux des États. »

29. Le Rapporteur spécial propose également qu'une note de bas de page, appelée après le mot « exceptionnelle », soit ajoutée pour renvoyer à certains paragraphes de ses deuxième et troisième rapports[426] consacrés à l'application provisoire par la République arabe syrienne de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction.

30. M. MURPHY dit qu'au début de la première phrase le mot « Pareillement » devrait être supprimé et le paragraphe commencer par les mots « Même si cette pratique ».

31. M. PARK dit que la deuxième phrase du nouveau paragraphe 5 proposé est rédigée en termes trop catégoriques, en particulier parce qu'elle n'est étayée que par un précédent, celui de la République arabe syrienne, et relève uniquement, de ce fait, du développement progressif du droit international. Tel qu'actuellement libellé, ce paragraphe ne distingue pas entre diverses situations qui peuvent exister dans le cadre de conventions multilatérales et d'accords bilatéraux, par exemple. Il propose de remplacer les mots « doit toutefois être acceptée sans équivoque » par les mots « devrait être acceptée ».

32. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit que s'il comprend la préoccupation de M. Park, il préférerait remplacer les mots « sans équivoque », qui établissent un seuil trop élevé, par les mots « de manière suffisamment claire », l'exemple de la République arabe syrienne devenant ainsi plus pertinent.

33. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots « sans équivoque » par le mot « clairement » et de supprimer, dans la même phrase, les mots « ou l'acquiescement tacite, qui risque de créer une incertitude ».

34. Le PRÉSIDENT propose de remplacer le mot « expresse » par le mot « claire » dans la troisième phrase pour éviter toute ambiguïté. S'agissant de la suppression proposée par Sir Michael Wood dans la deuxième phrase, il estime que l'acquiescement est différent de l'absence d'objection et qu'il convient donc de le mentionner. Il suffirait simplement de supprimer le mot « tacite ».

35. M. JALLOH dit que la deuxième phrase ne lui pose pas de problèmes dans son libellé actuel. La Commission devrait quoi qu'il en soit éviter de la diluer, ce que ferait la suppression proposée par Sir Michael Wood. Par ailleurs, le texte gagnerait en élégance si la troisième phrase était scindée en deux phrases ainsi libellées : « Le plus souvent, dans la pratique, l'acceptation est exprimée par écrit. Le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit expresse. »

36. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il a utilisé les mots « sans équivoque » pour tenir compte de l'opinion dont il a cru comprendre qu'elle était celle du Comité de rédaction, à savoir qu'un seuil plus élevé était nécessaire pour l'acceptation, par les autres États ou organisation internationales concernés, de la déclaration d'un État indiquant qu'il applique provisoirement un traité ou une partie d'un traité. Dans le même temps, il préférerait ne pas imposer aux États de conditions plus rigoureuses à cet égard et peut donc accepter de remplacer les mots « sans équivoque » par le mot « clairement ». Il reconnaît que le mot « tacite » est peut-être redondant dans la deuxième phrase, mais il préférerait conserver le mot « acquiescement ». Quant au reste du paragraphe, il approuve la proposition de M. Jalloh concernant la troisième phrase et celle de M. Murphy consistant à supprimer le mot « Pareillement » au début de la première phrase.

37. Le PRÉSIDENT demande si le Rapporteur spécial est d'accord pour remplacer le mot « expresse » par le mot « claire » dans l'avant-dernière phrase.

38. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'oppose pas à cette modification si la majorité des membres de la Commission l'approuve.

39. M. MURPHY dit qu'il préférerait que l'on conserve le mot « expresse », qui rend mieux compte de l'opinion générale exprimée au sein du Comité de rédaction.

[426] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/675 (deuxième rapport), et *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/697 (troisième rapport).

40. Le PRÉSIDENT dit que le mot « expresse » ne s'applique pas au cas de l'application provisoire de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction par la République arabe syrienne, visée dans la note de bas de page, car il n'est pas certain que tous les États aient expressément accepté cette application provisoire.

41. Sir Michael WOOD, qu'appuient le PRÉSIDENT et M. JALLOH, propose de remplacer le mot *express* par les mots *expressed clearly* dans le texte anglais de l'avant-dernière phrase.

42. M. OUAZZANI CHAHDI propose de remplacer le mot « expresse » par le mot « explicite », qui est plus clair et ménage davantage de souplesse, dans le texte français de cette avant-dernière phrase.

Il en est ainsi décidé.

43. Sir Michael WOOD dit que les mots « ou l'acquiescement tacite, qui risque de créer une incertitude » qui figurent dans la deuxième phrase sont inutiles et source de confusion, car l'acquiescement est une forme d'accord bien connue. Ainsi, conserver le terme technique « acquiescement » battrait légèrement en brèche l'idée qu'un acquiescement, s'il est clair, peut effectivement exprimer un accord.

44. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propose de supprimer les mots « ou l'acquiescement tacite, qui risque de créer une incertitude », la phrase se terminant alors par le mot « objection ».

45. M. CISSÉ propose, pour concilier les divers points de vue, de remplacer les mots « sans équivoque » qui figurent dans la deuxième phrase par les mots « clairement et expressément ». Le mot « tacite » devrait être supprimé, car l'acquiescement est par essence tacite.

46. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que dans l'exemple d'application provisoire donné dans la note de bas de page proposée, le fait qu'aucun État partie n'ait formulé d'objection à l'application provisoire de la Convention par la République arabe syrienne a été interprété par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire de la Convention, comme une acceptation de cette application provisoire par les États parties. Pour cette raison, la deuxième phrase peut se terminer par les mots « la seule absence d'objection ne suffit pas ».

47. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le libellé suivant pour le nouveau paragraphe 5 :

> « Même si cette pratique reste exceptionnelle, la Commission a jugé utile de mentionner qu'un État ou une organisation internationale pouvait faire une déclaration aux fins de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité dans les cas où le traité est muet sur l'application provisoire ou celle-ci n'est pas convenue par un autre moyen. La déclaration doit toutefois être explicitement acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés ; la seule absence d'objection ne suffit pas. Le plus souvent, dans la pratique, l'acceptation est exprimée par écrit. Le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit explicite. La Commission a évité d'employer le terme "unilatérale" afin d'éviter toute confusion entre les règles présidant à l'application provisoire des traités et le régime juridique régissant les actes unilatéraux des États. »

Il en est ainsi décidé.

Le nouveau paragraphe 5 est adopté.

Le commentaire du projet de directive 4, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 5 [6][*] (Prise d'effet de l'application à titre provisoire)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

48. M. TLADI propose de remplacer les mots « d'un traité entier comme d'une partie d'un traité » par les mots « d'un traité dans son intégralité ou d'une partie d'un traité ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

49. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de supprimer les mots « à la fois l'entrée en vigueur du traité lui-même en général et » dans la deuxième phrase.

50. M. PARK dit que les mots que le Rapporteur spécial propose de supprimer sont nécessaires et doivent être conservés.

51. Le PRÉSIDENT dit qu'il craint que la suppression proposée n'introduise une ambiguïté, au sens où un traité peut entrer en vigueur pour un État par l'effet d'une obligation internationale mais aussi par l'effet en droit interne d'une décision autonome du législateur d'appliquer le traité même si celui-ci n'est pas encore entré en vigueur au plan international. Il propose donc d'insérer les mots « en tant qu'obligation de droit international » après la troisième occurrence de l'expression « entrée en vigueur » et avant les mots « pour cet État » dans la deuxième phrase.

52. M. MURPHY dit que l'application provisoire ne dure que jusqu'au moment où le traité entre en vigueur pour les États qui l'appliquaient provisoirement entre eux, qu'il soit ou non entré en vigueur pour les autres signataires. La proposition du Président introduirait en fait un nouveau concept qui ne correspond pas à l'approche adoptée par la Commission sur la question dans d'autres parties du commentaire. En dernière analyse, la question soulevée par la proposition du Président est quelque peu hors contexte ; M. Murphy préférerait que le texte ne soit pas modifié.

[*] Les chiffres entre crochets renvoient à la numérotation des projets de directive dans les documents A/CN.4/L.901/Add.1 et Add.2 examinés à la présente séance.

53. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'avait pas l'intention de soulever une nouvelle question et que sa proposition visait à faire en sorte qu'il soit clair pour le lecteur que le sujet du paragraphe demeure dans le domaine du droit international et des obligations qu'impose ce droit.

54. M. PARK rappelle qu'au Comité de rédaction deux types d'entrée en vigueur ont été évoqués, l'entrée en vigueur objective et l'entrée en vigueur subjective. Cette distinction semble être implicite dans la dernière phrase, qui contient les mots « l'expression générale "entrée en vigueur" ».

55. M. ŠTURMA dit qu'il préférerait conserver le libellé actuel car il ressort clairement du texte des directives et des commentaires que la Commission envisage l'application provisoire des traités sous l'angle du droit international.

56. Le PRÉSIDENT dit qu'il retire sa proposition.

57. Sir Michael WOOD dit que, dans la deuxième phrase, les mots « pour cet État ou cette organisation internationale en particulier » ne rendent pas compte du fait que ce qui est visé est l'entrée en vigueur entre des paires de parties au traité. Il propose donc de remplacer ces mots par les mots « entre les États ou organisations internationales concernés », pour reprendre le libellé de la directive.

58. Le PRÉSIDENT dit que dans ce contexte la formulation la plus simple est peut-être « entre certains États ou organisations internationales ».

59. M. JALLOH demande si le Rapporteur spécial serait prêt à conserver le texte initial du paragraphe puisque les mots « l'entrée en vigueur du traité lui-même » sont assez souvent employés dans le projet, y compris au paragraphe 5 du commentaire du projet de directive 3, auquel renvoie la note de bas de page associée au paragraphe 3. Cela permettrait non seulement de répondre à la préoccupation exprimée par le Président mais également d'éviter de nouvelles difficultés du point de vue de la cohérence avec des projets de directive et commentaires antérieurs.

60. M. Jalloh propose, pour des raisons stylistiques, de remanier la dernière phrase comme suit : « La Commission a décidé de retenir l'expression générale "entrée en vigueur", comme il est déjà mentionné dans le commentaire du projet de directive 3. »

61. Le PRÉSIDENT dit que la première proposition de M. Jalloh rouvrirait la question de savoir s'il convient ou non de rétablir le texte dans son état initial. Rien ne semble toutefois s'opposer à l'adoption de sa seconde proposition, consistant à remanier la dernière phrase.

Il en est ainsi décidé.

62. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, qu'appuie M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial), dit que la meilleure solution, s'agissant de remplacer les mots « pour cet État ou cette organisation internationale en particulier » qui figurent dans la deuxième phrase, semble être de reprendre le libellé du projet de directive lui-même, à savoir « entre les États ou organisations internationales concernés ».

63. M. PARK propose d'insérer les mots « au sens du projet de directive 5 » dans la deuxième phrase, entre les mots « entrée en vigueur » et les mots « désigne à la fois ».

64. Le PRÉSIDENT dit qu'il ressort déjà de la première phrase du paragraphe que celui-ci porte sur le projet de directive 5.

65. M. MURPHY dit que la proposition de M. Park concernant la deuxième phrase donne l'impression que le projet de directive 5 s'écarte du projet de directive 3, alors qu'en fait la deuxième phrase indique qu'il reprend la formulation employée dans celui-ci.

66. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite remanier comme suit la deuxième phrase : « Les termes "en attendant l'entrée en vigueur du traité" reprennent ceux employés dans le projet de directive 3, l'"entrée en vigueur" désignant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou les organisations internationales concernés. »

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

67. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier le paragraphe comme suit :

> « Le dernier membre de phrase, "fixées par le traité ou autrement convenues", établit que l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est fondé sur une disposition du traité appliqué à titre provisoire, sur un traité distinct de quelque type que soit, ou sur tout autre moyen ou arrangement prévoyant l'application provisoire, et est soumis aux conditions et modalités fixées dans ces instruments. »

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 5 [6], tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 6 [7] (Effets juridiques de l'application à titre provisoire)

Paragraphe 1

68. M. MURPHY dit qu'il estime que le projet de directive 6 est libellé en termes trop généraux. Il propose donc d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi libellée : « Certains ont estimé que le projet de directive était libellé en des termes trop généraux et devrait disposer que l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité emporte l'obligation impérative d'appliquer le traité ou la partie du traité visés. »

69. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit qu'il craint que la phrase proposée par

M. Murphy ne donne à penser que le texte du projet de directive contredit la position exprimée dans cette phrase. Il n'est pas certain que ce soit réellement le cas.

70. M. PARK dit qu'il croit savoir que le nouveau paragraphe 5 que doit proposer le Rapporteur spécial rendra compte de la préoccupation de M. Murphy ; la nouvelle phrase que propose celui-ci n'est donc pas nécessaire.

71. M. MURPHY dit que, si certains membres considèrent que le projet de directive 6 [7] correspond, dans son libellé actuel, à ce qui est indiqué dans le nouveau paragraphe 5 qu'il est proposé d'ajouter au commentaire de cette directive, il estime quant à lui que le texte de la directive ne correspond pas à ce qui est dit au paragraphe 5. Il indique qu'il est prêt à modifier la phrase qu'il propose en remplaçant les mots « disposer que » par « préciser que » pour indiquer qu'il est peut-être possible de mieux formuler la directive.

72. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit qu'il souhaite soulever une question connexe touchant le paragraphe 2. La troisième phrase de ce paragraphe indique que l'« effet juridique de l'application provisoire découle du traité ou de l'instrument choisi par les États ou organisations internationales concernés ». Considérant que cette phrase est extrêmement ambiguë, il propose, pour qu'elle corresponde mieux à ce que la Commission veut dire, d'insérer les mots « de l'accord relatif à l'application à titre provisoire » avant les mots « du traité ». En effet, l'effet juridique ne saurait découler d'un traité qui n'est pas entré en vigueur mais découle de l'accord relatif à l'application provisoire de ce traité. M. Nolte dit que si le paragraphe 2 est ainsi modifié il ne sera peut-être plus nécessaire de rendre compte de l'opinion dissidente rapportée dans la phrase proposée par M. Murphy.

73. M. MURPHY, qu'appuie M. GROSSMAN GUILOFF, dit que, s'il souscrit pleinement à l'idée qui sous-tend la modification que le Président propose d'apporter au paragraphe 2, cette modification n'élimine pas le problème inhérent à tous les paragraphes du commentaire, à savoir qu'ils visent les effets juridiques d'un traité ou d'une partie d'un traité qui est appliqué à titre provisoire. Ils exposent donc expressément une idée incorrecte qui rend problématique le texte du projet de directive lui-même.

74. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit que le projet de directive lui-même peut être interprété comme il convient si le commentaire présente des arguments convaincants.

75. Sir Michael WOOD dit qu'il pense comme M. Murphy que le projet de directive est rédigé en termes trop généraux. Il propose donc de remplacer les mots *too broad* par les mots *too broadly drafted* dans le texte anglais de la phrase que M. Murphy propose d'ajouter au paragraphe. Le projet de directive lui-même pourrait être révisé en seconde lecture.

76. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose que la Commission revoie le libellé de l'ensemble du commentaire du projet de directive 6 puis revienne sur le libellé de la phrase que propose M. Murphy et décide de l'endroit où la placer. En fait, cette phrase exprime une opinion qui va à l'encontre du reste du commentaire, qui a été examiné de manière approfondie au Comité de rédaction. Le texte anglais de cette phrase devrait pour cette raison commencer par les mots *A view*.

77. M. TLADI dit qu'il est légitime et conforme à la pratique de la Commission de faire état dans le tout premier paragraphe du commentaire de la préoccupation de M. Murphy quant à la manière dont le projet de directive est rédigé.

78. Le PRÉSIDENT dit que la nouvelle phrase se lirait comme suit : « Certains ont estimé que le projet de directive 6 était libellé en des termes trop généraux et devrait préciser que l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité emporte l'obligation impérative d'appliquer le traité ou la partie du traité visés. »

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

79. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit que si la troisième phrase n'est pas modifiée comme il l'a proposé, le commentaire risque d'être interprété comme signifiant qu'un traité qui n'a aucune force juridique et n'est pas contraignant a un effet contraignant, et qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Commission d'exprimer une telle idée.

80. M. ŠTURMA dit que, si le Président a raison dans l'absolu, ce n'est pas ce que ce paragraphe, au libellé quelque peu maladroit, veut dire : il veut dire que cet effet juridique peut découler de la disposition relative à l'application provisoire figurant dans le traité lui-même ou d'un autre instrument ou accord.

La séance est suspendue de 11 h 40 à 12 h 10 pour que des consultations puissent se tenir sur le libellé du paragraphe 2.

81. Le PRÉSIDENT dit qu'à l'issue de consultations un petit groupe de membres propose que la troisième phrase soit complétée comme suit : « Cet effet juridique découle de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité par les États ou organisations internationales concernés, qui peut prendre l'une des formes définies au projet de directive 4. »

82. M. GROSSMAN GUILOFF demande s'il ne conviendrait pas de viser également « une partie d'un traité ».

83. Le PRÉSIDENT dit que la phrase en question n'indique pas que l'effet juridique découle de l'ensemble du traité ; elle sous-entend donc qu'il peut découler d'une partie du traité.

84. Sir Michael WOOD propose que la quatrième phrase du texte anglais commence par les mots : *In cases in which that agreement*.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

85. M. SABOIA demande si la version finale de la partie du rapport à l'examen, qui a subi de nombreuses modifications, sera disponible sur Internet.

86. M. LLEWELLYN (Secrétaire de la Commission) dit qu'une version préliminaire composite du rapport sera disponible en anglais sur Internet environ deux semaines après la fin de la session.

Paragraphe 3

87. M. ŠTURMA dit qu'il conviendrait, dans le texte anglais de la note de bas de page, de remplacer les mots *Treaty Collection* par les mots *Treaty Series*.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

88. Sir Michael WOOD propose, par souci de cohérence avec le paragraphe 2, de supprimer les mots « ou l'instrument choisi » figurant dans la dernière phrase.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Nouveau paragraphe 5

89. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose d'insérer un nouveau paragraphe 5 ainsi libellé :

> « Ce nonobstant, il convient d'établir une distinction importante. Par principe, l'application à titre provisoire n'est pas destinée à faire naître l'ensemble des droits et obligations découlant du consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité ou une partie d'un traité. L'application à titre provisoire des traités est différente de l'entrée en vigueur en ce qu'elle n'est pas soumise aux règles du droit des traités relatives à l'extinction des traités et à la suspension de leur application énoncées à la section 3 de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 2 de l'article 25 de ladite Convention prévoit qu'il peut aisément être mis fin à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, sans préjudice de la question de la responsabilité pour violation d'une obligation découlant du traité ou de la partie de traité provisoirement appliqués. »

90. M. MURPHY dit que le nouveau paragraphe 5 est utile en ce qu'il évoque certaines des questions qu'il a soulevées au Comité de rédaction. La troisième phrase doit viser « la section 3 de la partie V de la Convention de Vienne de 1969 » et non « la section 3 de la Convention de Vienne de 1969 ».

Le nouveau paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

91. M. MURPHY dit qu'il conviendrait peut-être de remplacer les mots « est sans incidence sur » qui figurent dans la troisième phrase par les mots « ne modifie pas », car ce paragraphe, tel qu'il le comprend, porte sur la question de savoir si l'application provisoire d'un traité peut avoir un effet sur les droits et obligations des États concernés. Tous les membres de la Commission conviendront assurément que l'application provisoire ne peut modifier les droits et obligations des États, mais, dans le cadre de ses travaux sur le sujet des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a estimé que le comportement des États après la signature d'un traité pouvait avoir un effet sur l'interprétation des droits et obligations en question ; si tel est effectivement le cas, le mot « modifier » est peut-être plus approprié.

92. Le PRÉSIDENT dit qu'il comptait soulever la même question, mais faire une proposition différente, à savoir appeler, à la fin de la troisième phrase, une note de bas de page ainsi libellée : « Cela étant, la pratique ultérieure de l'une ou de plusieurs des parties à un traité peut être un moyen d'interprétation du traité au sens des articles 31 ou 32 de la Convention de Vienne de 1969. » Viendrait ensuite un renvoi au texte du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adopté en première lecture[427]. Le Président dit qu'il n'est pas favorable au remplacement des mots « est sans incidence sur » par les mots « ne modifie pas » car il aurait pour effet de réduire l'importance de la phrase ; la pratique ultérieure peut avoir sur l'interprétation une incidence qui ne constitue pas une modification.

Le paragraphe 5, ainsi complété par une note de bas de page, est adopté en tant que paragraphe 6.

Le commentaire du projet de directive 6 [7], tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 7 [8] (Responsabilité en cas de violation)

Paragraphe 1

93. M. GROSSMAN GUILOFF propose, pour la lisibilité, d'inverser l'ordre des avant-dernière et dernière phrases.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

94. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de supprimer le paragraphe 2.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté en tant que paragraphe 2.

Paragraphe 4

95. Mme GALVÃO TELES propose de remplacer les mots « le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État » par les mots « les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État », et les mots « le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité des organisations internationales » par les mots « les articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales » dans la première phrase.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté en tant que paragraphe 3.

Le commentaire du projet de directive 7 [8], tel que modifié, est adopté.

---

[427] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 90 et suiv., par. 75 et 76.

Commentaire de la directive 8 [9] (Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

96. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il convient de remplacer les mots « projet de directive 6 » par les mots « projet de directive 5 ».

Il en est ainsi décidé.

97. M. GROSSMAN GUILOFF propose de remanier comme suit le début de la deuxième phrase : « Conformément au projet de directive 5, l'application à titre provisoire se poursuit ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

98. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier le paragraphe 3 comme suit :

> « Il n'était pas possible de rendre compte en une seule formule de la diversité des relations juridiques susceptibles d'exister dans le cas où le traité est entré en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale appliquant le traité ou une partie du traité à titre provisoire à l'égard d'autres États ou organisations internationales appliquant à titre provisoire le même traité ou une partie de celui-ci. »

99. M. JALLOH dit qu'il aimerait connaître la raison qui a amené le Rapporteur spécial à proposer le paragraphe 3, et en particulier la relation entre ce paragraphe et les paragraphes 2 et 4. Il se demande s'il ne serait pas préférable, par souci de clarté, de supprimer ce paragraphe 3, de remanier le paragraphe 4 et de le réunir au paragraphe 2, car ces deux paragraphes sont conceptuellement très proches.

100. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il considère qu'il n'a pas à expliquer de nouveau, au stade actuel, la genèse du projet de directive et le commentaire y relatif. Il indique qu'en soumettant les projets de commentaire au Groupe de travail pour examen, il pensait permettre à la Commission de faire l'économie de débats prolongés lors de l'adoption de ceux-ci en plénière. Il dit qu'il ne s'opposera pas à la suppression du paragraphe 3 si celle-ci peut faciliter l'adoption du commentaire, mais la Commission pourra néanmoins revenir à un moment ou à un autre sur les questions qui y sont évoquées.

101. M. JALLOH dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial que la Commission ne doit pas revenir au stade actuel sur des questions qu'elle a déjà examinées. Cela étant, il ne voit pas pourquoi le paragraphe 3 ne conserverait pas son libellé actuel.

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

102. M. JALLOH propose, par souci de clarté, de remplacer les mots « évoqué ci-dessus » qui figurent dans la première phrase par les mots « envisagé au paragraphe 1 du commentaire du présent projet de directive ».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

103. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier comme suit les deux premières phrases :

> « Si les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 envisagent uniquement la conclusion de ce type d'accord entre les États ou, selon le cas, les organisations internationales "ayant participé à la négociation", une formulation plus générale a été retenue aux fins du projet de directive 8, qui contient les termes "ou qu'il en soit autrement convenu". Si cette formulation couvre les États ou les organisations internationales qui ont participé à la négociation du traité, elle peut néanmoins aussi viser les États et les organisations internationales qui n'y ont pas participé. »

104. M. MURPHY dit que la troisième phrase serait plus claire si l'on remplaçait les mots « une telle restriction » par les mots « le libellé restrictif des Conventions de Vienne », si c'est bien ce qu'on veut dire.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

Le commentaire du projet de directive 8 [9], tel que modifié, est adopté.

105. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la partie du chapitre V publiée sous la cote A/CN.4/L.901/Add.2.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*suite*)

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS PROVISOIREMENT ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION (*suite*)

Commentaire du projet de directive 9 [10] (Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire)

Paragraphe 1

106. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose d'ajouter les mots *it deals* après le mot *Specifically* dans le texte anglais de la deuxième phrase et de remplacer les mots « leurs règles » par les mots « des règles de l'organisation » dans la même phrase. La dernière phrase du paragraphe serait en outre remaniée comme suit : « Son premier paragraphe est consacré à la règle applicable aux

États et le second à la règle applicable aux organisations internationales.»

Il en est ainsi décidé.

107. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots *the internal laws of States* par les mots *the internal law of States* dans la première phrase du texte anglais afin de reprendre le titre de la directive et d'éviter de donner à penser que seule la législation est visée. Les autres occurrences éventuelles de cette expression devraient être modifiées pareillement.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

108. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier la seconde phrase comme suit: «Elle devrait donc être considérée en même temps que la teneur de ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international.»

109. Sir Michael WOOD, souscrivant à la proposition, dit que la phrase se lirait mieux si l'on remplaçait les mots «en même temps que la teneur de ces articles» par les mots «conjointement avec ces articles».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

110. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de libeller le paragraphe 3 comme suit:

> «Comme la règle générale énoncée à l'article 27, le projet de directive 9 [10] dispose que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international. Ainsi, sa mise en œuvre par les parties ne peut dépendre de leurs droits internes respectifs, ni être subordonnée à ceux-ci. Les dispositions du droit interne d'un État ou les règles internes d'une organisation internationale, quelles qu'elles soient, ne sauraient être invoquées comme justifiant la non-exécution des obligations internationales découlant de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. De même, ce droit interne ou ces règles internes ne sauraient être invoqués pour s'exonérer de la responsabilité pouvant être encourue à raison de la non-exécution de ces obligations. Toutefois comme indiqué au projet de directive 11 [12], les États et organisations internationales concernés peuvent, dans le cadre de leur accord relatif à l'application provisoire, accepter des limitations découlant de ce droit interne ou de ces règles.»

111. M. MURPHY dit, en ce qui concerne la première phrase, qu'il ne pense pas que la directive dispose effectivement que l'application provisoire est régie par le droit international. Il propose donc de remanier et de réunir comme suit les première et deuxième phrases: «Comme la règle générale énoncée à l'article 27, le projet de directive 9 [10] dispose que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut dépendre des droits internes respectifs des parties ni être subordonnée aux conditions énoncées par ceux-ci.»

112. Sir Michael WOOD propose de supprimer le mot «internes» dans l'expression «règles internes d'une organisation internationale» figurant dans la troisième phrase.

113. M. JALLOH dit que dans la troisième phrase du texte anglais le mot *failure* serait peut-être préférable au mot *failing*.

114. Le PRÉSIDENT dit que, s'il pense comme M. Murphy que le projet de directive 9 ne dispose pas expressément que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international, il estime qu'il l'indique implicitement. Il propose donc simplement de remplacer le mot «dispose» par le mot «implique» dans la première phrase, le reste de la phrase demeurant inchangé. Il est en effet important d'indiquer que l'application provisoire est régie par le droit international.

115. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit à la proposition de remplacer le mot «dispose» par le mot «implique» et de laisser le reste de la première phrase inchangé, car sa teneur est importante. Il dit qu'il peut accepter la proposition de M. Jalloh.

116. Le PRÉSIDENT dit qu'il propose quant à lui d'insérer les mots «d'une manière générale» après les mots «ne peut» dans la deuxième phrase, car le libellé actuel de celle-ci a un caractère trop absolu. Cet ajout renverrait implicitement à l'importante exception faisant l'objet du projet de directive 11 [12].

117. Sir Michael WOOD dit qu'il ne pense pas que le mot «implique» soit approprié dans la première phrase. Cette phrase devrait être remaniée comme suit: «Comme la règle générale énoncée à l'article 27, le projet de directive 9 [10] reflète un principe, à savoir que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international.» À la fin de la quatrième phrase du texte anglais, les mots *their breach* devraient être remplacés par les mots *the breach of such obligations*, qui renvoient aux obligations internationales découlant de l'application provisoire.

118. M. MURPHY propose de scinder la première phrase en deux phrases, dont la première se lirait comme suit: «L'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international.» La seconde serait libellée comme suit: «Comme la règle générale énoncée à l'article 27, le projet de directive 9 [10] dispose que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut, d'une manière générale, dépendre de leurs droits internes respectifs ni être subordonnée aux conditions énoncées par ceux-ci.»

119. Mme GALVÃO TELES dit que, dans la deuxième phrase proposée par M. Murphy, les mots «leurs droits internes respectifs» devraient être remplacés par «le droit interne des parties».

120. Sir Michael WOOD propose que la phrase en question se termine par les mots: «le droit interne ou les règles des parties».

121. Le PRÉSIDENT dit que la Commission poursuivra l'examen du paragraphe 3 à sa séance plénière suivante.

La séance est levée à 13 heures.

3386e SÉANCE

Mercredi 2 août 2017, à 15 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*)

Chapitre V. *Application provisoire des traités* (fin) [A/CN.4/L.901 et Add.1 et 2]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre V de son projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.901/Add.2.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (*fin*)

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS PROVISOIREMENT ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION (*fin*)

Commentaire du projet de directive 9 [10][*] (Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire) [*fin*]

Paragraphe 3 (*fin*)

2. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la nouvelle version du paragraphe 3 établie par le Rapporteur spécial, qui a été distribuée aux membres et se lit comme suit :

> « L'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international. Comme la règle générale énoncée à l'article 27, le projet de directive 9 [10] dispose que l'exécution d'un traité appliqué à titre provisoire par les parties ne peut, d'une manière générale, dépendre de leur droit ou de leurs règles internes respectifs, ni être subordonnée aux conditions posées par ceux-ci. Les dispositions du droit interne d'un État ou les règles internes d'une organisation internationale, quelles qu'elles soient, ne sauraient être invoquées comme justifiant la non-exécution des obligations internationales découlant de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. De même, ce droit interne ou ces règles internes ne sauraient être invoqués comme motif d'exonération de la responsabilité pouvant être encourue à raison de la non-exécution de ces obligations. Cependant, comme cela est indiqué dans le projet de directive 11 [12], les États et organisations internationales concernés peuvent convenir de l'application à titre provisoire avec les limites découlant de ce droit interne ou de ces règles internes. »

3. M. MURPHY propose de remplacer, dans la deuxième phrase, les mots « l'exécution d'un traité appliqué à titre provisoire par les parties » par les mots « l'application provisoire d'un traité par un État ou une organisation internationale » et de supprimer le mot « respectifs ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

4. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que dans la première phrase les mots « la violation du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale » devraient être remplacés par les mots « une incompatibilité avec le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale », et, dans la dernière phrase, les mots « serait illicite au regard du droit international » remplacés par les mots « ne serait pas conforme au droit international ».

5. Sir Michael WOOD propose de supprimer les mots « et, dans l'affirmative, à quelles conditions » figurant dans la première phrase, car ils donnent à penser que les États ont le droit d'imposer des conditions ou limitations qui ne sont pas prévues dans l'accord relatif à l'application provisoire.

6. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit savoir que certains États sont dotés d'une législation indiquant à quelles conditions un traité peut être appliqué à titre provisoire. La question n'est donc pas seulement de savoir si un État convient d'appliquer provisoirement un traité, mais également comment il le fait. Il indique néanmoins que si la Commission ne s'oppose pas à la suppression proposée, il ne s'y opposera pas non plus.

Le paragraphe 4, ainsi modifié par le Rapporteur spécial et Sir Michael Wood, est adopté.

Paragraphe 5

7. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'au début de la deuxième phrase les mots « Toute autre possibilité » devraient être remplacés par les mots « Toute autre interprétation ».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

8. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que, dans la première phrase, les mots « précise que l'obligation ne naît pas du traité lui-même, mais » devraient être

[*] Les chiffres entre crochets renvoient à la numérotation des projets de directive dans le document A/CN.4/L.901/Add.2 examiné à la présente séance.

remplacés par les mots « est suffisamment générale pour englober les cas où l'obligation naît du traité lui-même et ceux où elle découle du fait qu'il a été convenu d'appliquer à titre provisoire le traité ou une partie du traité ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié et moyennant plusieurs modifications de forme, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 9 [10], tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 10 [11] (Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités)

Paragraphes 1 à 4

9. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remplacer la dernière phrase du paragraphe 2 par la phrase suivante : « Le projet de directive devrait donc être considéré conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international. » Il propose en outre de remplacer les mots « et, le cas échéant » qui figurent au paragraphe 4 par les mots « ou, selon le cas ». Par ailleurs, les projets de directive ayant été renumérotés, les mots « Le projet de directive 11 » doivent être remplacés, par les mots « Le projet de directive 10 » dans les paragraphes 1 à 3.

10. Sir Michael WOOD dit qu'il appuie la modification proposée au paragraphe 2 mais que les mots *along with* qui figurent dans le texte anglais devraient être remplacés par les mots *together with*, l'expression habituellement employée par la Commission.

Les paragraphes 1 à 4, ainsi modifiés, sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 10 [11], tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 11 [12] (Accord relatif aux limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales)

Paragraphe 1

11. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que, dans la seconde phrase, les mots « tout en tenant compte de ces limites » devraient être remplacés par les mots « sous réserve de ces limites ».

12. Le PRÉSIDENT dit que souvent les termes d'un traité prévoyant l'application provisoire ne sont guère précis en ce qui concerne le droit ou les règles internes. Il propose donc soit de remplacer les mots « les termes du » qui figurent dans la dernière phrase du paragraphe par l'article « le », soit de remanier cette phrase afin d'indiquer que les éventuelles limites découlant du droit interne doivent seulement être suffisamment claires dans le traité.

13. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'oppose pas à la suppression des mots « les termes du » et propose d'ajouter les mots *or rules* après les mots *subject to limitations which derive from internal law* dans le texte anglais.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

14. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de supprimer les mots « comme c'est le cas de certains traités » qui figurent à la fin du paragraphe.

15. M. NGUYEN propose d'ajouter les mots « ou d'une partie d'un traité » après la deuxième occurrence des mots « l'application provisoire d'un traité » dans la première phrase du paragraphe.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

16. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) dit que les mots « L'emploi du terme "droit" » figurant au début du paragraphe devraient être remplacés par les mots « Le projet de directive ». De plus, la deuxième phrase devrait être remaniée comme suit : « L'existence de ces limites doit simplement être suffisamment claire dans le traité lui-même, dans l'accord distinct ou dans toute autre forme d'accord par lequel il est convenu d'appliquer à titre provisoire un traité ou une partie d'un traité. »

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

17. M. GÓMEZ ROBLEDO (Rapporteur spécial) propose de remanier comme suit le paragraphe 5 : « Le présent projet de directive ne devrait pas être interprété comme encourageant les États ou les organisations internationales à inclure dans l'accord relatif à l'application provisoire les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation internationale. » Il propose en outre d'ajouter ce qui suit à la fin de la note de bas de page associée au paragraphe 2 :

« Voir aussi les quelques exemples d'accords de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange et de nombreux autres États (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chili, Égypte, ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Liban, Mexique, Monténégro, Pérou, Philippines, République de Corée, Serbie, Singapour, Tunisie et États d'Amérique centrale, États membres du Conseil de coopération du Golfe et États de l'Union douanière d'Afrique australe), dans lesquels différentes clauses sont utilisées à cette fin, notamment "sous réserve de ses exigences constitutionnelles", "si son propre cadre juridique l'y autorise" ou "si leur droit interne les y autorise" (www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements). Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 43 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange et les États de l'Union douanière d'Afrique australe est ainsi libellé :

« Article 43 (Entrée en vigueur)

« […]

« 2. Sous réserve de ses exigences constitutionnelles, tout État de l'Association européenne de libre-échange ou de l'Union douanière d'Afrique australe

peut appliquer le présent Accord à titre provisoire. L'application provisoire du présent Accord en vertu du présent paragraphe fait l'objet d'une notification au Dépositaire.

« […]. »

Le paragraphe 5, ainsi modifié et sous réserve des modifications de forme requises, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 11 [12], tel que modifié, est adopté.

La section C, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre V du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre VI. *Protection de l'atmosphère* (A/CN.4/L.902 et Add.1 et 2)

18. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre VI de son projet de rapport, en commençant par la partie de celui-ci publiée sous la cote A/CN.4/L.902.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 3 à 7

Les paragraphes 3 à 7 sont adoptés.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés, étant entendu qu'ils seront complétés par le Secrétariat.

La section B est adoptée.

19. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre VI publiée sous la cote A/CN.4/L.902/Add.1.

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

20. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre VI publiée sous la cote A/CN.4/L.902/Add.2.

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*)

2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant qu'il existe »

Paragraphe 1

21. Sir Michael WOOD propose de ne conserver que les deux premières phrases du paragraphe 1. Le reste du paragraphe renvoie à des rapports scientifiques qu'il n'est pas en mesure d'avaliser ; il préférerait que, conformément à la pratique établie, ce paragraphe ne renvoie qu'à des documents de l'Organisation des Nations Unies.

22. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que la protection de l'atmosphère est un sujet scientifique ; s'ils ne renvoient pas à des rapports scientifiques, les commentaires n'auront guère d'intérêt. Les mots « D'après certains chercheurs » ont été inclus dans la note de bas de page associée à l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 pour indiquer que les conclusions reposent sur des rapports scientifiques et n'émanent pas de la Commission elle-même.

23. M. TLADI dit que la constatation énoncée dans l'avant-dernière phrase − à savoir que les activités humaines sont responsables du réchauffement de la planète − exprime un concept scientifique important et fondamental et qu'il ne serait pas judicieux de la supprimer.

24. M. MURPHY dit que les quatrième et cinquième phrases du paragraphe 1 ne font que répéter le contenu de la troisième phrase. De plus, on voit mal le rapport entre les deux premières phrases de la note de bas de page associée à l'avant-dernière phrase du paragraphe et l'idée exprimée dans l'alinéa du préambule à l'examen, à savoir la corrélation entre l'atmosphère et les océans. L'orateur dit qu'il entretient également des réserves quant à la citation, dans la première note de bas de page associée au paragraphe 1, d'un article dont le titre, « The importance of atmospheric deposition for ocean productivity », donne à penser que la déposition atmosphérique est un phénomène positif. Il propose donc de supprimer les quatrième et cinquième phrases du paragraphe 1, de placer les deux premiers appels de note à la fin de la troisième phrase et de supprimer, dans la troisième note, le texte et les citations précédant la phrase commençant par les mots « Voir aussi Ø. Hov ». S'agissant de la dernière phrase du paragraphe 1, il propose de remplacer la note renvoyant aux paragraphes 185 à 196 de la résolution 71/257 de l'Assemblée générale par une note renvoyant au paragraphe 279 du même texte, qui vise expressément les interactions entre l'atmosphère et les océans, et de remanier la dernière phrase comme suit : « Dans sa résolution 71/257 du 23 décembre 2016, l'Assemblée générale a souligné qu'il importait que la communauté scientifique approfondisse sa connaissance de l'interface entre les océans et l'atmosphère. »

25. Le PRÉSIDENT dit que la Commission devrait se donner le temps de vérifier si, au regard de l'alinéa du préambule à l'examen, les quatre notes de bas de page associées au paragraphe 1 sont effectivement pertinentes et si les idées exprimées au paragraphe 1 du commentaire sont généralement admises et incontestées. Bien que la Commission ne soit pas compétente pour évaluer certains concepts scientifiques, ses travaux sur le sujet doivent être étayés par des données scientifiques ; il devrait être possible de trouver un terrain d'entente. Peut-être le Rapporteur spécial peut-il, avec les membres intéressés de la Commission, élaborer un nouveau texte pour le paragraphe à l'examen et les notes de bas de page.

26. Mme LEHTO dit qu'elle considère que les citations de rapports scientifiques sont utiles et ne sont pas indûment techniques et qu'elle approuve le texte proposé par le Rapporteur spécial.

27. M. SABOIA dit qu'il partage l'opinion de M. Tladi et de Mme Lehto. Les commentaires et les notes qui les accompagnent sont pertinents et ne sont pas indûment scientifiques. De plus, ça n'est pas la première fois que la Commission cite des données scientifiques dans les textes qu'elle élabore.

28. M. PARK dit qu'il est préoccupé par les études scientifiques citées dans la note de bas de page associée à l'avant-dernière phrase, en particulier dans la deuxième phrase, aux termes de laquelle « [d]e nombreuses études scientifiques » ne font que « donn[er] à penser » qu'il existe un risque. Il importe d'être conscient qu'une fois adoptés les commentaires seront ceux de la Commission dans son ensemble.

29. M. PETER dit qu'il approuve le paragraphe 1 dans le libellé proposé par le Rapporteur spécial. Le sujet de la protection de l'atmosphère est controversé et doit reposer sur des données scientifiques ; les éléments scientifiques doivent donc être conservés.

30. M. JALLOH, qu'appuie M. CISSÉ, dit qu'il est d'accord avec Mme Lehto. Il serait curieux que les résultats des travaux sur un sujet tel que la protection de l'atmosphère ne contiennent pas de données scientifiques. Les réunions organisées par le Rapporteur spécial avec des scientifiques ont à cet égard été très utiles.

31. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que les études scientifiques citées dans le commentaire le sont également dans son quatrième rapport, pour la rédaction duquel il a consulté des spécialistes. Quant au texte du paragraphe 1 lui-même, il est parfois nécessaire d'expliquer un concept de plusieurs manières. La sixième phrase figure dans ce paragraphe parce que les activités humaines sont définies dans le projet de directive 1 et que la Commission a souligné que ces activités étaient l'une des causes de la pollution atmosphérique transfrontière et de la dégradation atmosphérique au niveau mondial. Le paragraphe 1 devrait être approuvé tel qu'il est libellé, à l'exception de la dernière phrase, à la fin de laquelle la Commission pourrait ajouter un renvoi au paragraphe 279 de la résolution 71/257 de l'Assemblée générale ; la dernière note de bas de page serait modifiée en conséquence.

32. Mme ORAL dit qu'elle préférerait conserver les renvois à des études scientifiques. Elle propose d'ajouter un renvoi à un rapport récent du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat qui indique très clairement que la température des océans est en train de s'élever et que les activités humaines sont en cause.

33. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que le paragraphe 1 place utilement dans son contexte l'alinéa du préambule auquel il se rapporte et indique que les conclusions présentées pour étayer les projets de directive sont celles de scientifiques et non de la Commission elle-même.

34. M. PETRIČ dit que les études sur le sujet sont extrêmement nombreuses et qu'il est donc quelque peu surprenant que seules des sources anglophones soient citées dans les notes de bas de page. Quoi qu'il en soit, peut-être le texte du paragraphe 1 dans son ensemble peut-il être amélioré.

35. Sir Michael WOOD dit qu'il approuve la plupart des modifications proposées par M. Murphy mais ne pense pas, contrairement à celui-ci, qu'il faille conserver la troisième phrase. Il fait sienne la proposition de mentionner le rapport publié récemment par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

36. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que celle-ci peut et doit invoquer des données scientifiques à l'appui de ses travaux sur le sujet. Il dit qu'il pense lui aussi que la pertinence de la troisième note de bas de page s'agissant de la corrélation entre l'atmosphère et les océans n'est pas immédiatement évidente. Cette question et d'autres doivent être réglées avant que la Commission puisse adopter une version finale du paragraphe à l'examen.

37. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il consultera les membres et présentera un texte révisé du paragraphe 1 à l'examen de la Commission.

Le paragraphe 1 est laissé en suspens.

Paragraphe 2

38. M. MURPHY, faisant observer que l'Évaluation mondiale intégrée du milieu marin n'a pas porté uniquement sur la pollution transatmosphérique des océans résultant d'activités terrestres, propose donc de remplacer la première phrase du paragraphe 2 par les deux phrases suivantes : « La première Évaluation mondiale intégrée du milieu marin (ou "première Évaluation mondiale des océans") a été menée à bien en 2015. Cette étude globale et approfondie de l'état du milieu marin comporte un chapitre traitant de la pollution transatmosphérique des océans résultant d'activités terrestres. »

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

39. M. PARK propose de supprimer la troisième phrase de la note de bas de page appelée à la fin du paragraphe, car sa teneur figure déjà dans le paragraphe 3 lui-même.

40. M. MURPHY dit qu'il souscrit à cette proposition et ajoute que, dans la première phrase du paragraphe 3, les mots « les émissions de gaz à effet de serre provenant des navires, dont la rapide augmentation ces dernières années a contribué au réchauffement de la planète » devraient être remplacés par les mots « les émissions de gaz à effet de serre provenant des navires, qui ont contribué au réchauffement de la planète », notamment parce qu'aucune source n'est citée à l'appui de cette affirmation. S'agissant de l'évocation dans la deuxième phrase de l'étude menée en 2000 par l'Organisation maritime internationale (OMI), il serait préférable de citer la version de 2009 de cette étude. Par ailleurs, certains des travaux cités vers la fin de la note de bas de page appelée à la fin du paragraphe ne portent pas directement sur les émissions provenant des navires et devraient être supprimés.

41. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il a cité l'étude de l'OMI publiée en 2000 parce que c'était la première de la série mais qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une étude ultérieure soit citée.

42. Le PRÉSIDENT dit que les travaux visés dans la note de bas de page susmentionnée sont suffisamment pertinents pour que les renvois y relatifs soient maintenus.

43. M. SABOIA propose que la Commission se range à l'opinion éclairée du Rapporteur spécial. Les émissions provenant des navires contribuent depuis longtemps à la pollution du milieu marin. Le libellé de la première phrase du paragraphe 3 ne devrait pas être modifié sans l'accord du Rapporteur spécial.

44. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve la modification proposée par M. Murphy.

45. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite modifier le paragraphe 3 comme l'a proposé M. Murphy et la note de bas de page appelée à la fin du paragraphe comme l'a proposé M. Park.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

46. M. PARK propose de placer le paragraphe 4 entre les paragraphes 1 et 2 du commentaire de l'alinéa suivant du préambule commençant par les mots « *Conscients également*, surtout », qui porte sur l'élévation du niveau de la mer.

47. M. MURPHY appelle l'attention sur une incohérence : le paragraphe lui-même cite l'Assemblée générale alors que la note de bas de page qui lui est associée renvoie à un rapport du Secrétaire général.

48. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter un renvoi aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale dans la note de bas de page.

49. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que le texte du paragraphe pourrait être modifié afin qu'il renvoie au rapport du Secrétaire général. Le paragraphe 4 traite non seulement de l'élévation du niveau de la mer mais aussi de l'acidification des océans, et il ne devrait donc pas être déplacé.

50. Sir Michael WOOD dit que le chapitre du rapport du Secrétaire général auquel renvoie la note de bas de page cite longuement le Programme de développement durable à l'horizon 2030[428]. Si l'on citait directement celui-ci au lieu du rapport du Secrétaire général, l'évocation de la position de l'Assemblée générale dans le corps du paragraphe 4 serait justifiée.

51. Le PRÉSIDENT dit qu'il souscrit à cette proposition et croit comprendre que la Commission souhaite modifier la note de bas de page en ce sens et maintenir le libellé actuel du paragraphe à l'examen.

Il en est ainsi décidé.

[428] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 25 septembre 2015.

Paragraphe 5

52. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots *forms the basis* qui figurent dans le texte anglais par les mots *forms the factual basis*, pour reprendre le terme utilisé au paragraphe 1.

53. M. MURASE (Rapporteur spécial) propose d'employer l'adjectif *physical* au lieu de l'adjectif *factual*.

Le paragraphe 5, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Conscients également, surtout »

Paragraphe 1

54. M. PARK, se référant aux deuxième et troisième phrases du paragraphe 1, dit qu'il semble incongru de donner des chiffres en ce qui concerne l'élévation du niveau de la mer pour déclarer ensuite que ces chiffres demeurent incertains. Il propose de faire figurer la teneur de la deuxième phrase dans une note de bas de page.

55. Le PRÉSIDENT, M^me^ ORAL et M. CISSÉ soulignent qu'il n'est pas contradictoire de donner des estimations en précisant que les chiffres et pourcentages exacts ne sont pas connus.

56. M. RAJPUT propose de modifier le texte pour répondre à la préoccupation de M. Park.

57. M. MURPHY dit que, dans la troisième phrase, les mots « avec exactitude » devraient être supprimés pour éviter une tautologie. S'agissant de la note de bas de page appelée à la fin du paragraphe 1, il s'étonne qu'elle indique que l'élévation du niveau de la mer « crée des problèmes auxquels le droit de la mer doit d'urgence s'attaquer » : l'élévation du niveau de la mer crée encore plus de problèmes pour ceux qui sont touchés. Comme ces questions sont envisagées dans le corps du paragraphe 1, il propose que la note de bas de page en question commence par les mots « Voir A. H. A. Soons ».

58. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il appuie les propositions de M. Murphy.

59. M. RUDA SANTOLARIA partage l'avis de ceux qui ne voient aucune contradiction dans le paragraphe à l'examen, et ajoute qu'il est important de conserver, dans la deuxième phrase du paragraphe 1, le renvoi au cinquième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

60. M. TLADI dit qu'il ne voit aucune contradiction dans le paragraphe 1 et qu'il approuve la suppression des mots « avec exactitude » ; cette suppression mise à part, ce paragraphe ne devrait pas être modifié.

61. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il convient que les mots « avec exactitude » doivent être supprimés.

62. Après une poursuite du débat sur la terminologie auquel participent M^me^ ORAL et M. OUAZZANI CHAHDI, le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la

Commission souhaite supprimer les mots « avec exactitude » sans modifier autrement le paragraphe 1.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

63. M. PARK demande si les expressions « les règles de droit relatives à la protection de l'atmosphère », « les règles relatives à la protection de l'atmosphère » et « le droit de l'atmosphère » ont la même signification, et propose de remplacer l'expression « les règles du droit de la mer » par « le droit de la mer ».

64. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que toutes ces diverses expressions ont la même signification. La terminologie pourra être uniformisée si elle est source de confusion.

65. M. OUAZZANI CHAHDI dit que l'expression « les règles du droit de la mer » est claire mais que le mot « règles » devrait peut-être être remplacé par le mot « dispositions ».

66. Le PRÉSIDENT fait observer qu'ailleurs la Commission a utilisé l'expression « les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère », qui est peut-être plus acceptable pour les membres.

67. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il souscrit à cette suggestion, qui alignerait le texte sur le libellé du paragraphe 1 du projet de directive 9.

68. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite modifier le paragraphe 2 en ce sens.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Conscients également, surtout » est adopté.

Commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant qu'il convient »

Paragraphe 1

69. Sir Michael WOOD propose de supprimer ou de modifier l'expression « dans le contexte de la protection des droits de l'homme », qui semble indûment restrictive.

70. Le PRÉSIDENT propose d'utiliser l'expression « en particulier en vue de protéger les droits de l'homme ».

71. M. MURPHY propose de remplacer cette expression par l'expression « dans le contexte de la protection de l'atmosphère ». Pour aligner le libellé de la troisième phrase du paragraphe sur le texte de l'Accord de Paris de 2015, il conviendrait de le modifier comme suit : « Le préambule de l'Accord de Paris de 2015 sur les changements climatiques dispose que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que, lorsqu'elles prennent des mesures face à ces changements, les parties devraient respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, ainsi que l'équité entre les générations. »

72. Le PRÉSIDENT propose de modifier la dernière phrase du paragraphe à l'examen, qui cite l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice, pour ne pas donner à penser que le souci d'équité entre les générations exprimé par la Cour se limite à l'emploi des armes nucléaires. Il propose donc de remanier comme suit la phrase en question : « Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a dit, concernant l'arme nucléaire, qu'il était impératif de tenir compte "en particulier […] de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir". »

73. M. MURASE (Rapporteur spécial) approuve les modifications que le Président propose d'apporter aux première et dernière phrases du paragraphe.

74. M. PARK se demande dans quelle mesure l'avis consultatif de la Cour est pertinent s'agissant du sujet de la protection de l'atmosphère, qui concerne les activités menées en temps de paix et non l'emploi de la force.

75. Le PRÉSIDENT fait observer qu'il est dans l'intérêt de la communauté internationale de survivre, en temps de paix comme en temps de guerre.

76. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots « dans le contexte de la protection des droits de l'homme » figurant dans la première phrase par les mots « aux fins notamment de la protection des droits de l'homme », pour souligner que la question est beaucoup plus large. Pour ce qui est de la dernière phrase, il propose de répondre à la préoccupation du Président en supprimant simplement les mots « des caractéristiques uniques ».

77. Le PRÉSIDENT, qu'appuie M. MURASE (Rapporteur spécial), dit qu'il approuve cette proposition et croit comprendre que la Commission accepte les modifications des première et dernière phrases du paragraphe 1 proposées par Sir Michael Wood et celle de la troisième phrase proposée par M. Murphy.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 et nouveau paragraphe 3

78. Le PRÉSIDENT, notant que le paragraphe 2 comprend deux paragraphes en retrait, propose que le second constitue un nouveau paragraphe, le paragraphe 3, les paragraphes suivants étant renumérotés en conséquence.

Il en est ainsi décidé.

79. M. TLADI dit qu'il s'interroge sur le début de la première phrase du paragraphe 2, ainsi libellé : « Étant donné que la jurisprudence des tribunaux internationaux ne reconnaît pas encore l'existence, en droit coutumier, des droits des générations futures ». Il propose de supprimer ce membre de phrase.

80. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit à la proposition de M. Tladi ; si l'on conserve ce membre de phrase, dans le texte anglais le mot *conferring*, à l'évidence une coquille, doit se lire *concerning*.

81. Mme ORAL, appelant l'attention sur la note de bas de page appelée après les mots « dans ce domaine », qui évoque des décisions récentes de tribunaux internes sur les droits de l'homme des mineurs, dit que la première citation serait plus à sa place dans la note de bas de page suivante, qui contient plusieurs renvois à des ouvrages de doctrine sur la théorie de la fiducie publique.

82. M. PARK dit qu'il pense comme M. Tladi que la clause liminaire est incorrecte. S'agissant de la déclaration faite à ce sujet par le Président du Comité de rédaction en 2016[429], il indique que c'est pour appeler l'attention sur le caractère intégré de l'atmosphère que la Commission a utilisé le terme « intérêts » et non le terme « avantages ». Il propose d'utiliser le même terme après la suppression proposée par M. Tladi.

83. M. CISSÉ dit qu'il appuie la modification du paragraphe 2 proposée par M. Tladi. S'agissant de l'observation de M. Park, la question de savoir s'il convient d'utiliser le mot « intérêts » ou le mot « avantages » est plus linguistique que juridique.

84. M. MURPHY dit que la modification proposée par M. Tladi est pleinement justifiée pour les raisons exposées par M. Park ; les termes proposés par ce dernier devraient effectivement figurer dans le texte.

85. M. OUAZZANI CHAHDI dit, en ce qui concerne les décisions des tribunaux internationaux, que les mots « ne reconnaît pas » figurant dans le texte français de la première phrase devraient être remplacés par les mots « ne semble pas reconnaître ».

86. M. TLADI dit que la première phrase devrait être supprimée dans son intégralité ; à défaut, il conviendrait qu'elle indique que, bien que les tribunaux internationaux n'aient pas encore rendu de décision sur l'existence, en droit coutumier, de droits des générations futures, de nombreuses décisions de tribunaux internes ont reconnu ces droits.

87. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que l'idée qui sous-tend la phrase en question est que, si des juridictions internationales avaient jugé que les droits des générations futures faisaient partie du droit international coutumier, il aurait été possible de parler d'« avantages » et non d'« intérêts », mais que tel n'est pas le cas. Il propose de transférer le membre de phrase cité par M. Tladi, « Étant donné que la jurisprudence des tribunaux internationaux ne reconnaît pas encore l'existence, en droit coutumier, des droits des générations futures », dans la première note de bas de page de ce paragraphe, qui renvoie à l'article de C. Redgwell sur l'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle.

88. Le PRÉSIDENT propose de laisser en suspens le paragraphe 2 et la note de bas de page susmentionnée en attendant que le Rapporteur spécial consulte les membres intéressés pour remanier ce paragraphe.

Il en est ainsi décidé.

89. M. PARK dit, au sujet de la première phrase du nouveau paragraphe 3, que la notion de « défenseur » ou représentant des générations futures est vague et abstraite. Il se demande si ce nouveau paragraphe est bien nécessaire.

90. M. MURPHY dit qu'il souscrit à l'opinion de M. Park. La première phrase du nouveau paragraphe 3 indique que certains auteurs ont laissé entendre que les générations futures pourraient avoir qualité pour invoquer des droits de l'homme, la deuxième concerne la tutelle des mineurs et la troisième vise la capacité des gouvernements d'agir en tant que gestionnaires des ressources environnementales. Ces trois phrases portent sur des sujets complétement différents, et la deuxième est dénuée de pertinence. Il serait préférable que la Commission supprime l'intégralité du paragraphe mais, si elle le conserve, elle devrait en faire une note de bas de page renvoyant aux théories et questions dont la doctrine a débattu.

91. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il pense comme M. Murphy que le nouveau paragraphe 3 devrait devenir une note de bas de page ; il est exact que les droits des générations futures ne sont pas encore reconnus en droit international coutumier.

92. Sir Michael WOOD dit qu'il appuie cette proposition et fait observer que les décisions relatives à la « fiducie publique de l'atmosphère en faveur des enfants » mentionnées dans la note de bas de page appelée après les mots « dans ce domaine » relèvent de la jurisprudence des tribunaux internes, et non du droit international, et que même de ce point de vue leur autorité semble contestable.

93. M. RAJPUT dit que le paragraphe à l'examen ne concerne pas le droit international mais vise certaines tendances du droit interne. La première phrase est peut-être problématique, mais la deuxième exprime une idée en général utile, et pas seulement dans le contexte du droit de l'environnement, à savoir que des demandes peuvent être formulées au nom de mineurs. La troisième phrase, qui concerne la « doctrine de la fiducie publique », est elle aussi importante. La Commission devrait donc conserver les deuxième et troisième phrases, supprimer la première et en ajouter une, constituée par la teneur de la note de bas de page appelée après les mots « des intéressées », pour indiquer que le principe de l'équité entre les générations a été reconnu par la doctrine.

94. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il n'a pas d'objection à l'encontre de la première phrase. La première partie de celle-ci énonce simplement un fait : nul n'a actuellement qualité pour agir au nom des générations futures pour revendiquer des droits. La deuxième partie de la phrase vise ce que certains auteurs ont « laissé entendre » et ne fait donc que décrire un débat doctrinal en cours.

95. Mme ORAL appuie les observations de M. Rajput. La première phrase relève l'existence d'une tendance marquée qui va probablement se maintenir.

96. Le PRÉSIDENT dit que le débat a permis de mettre en lumière les questions qui se posent. Il propose que le Rapporteur spécial et les autres membres intéressés

[429] Voir *Annuaire… 2016*, vol. I, 3314e séance, par. 59 et suiv.

élaborent une nouvelle note de bas de page et remanient le paragraphe 3.

Il en est ainsi décidé.

Commentaire du projet de directive 9 (Relation entre règles)

Paragraphe 1

97. M. MURPHY propose de modifier comme suit la dernière phrase du paragraphe : « Le libellé du projet de directive 9 est inspiré des conclusions formulées par le Groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la question de la fragmentation du droit international et les difficultés découlant de la diversification et du développement de celui-ci. »

98. À l'issue d'un débat auquel participent M. TLADI, M. MURPHY, Mme LEHTO et M. MURASE (Rapporteur spécial), le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la modification proposée par M. Murphy.

Il en est ainsi décidé.

99. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots « toute divergence » qui figurent dans la cinquième phrase par les mots « tout conflit ou divergence ».

100. M. NGUYEN dit que par souci de cohérence il conviendrait de remplacer l'expression « les règles de droit international relatives à l'atmosphère » par l'expression « les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère », comme cela a été fait ailleurs.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

101. Sir Michael WOOD dit que ce à quoi renvoie la troisième phrase du texte anglais, *That is indicated by the term "identified"*, devrait être précisé, et que la dernière phrase devrait être soit clarifiée soit supprimée.

102. M. MURPHY dit que ces deux phrases l'ont également laissé perplexe. Dans la première phrase, les mots « la Commission » devraient être remplacés par « le Groupe d'étude » et l'abréviation « etc. » être supprimée dans l'avant-dernière phrase du texte anglais.

103. Le PRÉSIDENT dit qu'il conviendrait, au début de la troisième phrase, de remplacer les mots « Pour résoudre un conflit entre deux normes » par les mots « Pour coordonner deux normes », car il s'agit tant des normes qui peuvent être harmonisées que de celles dont il a été établi qu'elles étaient en conflit.

Les modifications proposées sont adoptées.

104. M. MURASE (Rapporteur spécial), répondant aux questions posées par Sir Michael Wood, dit que le paragraphe 3 porte sur l'identification des règles pertinentes et non sur leur interprétation et leur application. Dans la troisième phrase du texte anglais, le mot *That* renvoie à l'emploi du mot *identified* dans la première phrase du paragraphe 1 du projet de directive 9, et à l'explication donnée dans la première phrase du paragraphe 3. La dernière phrase a été insérée pour indiquer que la détermination du droit international coutumier était un préalable à son application.

105. Sir Michael WOOD, après avoir remercié le Rapporteur spécial de ces explications, dit qu'il conviendrait en conséquence de remanier comme suit la dernière phrase du paragraphe : « De surcroît, la détermination du droit international coutumier lui-même est considérée comme un préalable à l'application des règles d'interprétation de ce droit. » La deuxième phrase devrait être remaniée comme suit : « Le terme "déterminées" vise particulièrement les règles découlant des obligations conventionnelles et d'autres sources de droit international » ; la troisième phrase du texte anglais serait supprimée.

106. Le PRÉSIDENT, répondant à une observation de M. MURPHY, dit que le mot « particulièrement » figurant dans la phrase modifiée proposée par Sir Michael Wood vise à indiquer que les règles découlant d'obligations conventionnelles doivent être déterminées et également interprétées et appliquées. Il dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter les modifications proposées par Sir Michael Wood.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

107. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots *traditional methods* qui figurent dans la quatrième phrase du texte anglais par le mot *rules*. Dans la cinquième phrase du texte anglais, le mot *explicit* semble superflu et pourrait peut-être être supprimé.

108. M. OUAZZANI CHAHDI propose de supprimer les mots « (ci-après la "Convention de Vienne de 1969") » qui figurent entre parenthèses dans la première phrase.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

109. M. TLADI propose d'ajouter une phrase ainsi libellée à la fin du paragraphe : « De surcroît, aucune des dispositions du projet de directive 9 ne saurait être interprétée comme subordonnant les règles de droit international relevant des matières citées aux règles relatives à la protection de l'atmosphère et vice versa. »

110. M. RUDA SANTOLARIA propose, pour la cohérence, de remplacer l'expression « droit relatif à la protection de l'atmosphère » qui figure dans la dernière phrase par l'expression « règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère ».

111. Le PRÉSIDENT propose, pour la lisibilité, d'inverser l'ordre des deuxième et troisième phrases du texte anglais.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

112. Sir Michael WOOD dit que dans la première phrase les mots « et les investissements » sont peut-être superflus, puisque les investissements font l'objet du paragraphe suivant. Il n'est par ailleurs pas convaincu que la cinquième phrase soit nécessaire, car elle est immédiatement précédée par une citation faisant autorité de la Déclaration ministérielle de Doha et suivie par des renvois à des affaires examinées par le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

113. M. MURPHY dit qu'il souscrit à la proposition de supprimer les mots « et les investissements » dans la première phrase. Il propose en outre de supprimer les mots « en général et l'environnement atmosphérique en particulier » à la fin de la même phrase, car les citations qui suivent ne concernent pas l'atmosphère proprement dite. Étant donné que la première note de bas de page de la quatrième phrase cite des opinions doctrinales, il propose d'ajouter les mots « pour la doctrine » avant les mots « une norme juridique *interne* à l'OMC » dans cette même phrase.

114. Le PRÉSIDENT dit que normalement, si une affirmation est étayée par une note de bas de page, c'est qu'elle repose sur cette note ; en l'occurrence, la note cite des opinions doctrinales et il n'est pas nécessaire d'indiquer la nature de la source dans le texte du commentaire.

115. M. PARK dit que la cinquième phrase et la question controversée du renforcement mutuel lui posent problème. Si l'intention du Rapporteur spécial n'est pas seulement de limiter le renforcement mutuel au droit commercial international, il propose de supprimer cette phrase. Toutefois, si on la conserve, elle devrait être modifiée comme suit : « Le renforcement mutuel en droit commercial international est également considéré par certains auteurs comme un aspect du principe de l'harmonisation […]. »

116. M. JALLOH dit qu'il entretient des réserves au sujet du traitement du « renforcement mutuel » et de la teneur de certaines notes de bas de page, qui risquent de créer une confusion. Le fait que la première phrase, qui indique que la notion de renforcement mutuel est consacrée dans des accords et dans la jurisprudence, soit immédiatement suivie d'une citation de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce semble donner à penser que c'est cet accord qui consacre la notion, ce qui n'est évidemment pas le cas. Il propose donc de supprimer la deuxième phrase.

117. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial a cité l'Accord de Marrakech parce que celui-ci, bien qu'il ne mentionne pas expressément le renforcement mutuel, a été le point de départ de l'élaboration du principe au sein de l'OMC.

118. M. RAJPUT dit qu'il n'est pas d'accord avec M. Jalloh et qu'il appuie le libellé actuel du paragraphe 7. Les mots « et les investissements » devraient demeurer dans la première phrase, car l'un des accords multilatéraux annexés à l'Accord de Marrakech concerne les mesures commerciales liées aux investissements.

119. M. MURPHY dit qu'il partage l'opinion de M. Jalloh. Le paragraphe commence par affirmer que les accords et la jurisprudence contiennent maintes références à la notion de renforcement mutuel en droit commercial international, or l'instrument cité immédiatement après ne la mentionne pas. L'orateur dit qu'il pourrait peut-être être répondu à cette préoccupation et à la sienne propre concernant la doctrine en modifiant comme suit la première phrase : « La notion de renforcement mutuel entre le commerce et l'environnement est apparue en droit commercial international. »

120. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il peut accepter que l'on supprime les mots « et les investissements » dans la première phrase. Quant à la citation de l'Accord de Marrakech, la notion de développement durable a toujours été associée à celle de renforcement mutuel dans les textes de l'OMC, et il n'est donc pas favorable à la suppression de la deuxième phrase. Il n'est pas non plus favorable à l'insertion des mots « pour la doctrine » dans la quatrième phrase mais peut accepter la modification de la cinquième phrase proposée par M. Park.

121. M. GROSSMAN GUILOFF dit que, s'il importe de mentionner le droit de l'investissement, il faut néanmoins expliquer expressément pourquoi on le fait, peut-être en citant certains accords commerciaux. Il propose de modifier la première phrase afin qu'elle soit plus générale : « En droit international, une évolution s'est fait jour en ce qui concerne la notion de renforcement mutuel […]. » Il estime que l'on doit conserver la référence à l'Accord de Marrakech mais pense qu'il faut indiquer clairement que l'objectif du renforcement mutuel est le développement durable.

122. M. SABOIA dit qu'il pense comme M. Rajput et le Rapporteur spécial qu'il faut conserver la citation de l'Accord de Marrakech.

123. Le PRÉSIDENT propose de laisser le paragraphe 7 en suspens pour permettre au Rapporteur spécial et aux membres intéressés d'élaborer un nouveau texte.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 8

124. M. MURPHY propose de remplacer les mots *largely echo the WTO standard* par les mots *also contain standards* dans le texte anglais de la deuxième phrase du paragraphe.

125. M. RAJPUT dit qu'il serait préférable de remplacer les mots *Such investment tribunals* figurant dans la dernière phrase du texte anglais par les mots *Some investment tribunals*. Les deux dernières notes de bas de page du paragraphe 8 devraient être étoffées et donner des exemples précis de traités bilatéraux d'investissement.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 9

126. Mme ORAL dit que telle qu'elle est actuellement libellée, la quatrième phrase semble donner à penser que la définition de la pollution du milieu marin figurant au paragraphe 1 4) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer vise expressément toutes les sources aéroportées de pollution du milieu marin, y compris la pollution atmosphérique d'origine tellurique et causée par les navires, ce qui n'est pas le cas. Elle propose donc de remanier cette partie de la phrase comme suit : « définit l'expression "pollution du milieu marin" comme recouvrant implicitement […] ».

127. M. PARK dit qu'il a des doutes au sujet de l'expression « [f]aire respecter les règles » qui figure dans la dernière phrase du paragraphe 9, car le paragraphe 1 du projet de directive 9 ne vise que la détermination, l'interprétation et l'application des règles.

128. M. NGUYEN dit qu'il partage la préoccupation de M. Park et propose de remplacer les mots « faire respecter les » par les mots « l'application des ». Il propose en outre d'ajouter les mots « et du droit maritime » après les mots « règles applicables du droit de la mer » dans la dernière phrase. Une note de bas de page renvoyant à la même source que la note de bas de page associée au paragraphe 4 du commentaire de l'alinéa du préambule « Constatant qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans » devrait être ajoutée.

129. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit à l'observation de Mme Oral et propose d'utiliser l'expression « de telle manière qu'elle recouvre » dans cette partie de la quatrième phrase. Il est également d'accord avec M. Nguyen en ce qui concerne la dernière phrase mais propose d'utiliser l'expression « la bonne application des règles ». Il ne pense pas qu'il faille mentionner expressément le droit maritime.

Le paragraphe 9, ainsi modifié par Sir Michael Wood, est adopté.

La séance est levée à 18 h 5.

3387e SÉANCE

Jeudi 3 août 2017, à 10 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*)

Chapitre VI. *Protection de l'atmosphère* (suite) [A/CN.4/L.902 et Add.1 et 2]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre VI du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.902/Add.2. Il rappelle que le Rapporteur spécial a tenu des consultations avec un petit groupe de membres de la Commission sur plusieurs paragraphes dont l'adoption avait été suspendue parce qu'ils devaient être remaniés. Il invite le Rapporteur spécial à présenter les nouveaux textes qu'il propose, qui sont reproduits dans le document officieux qui a été distribué aux membres.

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*)

2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*)

Commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant qu'il existe » (*fin*)

Paragraphe 1 (*fin*)

2. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que pour donner effet aux modifications proposées par certains membres il a réuni les deux premières phrases, supprimé les mots « De manière générale » dans la troisième phrase et remplacé les mots « due aux activités terrestres menées par l'homme » par les mots « due aux activités terrestres, y compris celles menées par l'homme », supprimé les quatrième et cinquième phrases, ajouté le membre de phrase « et souligné qu'il importait qu'elle renforce sa connaissance scientifique de l'interface entre les océans et l'atmosphère » à la fin de la dernière phrase, réuni les deux premières notes de bas de page et fait figurer dans la troisième note de bas de page, devenue la deuxième note de bas de page, une référence au Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 (*fin*)

3. M. MURASE (Rapporteur spécial) propose d'insérer un renvoi au paragraphe 14 de la résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 25 septembre 2015, dans la note de bas de page associée au paragraphe 4.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant qu'il existe », tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant qu'il convient » (*fin*)

Paragraphe 2 (*fin*)

4. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'en accord avec les membres qu'il a consultés il a remanié le paragraphe 2 comme suit :

« La Commission a préféré parler d'"intérêts" plutôt que d'"avantages" dans cet alinéa du préambule. Elle avait retenu une formulation semblable aux fins du projet de directive 6 provisoirement adopté à sa soixante-huitième session, qui faisait référence aux intérêts des générations futures dans le contexte de l'"utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère". Aucune juridiction internationale n'a encore jugé qu'il existait, en droit international coutumier, des "droits" qui permettraient à une génération actuelle de revendiquer des droits au nom d'une génération future[note]. La qualité pour agir a été reconnue dans le cadre de certaines instances sur la base de la "doctrine de la fiducie publique", dans le cadre de laquelle les gouvernements sont responsables en qualité de fiduciaires de la gestion des ressources environnementales communes[note]. »

5. Le Rapporteur spécial indique que pour tenir compte d'une proposition de M. Tladi, il a également inséré dans une note de bas de page appelée à la fin de la troisième phrase des renvois à plusieurs des principales affaires dont ont connu des tribunaux internes dans lesquelles les intérêts des générations futures étaient en cause. Le contenu de plusieurs notes de bas de page associées au texte initial du paragraphe a également été réorganisé de manière à créer deux nouvelles notes de bas de page.

6. M. PARK propose d'associer au paragraphe 2 une nouvelle note de bas de page qui serait appelée à la fin de la deuxième phrase du paragraphe remanié et renverrait aux pages 11 et 12 de la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction, M. Šturma, lors de la 3314e séance de la Commission, tenue le 4 juillet 2016.

Il en est ainsi décidé.

7. M. PARK dit que la note de bas de page appelée à la fin de la troisième phrase du nouveau texte proposé répète ce qui est dit dans cette phrase.

8. M. TLADI dit qu'indiquer dans le corps du paragraphe qu'aucune juridiction internationale n'a encore jugé qu'il existait, en droit international coutumier, de « droits » des générations futures tout en indiquant de manière moins visible, dans la note de bas de page appelée à la fin de la troisième phrase, que des tribunaux internes ont rendu de nombreuses décisions reconnaissant ces droits risque d'affaiblir l'important principe énoncé dans l'alinéa du préambule à l'examen. Les deux propositions devraient être réunies, soit dans la note de bas de page, soit dans le paragraphe.

9. À l'issue d'un débat auquel participent le PRÉSIDENT, Sir Michael WOOD, M. TLADI, M. MURPHY, Mme ORAL et M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, M. MURPHY fait une série de propositions pour concilier les divers points de vue. Il propose, premièrement, de supprimer les troisième et quatrième phrases du paragraphe tel qu'il a été remanié. Il propose de plus de réunir la teneur des deux notes de bas de page du texte remanié par le Rapporteur spécial dans une longue note de bas de page qui commencerait par le nouveau renvoi que vient de proposer M. Park et se poursuivrait comme suit : « Bien que la jurisprudence des tribunaux internationaux ne reconnaisse pas encore l'existence, en droit coutumier, de droits des générations futures, de nombreuses décisions rendues par des juridictions nationales pouvant être considérées comme constituant une pratique au sens du droit international coutumier posent le principe de l'équité entre les générations. » Viendraient ensuite les renvois à la doctrine et aux décisions des tribunaux internes, suivis de la quatrième phrase qui a été supprimée au paragraphe 2. L'appel de note correspondant serait placé à la fin de la deuxième phrase du paragraphe.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'alinéa du préambule commençant par les mots « Constatant *qu'il convient », tel que modifié, est adopté.*

Commentaire du projet de directive 9 (Relation entre règles) [*suite*]

Paragraphe 7 (*fin*)

10. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'en réponse à plusieurs propositions, il a remanié la première phrase, qui avait suscité de vives controverses. Cette phrase est désormais libellée comme suit : « L'émergence de la notion de "renforcement mutuel" a permis de concilier le droit international du commerce et le droit international de l'environnement, qui recouvre la protection de l'atmosphère. »

11. M. MURPHY propose d'ajouter le mot *reconcile* après le mot *help* dans le texte anglais de cette phrase.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8 (*fin*)

12. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'en réponse à une proposition de M. Rajput, il a remplacé le texte de la deuxième note de bas de page par des renvois à des traités bilatéraux d'investissement.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

13. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à adopter les derniers paragraphes du commentaire du projet de directive 9.

Paragraphe 10

14. M. MURPHY propose de remplacer les mots « que les parties sont tenues » qui figurent dans la cinquième phrase par les mots « dispose que les parties sont déterminées à » et d'ajouter les mots « d'une certaine magnitude » à la fin de la même phrase. Il propose également d'ajouter les mots « conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquels elles sont parties » à la fin de la sixième phrase.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

15. M. AURESCU dit que les notes de bas de page qui étayent la première phrase ne devraient pas renvoyer exclusivement à des articles de traités relatifs aux droits de l'homme mais également à la jurisprudence des juridictions internationales. De plus, le droit à

un environnement sain, qui a été établi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, devrait figurer parmi les droits énumérés dans cette phrase − peut-être en lieu et place du droit au respect de la vie privée et familiale. On pourrait donner l'exemple de l'affaire *López Ostra c. Espagne* (1994), qui est la première affaire relative au droit à un environnement sain dont a connu la Cour.

16. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit aux propositions de M. Aurescu et qu'il pourrait citer des affaires mentionnées dans son quatrième rapport (A/CN.4/705).

17. Le PRÉSIDENT dit que citer l'affaire évoquée par M. Aurescu risque de poser problème parce que le droit à un environnement sain a été établi par la Cour sur la base du droit au respect de la vie privée et d'autres droits et n'est pas, comme les droits énumérés dans la première phrase, consacré dans un texte. Comme la Commission est en train d'adopter son rapport, il est peut-être préférable de ne pas trop alourdir le texte.

18. M. MURPHY dit que, si la Commission décide de donner des exemples de la jurisprudence des juridictions internationales dans les notes de bas de page associées à la phrase en question, il souhaiterait avoir la possibilité de prendre connaissance des affaires citées. Une autre solution consisterait à remplacer le début de la première phrase, « Il ressort de la jurisprudence des juridictions internationales et des organes conventionnels que les droits "généraux" les plus souvent invoqués dans les affaires relatives à l'environnement sont », par les mots « Sont pertinents à cet égard les droits de l'homme que sont », suivis par les trois droits actuellement cités dans la phrase en question. Il propose également d'ajouter les mots « qui porte atteinte au droit protégé » après le mot « atmosphérique » à la fin de la dernière phrase afin de souligner le lien de causalité mentionné dans cette phrase.

19. M. OUAZZANI CHAHDI dit qu'il conviendrait de remplacer l'expression « droits "généraux" » par l'expression « droits fondamentaux » dans la première phrase.

20. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que les termes *general rights* (« droits généraux ») et *substantive rights* (« droits substantiels ») sont des termes techniques utilisés dans la doctrine, et que remplacer l'expression « droits "généraux" » par l'expression « droits fondamentaux » risque de ne pas rendre compte de cet usage.

21. Le PRÉSIDENT propose d'insérer les mots « de l'homme », l'expression se lisant alors « droits de l'homme "généraux" ».

22. M. ŠTURMA dit que la première phrase vise à indiquer que, parce qu'aucun droit spécifique à un environnement sain n'a été établi, les actions en rapport avec l'environnement portées devant les juridictions internationales et les organes conventionnels tendent à invoquer des droits de l'homme classiques. Or aucune des affaires en question, y compris celle citée par M. Aurescu, n'a de rapport avec la protection de l'atmosphère ; elles concernent d'autres formes de dommage à l'environnement.

23. M. CISSÉ dit que les expressions « droits généraux » et « droit particulier » sont également des termes techniques et qu'ils doivent être conservés. Peut-être une note de bas de page pourrait-elle indiquer que la première expression vise les droits fondamentaux.

24. M. SABOIA propose de supprimer l'adjectif « généraux » qui suit le mot « droits », car il est inutile.

25. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il faut conserver cet adjectif, qui s'oppose à l'adjectif « particulier » employé dans la phrase suivante.

26. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que, puisque certains membres semblent opposés à l'emploi des expressions « droits "généraux" » et « droit "particulier" » dans les première et deuxième phrases, respectivement, peut-être est-il souhaitable de procéder aux modifications proposées par M. Murphy en ce qui concerne les première et dernière phrases. L'adjectif « particulier » figurant dans la deuxième phrase pourrait en outre être supprimé.

27. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit aux propositions du Rapporteur spécial et de M. Saboia. Il considère toutefois qu'il serait sage de conserver le mot « particulier » dans la deuxième phrase, mais en supprimant les guillemets, afin d'opposer les droits liés à l'environnement à ceux énumérés dans la première phrase.

28. M. OUAZZANI CHAHDI propose de remplacer les mots « les droits "généraux" les plus souvent invoqués » par les mots « les droits de l'homme les plus souvent invoqués », car les droits en cause sont des droits de l'homme.

29. Le PRÉSIDENT dit que l'adoption de la proposition de M. Ouazzani Chahdi obligerait à indiquer des sources et alourdirait la charge de travail du Rapporteur spécial.

30. M. JALLOH dit qu'étant donné l'explication que M. Ouazzani Chahdi a donnée de l'emploi des termes « généraux » et « particulier », le libellé initial des deux premières phrases du paragraphe devrait être maintenu.

31. Le PRÉSIDENT fait observer que le Rapporteur spécial a fait sienne la proposition de M. Murphy.

Le paragraphe 11, ainsi modifié par M. Murphy et Sir Michael Wood, est adopté.

Paragraphes 12 et 13

32. M. RUDA SANTOLARIA dit que par souci de cohérence l'expression « le droit relatif à l'atmosphère » qui figure dans la première phrase devrait être remplacée par l'expression « les règles de droit international relatives à l'atmosphère ».

33. M. PARK dit qu'il souscrit à la modification proposée par M. Ruda Santolaria, d'autant plus que lui-même et d'autres membres se sont interrogés durant le débat en plénière sur l'existence d'un droit de l'atmosphère. Les mots « le droit relatif à l'atmosphère » qui figurent dans la deuxième phrase doivent donc également être remplacés. S'agissant de cette phrase, il serait plus exact de dire que le champ d'application des traités relatifs aux droits de

l'homme se limite a priori aux personnes relevant de la juridiction d'un État. Dans la troisième phrase, le membre de phrase « suppose une application "extrajuridictionnelle" » est étrange et devrait peut-être être remplacé par les mots « risque de donner naissance à un différend international ». Enfin, l'orateur demande des éclaircissements sur la fin de cette phrase, « qui en principe dépasse la portée des traités relatifs aux droits de l'homme ».

34. M. NGUYEN dit qu'il pense comme M. Ruda Santolaria et M. Park que l'expression « le droit relatif à l'atmosphère » doit être remplacée, car le paragraphe 1 du projet de directive 9 vise « [l]es règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère ». Il propose donc, pour la cohérence, d'utiliser cette expression dans les première et deuxième phrases en lieu et place de l'expression « le droit relatif à l'atmosphère ».

35. M. GROSSMAN GUILOFF dit que la deuxième phrase semble comparer deux choses différentes. En droit des droits de l'homme, les victimes sont normalement les ressortissants des États d'origine, alors que l'expression « personnes relevant de la juridiction d'un État » renvoie à une notion différente. Peut-être le Rapporteur spécial veut-il indiquer que le droit des droits de l'homme produit normalement ses effets à l'intérieur du territoire national. L'orateur propose d'indiquer, dans la dernière partie de la deuxième phrase, que différentes notions ont vu le jour en droit des droits de l'homme, notamment celles de compétence *erga omnes*, de crimes contre l'humanité et de juridiction internationale, qui ont élargi le champ d'application de ce droit et établi un lien potentiel important entre celui-ci et le droit de l'environnement.

36. Le PRÉSIDENT dit que les paragraphes 12 et 13 portent, en ce qui concerne la relation entre le droit des droits de l'homme et d'autres branches du droit, sur des questions générales très importantes qui n'ont pas été examinées de manière approfondie au Comité de rédaction mais qui méritent de l'être. Il propose donc de suspendre l'examen de ces deux paragraphes pour permettre à un petit groupe de membres de tenir des consultations.

Il en est ainsi décidé.

37. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il est regrettable que de nouvelles consultations soient nécessaires. L'application extrajuridictionnelle du droit des droits de l'homme dans le contexte de la protection de l'environnement est examinée en détail dans le quatrième rapport et il est donc quelque peu surprenant que cette question soit soulevée alors que la session touche à sa fin. L'expression « application extrajuridictionnelle » est employée pour éviter toute confusion avec l'application extraterritoriale du droit interne.

Paragraphes 14 et 15

Les paragraphes 14 et 15 sont adoptés.

Paragraphe 16

38. M. MURPHY, qu'appuie Sir Michael WOOD, dit qu'il est préoccupé par les chiffres cités dans la deuxième phrase parce qu'il est probable qu'ils concernent les décès dus à la pollution à l'intérieur des locaux et à la pollution en plein air. Or il est notoire que c'est la première qui est la cause de la majorité de ces décès. La phrase en question risque de donner à penser que 6,5 millions de personnes meurent chaque année en raison de la pollution transfrontière et des changements climatiques. Le plus simple serait de supprimer cette phrase, la phrase suivante commençant alors par les mots « L'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a estimé que ».

39. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve cette modification.

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17

40. Sir Michael WOOD demande ce que signifie le mot *repatriation* (réinstallation) qui figure dans l'avant-dernière phrase du texte anglais.

41. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, propose de remanier comme suit la dernière phrase du paragraphe : « Dans le droit fil du préambule de l'Accord de Paris, on considérera comme particulièrement vulnérables non seulement les groupes expressément mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9, mais aussi les populations locales, les migrants, les femmes, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées, lesquelles sont souvent gravement touchées par la pollution et la dégradation atmosphériques. »

42. M. MURASE (Rapporteur spécial) explique que le terme anglais *repatriation*, qui n'est pas un terme juridique, est repris de documents de la Banque mondiale et de l'Organisation mondiale de la Santé. Il vise entre autres des situations comme l'émigration annuelle en Nouvelle-Zélande d'un nombre considérable d'habitants de Tuvalu ou le déplacement des habitants de villages d'autres îles de l'océan Pacifique situés sur le littoral qui vont se réinstaller sur les hauteurs. Le Rapporteur spécial dit que, par ailleurs, il approuve la modification proposée par le Président.

43. Sir Michael WOOD dit qu'en anglais le mot *repatriation* désigne normalement le fait de retourner dans le pays dont on a la nationalité. Le mot *relocation* correspondrait mieux, en anglais, aux situations visées par le Rapporteur spécial.

44. M. RUDA SANTOLARIA dit que c'est l'équivalent dans les autres langues du mot espagnol *desplazamiento* (*displacement*, « déplacement ») qu'il conviendrait d'utiliser pour décrire les déplacements forcés de personnes à l'intérieur de leur propre pays. Il y a migration lorsqu'une personne va s'installer dans un pays étranger.

45. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'il préfère le terme *displacement* au terme *relocation* dans le texte anglais.

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

46. M. PARK, parlant dans l'exercice du droit de réponse, dit que le Rapporteur spécial a déclaré que la question de l'application extrajuridictionnelle du

droit des droits de l'homme était mentionnée dans son quatrième rapport et avait déjà été examinée en détail. Les paragraphes 12 et 13 du document à l'examen sont tirés des paragraphes 89 à 91 de ce quatrième rapport, qui sera publié dans le volume II (première partie) de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2017* alors que les commentaires du projet de directives seront publiés dans le volume II (deuxième partie). La Commission est donc habilitée à soulever toute question intéressant ses travaux et à proposer tous les amendements qu'elle juge appropriés.

47. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a effectivement le droit de décider du contenu de ses commentaires nonobstant le débat sur le rapport du Rapporteur spécial, mais que celui-ci a seulement voulu indiquer qu'il a déjà, dans son quatrième rapport, présenté la question visée dans le commentaire à l'examen, lequel n'est encore qu'un projet.

Chapitre VII. *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* (A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3)

48. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre VII du projet de rapport, en commençant par la partie de celui-ci publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Rev.1.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 4 à 8

Les paragraphes 4 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté, étant entendu qu'il sera complété par le Secrétariat.

Paragraphe 10

49. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) demande l'ajout à la fin du paragraphe, pour rendre pleinement compte du déroulement des travaux, d'une phrase ainsi libellée : « À la 3365e séance, la Rapporteuse spéciale a communiqué à la Commission des informations sur la tenue des consultations informelles. »

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

50. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre VII du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.1. Le secrétariat associera au chapeau de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et à celui de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) une note de bas de page identique à celle relative à la procédure dont le Comité de rédaction est convenu. Il insérera également le projet d'article 7, qui a été adopté par la Commission.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets d'article

Paragraphe 1

51. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que l'annexe publiée dans le document A/CN.4/L.893 et adoptée par la Commission doit aussi figurer dans le rapport.

Le paragraphe 1 est adopté étant entendu que l'annexe publiée dans le document A/CN.4/L.893 sera insérée dans le rapport.

52. Le PRÉSIDENT signale que la partie du chapitre VII du rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.2 est disponible dans toutes les langues officielles sauf en chinois. Il dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite néanmoins procéder à son adoption.

53. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'avant que la Commission n'examine le document, elle souhaite faire deux observations générales. Premièrement, le projet de commentaire rend compte de la position adoptée par Commission sur le sujet. La Rapporteuse spéciale indique que tout au long des travaux elle a fait preuve d'une grande souplesse et pris en considération les diverses opinions exprimées par les membres, dont il est adéquatement rendu compte dans le document. Comme la Commission a déjà pris position sur le sujet dans le cadre d'un vote par appel nominal dont les résultats figurent dans le document A/CN.4/L.903/Rev.1, et étant donné que les opinions de tous les membres, y compris dissidentes, concernant le projet d'article 7 sont exposées en détail dans les comptes rendus analytiques, que les membres ont eu la possibilité d'examiner, l'oratrice exhorte ceux-ci à se souvenir qu'étant donné le peu de temps dont elle dispose, la Commission devrait se ranger à l'opinion de l'immense majorité de ses membres et ne pas rouvrir le débat sur des questions qui ont été longuement examinées en plénière et au Comité de rédaction. De fait, il est demandé à la Commission de décider si les commentaires reflètent ou non la décision qu'elle a prise et les questions de fond dont elle a débattu.

54. S'agissant des modifications proposées par M. Murphy en consultation avec d'autres membres et distribuées sous forme de document, la Rapporteuse spéciale estime que certaines de ces propositions peuvent être adoptées sans difficulté mais que d'autres devront être débattues. Bien qu'elle comprenne que l'intention de M. Murphy était de faciliter et d'accélérer les travaux de la Commission, la Rapporteuse spéciale est surprise que ces propositions aient été distribuées sous forme de document, car on ne lui a jamais demandé s'il convenait ou non de procéder ainsi. Certes, des propositions faites dans le cadre des travaux sur d'autres sujets ont également été distribuées sous forme de document, mais elles avaient dans chaque cas été élaborées par le Rapporteur spécial chargé du sujet en question, non par d'autres membres. De plus, il n'est pas normal que les modifications proposées aient été distribuées dans un document portant une cote officielle, sans

que le document lui-même ou le Président indique que ce document ne constitue qu'une proposition. L'oratrice dit que, depuis sept ans qu'elle est membre de la Commission, c'est la première fois qu'un tel document a été distribué dans ces conditions durant l'adoption du rapport. Normalement les propositions ne sont pas distribuées sous forme de document si elles n'ont pas été préalablement débattues.

55. M. LLEWELLYN (Secrétaire de la Commission) dit qu'il semble qu'il y ait eu un malentendu. Le secrétariat a été prié de distribuer les propositions en tant que document officieux. S'il avait su que la Rapporteuse spéciale s'y opposait, il ne l'aurait pas fait. Le document en question porte une cote parce qu'il s'agit d'une version annotée d'un document officiel ; il ne s'agissait pas d'en dissimuler le caractère officieux.

56. M. SABOIA dit qu'il sait gré au Secrétaire de ses explications mais que la question est grave et que la Commission doit décider si elle accepte ou non de prendre ce document officieux comme base de ses délibérations. Il souhaiterait savoir ce qu'en pense la Rapporteuse spéciale.

57. M. TLADI, qu'appuie M. ŠTURMA, dit que la Commission devrait commencer ses délibérations sur la base du document officiel publié sous la cote A/CN.4/L.903/Add.2. Les propositions figurant dans le document officieux pourront être présentées et examinées durant le débat.

58. M. GROSSMAN GUILOFF dit que si l'objet du document officieux est d'accélérer les travaux de la Commission en portant les questions pertinentes à l'attention des membres, il ne s'y oppose pas. Il se demande toutefois, étant donné que le document en question porte une cote, s'il sera présenté à la Sixième Commission ou distribué en dehors de la Commission. S'il est uniquement à l'usage de la Commission, il convient simplement de remercier les membres qui l'ont élaboré, même si ceux-ci auraient peut-être dû solliciter l'avis de la Rapporteuse spéciale avant de le distribuer.

59. Le PRÉSIDENT propose que, comme le document en question contient des projets de commentaires, la Commission procède à leur adoption de la manière habituelle.

Il en est ainsi décidé.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*)

2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session

Paragraphe 1

60. Sir Michael WOOD dit que le texte du projet d'article 7 reproduit au paragraphe 1 du document officieux a été ajusté pour tenir compte du texte déjà adopté par la Commission sur le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.893). L'annexe du projet d'article a également été adoptée et elle sera insérée dans le paragraphe 1.

61. M. MURPHY dit que les notes de bas de page qui ont été adoptées pour la section C doivent également être insérées dans le paragraphe.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 7 (Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas)

Paragraphe 1

62. Sir Michael WOOD dit qu'il souhaite proposer plusieurs modifications mineures au paragraphe 1, dont certaines visent à aligner le texte sur la version déjà adoptée par le Comité de rédaction et la Commission plénière. La première phrase serait remaniée comme suit : « Le projet d'article 7 énumère les crimes de droit international à l'égard desquels, selon les présents projets d'article, l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas. »

63. M. MURPHY propose d'ajouter au paragraphe une troisième phrase pour rendre compte de la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la 3378e séance de la Commission : « La Commission a travaillé en partant du principe que le résultat de ses travaux était sans préjudice de la question de savoir si le texte du projet d'article 7 ou une partie de celui-ci codifiait le droit existant − *lex lata* − ou s'il s'agissait d'un exercice de développement progressif − *lex ferenda* −, et ne constituait pas une prise de position sur cette question. »

64. M. TLADI dit, en ce qui concerne la première phrase, que l'ajout des mots « selon les présents projets d'article » est problématique, car la Commission aurait pu insérer ces mots dans le commentaire de chaque projet d'article mais ne l'a pas fait. En ce qui concerne la nouvelle phrase proposée par M. Murphy, l'orateur dit qu'il a toujours considéré que la Commission ne devait pas alourdir le texte des commentaires en y insérant de telles indications. S'il est peut-être acceptable d'indiquer d'emblée que le sujet relève à la fois de la codification et du développement progressif, cette indication ne doit pas figurer dans le commentaire de chaque projet d'article.

65. M. JALLOH dit qu'il partage l'opinion de M. Tladi sur la phrase proposée par Sir Michael Wood. Il n'approuve pas non plus la nouvelle phrase proposée par M. Murphy, car la Commission considère depuis des décennies qu'elle ne doit pas indiquer si les travaux sur tel ou tel sujet relèvent de la codification ou du développement progressif. Comme le texte proposé est tiré de la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la 3378e séance de la Commission, cette déclaration et le débat sur le sujet sont de toute façon résumés dans les comptes rendus analytiques, et le commentaire ne devrait donc pas y revenir.

66. Le PRÉSIDENT, parlant en tant que membre de la Commission, dit que celle-ci estime qu'en général il n'est pas toujours facile de savoir si tel ou tel projet d'article relève de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*. La nouvelle phrase proposée est loin d'être révolutionnaire, puisqu'elle ne fait qu'indiquer que la Commission est partie de ce principe. Cette phrase semble énoncer une évidence, mais les projets d'article s'adressent non seulement

aux États mais aussi aux tribunaux, auxquels il importe de savoir si telle ou telle disposition relève de la *lex lata* ou de la *lex ferenda*.

67. M. SABOIA dit qu'il partage les vues de M. Tladi et de M. Jalloh sur les propositions faites par Sir Michael Wood et M. Murphy.

68. M. RUDA SANTOLARIA dit que la première phrase du paragraphe, telle qu'adoptée dans le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.893), est déjà claire dans son libellé actuel. L'opposition entre *lex lata* et *lex ferenda* est évoquée dans la déclaration du Président du Comité de rédaction et dans les comptes rendus analytiques des séances pertinentes. La Commission ne doit pas rendre compte de chaque aspect de son débat dans le commentaire.

69. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit qu'il pense comme M. Tladi et M. Jalloh que les mots « selon les présents projets d'article » ne sont pas nécessaires dans la première phrase et qu'ils seraient même redondants. L'ajout proposé par M. Murphy n'est pas non plus nécessaire, car l'idée a déjà été exprimée par le Président du Comité de rédaction dans sa déclaration. De plus, cette déclaration a été faite sous la responsabilité du Président du Comité de rédaction et il ne doit pas en être rendu compte dans le commentaire. Il est entendu que la Commission travaille dans le cadre de son mandat général de codification et de développement progressif et des explications supplémentaires à cet égard risquent de créer une confusion.

70. M. JALLOH dit que la majorité des membres semble considérer que la phrase supplémentaire proposée ne doit pas figurer dans le commentaire. Les commentaires sont analogues aux considérants des décisions de justice en ce qu'ils ont pour objet d'expliquer les dispositions auxquelles ils se rapportent en donnant un aperçu du raisonnement suivi par la Commission. Il faut se garder de les alourdir indûment. De plus, la position prise par la Commission quant à la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* est qu'il n'est pas possible de distinguer clairement la codification du développement progressif, et ne concerne pas la question de savoir dans quelle catégorie ranger telle ou telle disposition.

71. M. RAJPUT dit qu'il pense comme M. Ruda Santolaria qu'il faut conserver la première phrase telle qu'elle a été adoptée par le Comité de rédaction et la Commission plénière. Par contre, la nouvelle phrase proposée par M. Murphy donnerait une précision très utile sur le point de départ des travaux de la Commission. Durant le débat, certains membres ont regretté que certains crimes, comme le terrorisme et la réduction en esclavage, ne soient pas visés dans le projet d'article 7. Pour traiter exhaustivement de la question, la Commission devrait indiquer d'emblée, au paragraphe 1 du commentaire, la base sur laquelle elle a procédé. L'orateur dit qu'à la différence de M. Tladi il n'est pas certain que le principe en question concerne tous les projets d'article ; il croit se souvenir que le projet d'article 7 est la seule disposition dont la Commission a examiné la genèse ou la nature. L'expliquer serait utile à ceux qui seront appelés à l'appliquer, notamment les tribunaux, voire les gouvernements.

72. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle ne s'oppose pas aux deux premières modifications proposées par Sir Michael Wood, consistant à remplacer les mots « traite des crimes » par les mots « énumère les crimes » et les mots *does not apply* figurant dans le texte anglais par les mots *shall not apply*. Toutefois, les mots « selon les présents projets d'article » n'ajoutent rien au commentaire et risquent même de susciter la confusion. L'oratrice indique que, comme la plupart des autres membres qui ont émis une opinion, elle n'approuve pas cette proposition. La nouvelle phrase proposée par M. Murphy n'a elle non plus guère été appuyée. La Commission dans son ensemble semble souhaiter adopter le paragraphe 1 sur cette base et poursuivre ses travaux.

73. Le PRÉSIDENT dit que trois ou quatre membres ont appuyé la phrase que M. Murphy a proposé d'ajouter au paragraphe.

74. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il pense comme M. Saboia, M. Ruda Santolaria, M. Vázquez-Bermúdez, M. Tladi et M. Jalloh qu'il ne faut pas mentionner le développement progressif et la codification au paragraphe 1. Il n'y a aucune raison de craindre que ce projet d'article soit considéré comme ne relevant que de la seule codification, et non du développement progressif, car les informations figurant dans les documents sur le sujet s'y opposent. Le fait que les vues des membres sur le projet d'article 7 sont divergentes est très clair, puisqu'il est rendu compte du résultat du vote dans la partie du chapitre VII qui vient d'être adoptée (A/CN.4/L.903/Rev.1).

75. M. PETRIČ dit qu'il pense comme M. Rajput que la nouvelle phrase proposée par M. Murphy doit figurer dans le paragraphe. Si la Commission a jamais examiné une disposition qui soit caractéristique du développement progressif, au demeurant d'une forme assez particulière de développement progressif, c'est bien le projet d'article 7, sur lequel elle n'a même pas pu parvenir à un consensus.

76. Sir Michael WOOD dit qu'à la lumière de l'observation faite par la Rapporteuse spéciale, il propose, à titre de compromis, d'insérer dans le paragraphe 1 les mots « selon les présents projets d'article » mais non la phrase supplémentaire qui a été proposée.

77. M. GÓMEZ ROBLEDO dit qu'il pense comme M. Grossman Guiloff et d'autres membres qu'il est largement fait état dans les comptes rendus analytiques de la position de la Commission exposée dans la nouvelle phrase proposée par M. Murphy et qu'il n'est donc pas nécessaire de l'exposer une nouvelle fois dans le commentaire.

78. Mme GALVÃO TELES dit que le texte proposé par M. Murphy figure déjà dans la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction et dans les comptes rendus analytiques pertinents. La question est aussi envisagée au paragraphe 8 du commentaire et il en est donc suffisamment rendu compte sans qu'une nouvelle phrase soit nécessaire.

79. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que le paragraphe 8 renvoie à l'autre côté de l'argument. La nouvelle phrase proposée

précise le point de départ dont la Commission est convenue et qui constitue le terrain d'entente à partir duquel les commentaires ont été formulés. Aucun membre n'a fait valoir que cette phrase était erronée quant au fond. La fonction du commentaire est d'expliquer le rôle et le statut du projet d'article auquel il se rapporte, et l'orateur dit qu'il est donc favorable à l'ajout de la nouvelle phrase proposée.

80. M. ŠTURMA dit que la nouvelle phrase proposée ne pose pas de problèmes de fond mais qu'il préfère la proposition de compromis présentée par Sir Michael Wood, consistant à insérer les mots « selon les présents projets d'article » dans la première phrase sans retenir la nouvelle phrase proposée.

81. M. TLADI dit que la teneur de la nouvelle phrase proposée n'est pas incorrecte quant au fond, mais qu'il a toujours considéré que la Commission ne devait pas chercher à expliquer si telle ou telle proposition relevait de la codification ou du développement progressif parce qu'elle risquait ce faisant d'entraver le développement progressif du droit international. Par principe, il n'est pas favorable à une telle indication parce qu'elle donne à penser que le projet d'article en question ne doit pas être pris au sérieux. De plus, les mots « selon les présents projets d'article » qu'il est proposé d'ajouter dans la première phrase sont inutiles car ce qu'ils expriment est déjà exprimé par la formule « ne s'applique pas », caractéristique du droit des traités, qui figure à la fin de la phrase.

82. M. PETER dit que c'est parce que le Président a pris position sur le paragraphe à l'examen qu'il est difficile pour la Commission de parvenir à un accord. Le rôle d'un président est de mettre en balance les opinions exprimées durant le débat et d'essayer de rallier les membres à l'opinion majoritaire. En exprimant sa propre position, le Président ne dirige pas le débat d'une manière contribuant au consensus.

83. Le PRÉSIDENT dit que sa qualité de Président ne lui interdit pas d'exprimer son opinion en tant que membre de la Commission mais qu'il a pris dûment note de l'impression qu'il peut avoir créée et s'efforcera, comme toujours, d'être aussi neutre que possible et d'aider la Commission à parvenir à un consensus.

84. M. PARK dit qu'il ne s'oppose pas à l'ajout de la phrase proposée par M. Murphy. Bien qu'il soit inhabituel qu'un commentaire décrive le raisonnement suivi par la Commission, une telle explication contribue, dans le paragraphe en question, à souligner l'importance du projet d'article 7.

85. M. RAJPUT dit qu'il serait utile que la Commission précise qu'elle fait œuvre de développement progressif du droit international. À défaut, les tribunaux risquent de considérer que la liste figurant au paragraphe 1 du projet d'article 7 est exhaustive. Il appuie donc l'ajout de la nouvelle phrase proposée.

86. M. JALLOH dit que la question de l'opposition entre codification et développement progressif a déjà été évoquée par le Président du Comité de rédaction, entre autres. La question est de savoir si elle doit l'être dans le commentaire. L'orateur dit qu'il est prêt, dans un esprit de compromis, à laisser de côté ses préoccupations de fond au sujet des propositions de Sir Michael Wood et de M. Murphy afin de permettre à la Commission d'avancer.

87. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'à sa connaissance ce sont les juridictions supérieures qui connaissent des affaires dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est invoquée et les relations internationales sont en jeu. Il n'est donc pas exact de dire que les juges qui connaîtront de telles affaires ont besoin que la Commission leur fournisse des orientations. Il est inutile, voire excessif, d'indiquer aussi longuement dans le commentaire du projet d'article 7 les raisons de principe qui en sous-tendent la teneur. La Commission devrait conserver le texte dans son libellé actuel et faire preuve de souplesse en rendant compte des divergences d'opinions.

88. M. RAJPUT dit qu'en Inde les affaires doivent d'abord être portées devant la juridiction pénale de premier ressort, car en matière pénale il y a toujours une possibilité d'appel. S'il n'en était pas ainsi, les décisions judiciaires ne pourraient être confirmées, ce qui aurait des conséquences évidentes sur l'épuisement des ressources internes. Il serait donc inexact, dans le cas de l'Inde, de dire que les affaires pénales sont portées devant les juridictions supérieures.

89. M. GROSSMAN GUILOFF, parlant dans l'exercice du droit de réponse, dit que, de fait, il a été, en Inde, conseil dans une affaire dans laquelle une demande d'extradition avait été présentée par le Chili et la question de l'immunité débattue par les juristes consultés, mais qu'il a pris note de l'opinion exprimée par M. Rajput et qu'il révise la sienne propre en conséquence. Quoi qu'il en soit, une juridiction supérieure finira toujours par être saisie.

90. M. CISSÉ dit que la Commission doit sortir le plus rapidement possible de l'impasse dans laquelle elle se trouve.

91. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle a l'impression que la majorité des membres, dont elle fait partie, est opposée à l'ajout de la nouvelle phrase proposée par M. Murphy. Par ailleurs, bien que les mots « selon les présents projets d'article » soient inutiles et n'ajoutent rien au commentaire, elle ne s'opposera pas à leur insertion si la Commission y est favorable.

92. M. AURESCU propose de remanier la première phrase du paragraphe 1 comme suit : « Le projet d'article 7 énumère les crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas, étant entendu que les règles du droit international sur cette question pourront évoluer à l'avenir. » La troisième phrase dont M. Murphy propose l'ajout serait ainsi superflue.

93. M. MURPHY dit qu'il lui semble, d'après les déclarations des membres qui sont opposés à l'ajout de la troisième phrase qu'il propose, que leur opposition concerne la place de cette phrase et non sa teneur. Il dit que pour que la Commission puisse avancer dans ses travaux, il est prêt à retirer sa proposition, bien qu'elle semble être appuyée par la majorité des membres.

94. Le PRÉSIDENT propose que la Commission adopte le paragraphe à l'examen moyennant la modification de la première phrase proposée par Sir Michael Wood. Ce paragraphe se lirait donc comme suit : « Le projet d'article 7 énumère les crimes de droit international à l'égard desquels, selon les présents projets d'article, l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas. Il comporte deux paragraphes consacrés, respectivement, à l'énumération des crimes visés (par. 1) et à la définition de ces crimes (par. 2). »

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

95. Sir Michael WOOD dit que dans la première phrase du texte anglais les mots *part three* et *part two* devraient commencer par une majuscule et les mots « il ne produit pas d'effets quant à » être remplacés par les mots « il ne s'applique pas en ce qui concerne ». La teneur de la seconde phrase n'est pas tout à fait exacte. Une solution serait de la remanier comme suit : « La Commission en a décidé ainsi parce qu'il est largement admis qu'en droit international coutumier les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en exercice jouissent de l'immunité de juridiction pénale, même lorsqu'ils sont accusés ou soupçonnés d'avoir commis un crime de droit international. » Il serait toutefois plus facile de supprimer purement et simplement cette seconde phrase, d'autant plus que la Commission a déjà longuement traité de la question de la peine dans son rapport sur les travaux de sa soixante-cinquième session[430].

96. M. TLADI dit qu'il approuve en substance les modifications proposées par Sir Michael Wood. Il considère néanmoins que, si la seconde phrase est conservée et remaniée, il serait préférable qu'elle vise les exceptions à l'immunité plutôt que l'immunité elle-même, puisque ce sont ces exceptions qui font l'objet du projet d'article 7.

97. M. SABOIA, qu'appuient Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), M. RUDA SANTOLARIA et M. CISSÉ, dit qu'il fait sienne la proposition de Sir Michael Wood de supprimer purement et simplement la seconde phrase.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

98. Sir Michael WOOD propose de remplacer le mot « établi » par le mot « indiqué » dans la deuxième phrase. Il convient en outre, pour compléter la citation figurant dans la troisième phrase, d'ajouter les mots « au cours dudit mandat » après les mots « accomplis à titre officiel ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

99. Sir Michael WOOD dit que, pour la cohérence, les mots *period in office* qui figurent à la fin de la première phrase du texte anglais devraient être remplacés par les mots *term of office*.

100. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'il convient d'insérer le mot « étrangère » après les mots « juridiction pénale » dans la seconde phrase.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

101. M. MURPHY dit que, bien que cela ne corresponde pas à la pratique habituelle de la Commission, il serait utile d'indiquer, dans la première phrase, que la Commission a décidé de retenir le projet d'article 7 « par un vote majoritaire », de manière à rattacher le paragraphe à l'examen à un paragraphe antérieur du chapitre VII dans lequel la Commission indique qu'un vote a eu lieu. Il conviendrait en outre de remanier comme suit le début de la deuxième phrase : « Premièrement, elle a estimé qu'il se dégageait une tendance ».

102. Toutefois, la principale question que soulève le paragraphe 5 est celle de savoir que faire des trois notes de bas de page. Plusieurs membres de la Commission ont dit douter sérieusement de l'exactitude des descriptions des affaires citées dans la première note de bas de page, de la pertinence des lois nationales mentionnées dans la deuxième note de bas de page et de l'approche suivie dans la troisième note de bas de page en ce qui concerne la jurisprudence internationale. Pour l'orateur, ce problème peut être résolu de trois manières différentes. La première consiste à ne pas conserver ces notes de bas de page. La deuxième consiste à les modifier ; par exemple, des membres de la Commission pensent que l'affaire *Pinochet* citée dans la première note de bas de page n'étaye pas directement le contenu du projet d'article 7. La troisième manière de régler le problème est d'associer une série de notes de bas de page au paragraphe 8 du commentaire afin d'exposer pour quelles raisons les membres en question se sont opposés à l'adoption du projet d'article 7. Le texte de ces notes de bas de page pourrait être tiré du document officieux distribué à la séance en cours.

103. M. JALLOH dit qu'il s'oppose à ce que l'on précise, dans la première phrase, que la Commission a décidé de retenir le projet d'article 7 « par un vote majoritaire » en l'absence de pratique établie en la matière. Par contre, il ne s'oppose pas à la modification proposée pour la deuxième phrase. Quant aux notes de bas de page, il se demande si les mots « même si elles ne suivent pas le même mode de raisonnement » qui figurent dans le paragraphe à l'examen ne répondent pas comme il convient à la préoccupation exprimée par M. Murphy au sujet de la première note de bas de page.

104. M. PETER dit que, puisque les commentaires sont censés être exhaustifs et puisque la Commission a effectivement voté sur le point de savoir si elle devait retenir le projet d'article 7, il appuie l'ajout proposé par M. Murphy en ce qui concerne la première phrase. Il est par contre opposé à la suppression des notes de bas de page, en particulier parce que la Commission demande régulièrement aux États de donner des exemples de leur pratique.

105. Mme GALVÃO TELES dit que la Commission devrait suivre sa pratique habituelle et donc adopter en l'état la première phrase du paragraphe 5. S'agissant de la

[430] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie).

première note de bas de page, elle estime comme M. Jalloh que les mots « même si elles ne suivent pas le même mode de raisonnement » répondent à la préoccupation exprimée par M. Murphy.

106. M. MURPHY dit que, si la Commission n'associe pas de notes de bas de page au paragraphe 8 du commentaire pour expliquer pourquoi certains membres se sont opposés à l'adoption du projet d'article 7, il souhaiterait corriger ce qu'il considère comme des erreurs dans les trois notes de bas de page associées au paragraphe 5.

La séance est levée à 13 heures.

3388e SÉANCE

Jeudi 3 août 2017, à 15 h 5

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Hassouna, M. Jalloh, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*suite*)

Chapitre VII. *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* (suite) [A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre VII de son projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.2.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*)

2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*)

Commentaire du projet d'article 7 (Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas) [*suite*]

Paragraphe 5 (*suite*)

2. Sir Michael WOOD dit qu'il appuie les modifications proposées par M. Murphy à la séance précédente de la Commission en ce qui concerne le paragraphe 5. Les paragraphes 5 et 6 et les notes de bas de page y afférentes exposent les vues de la Rapporteuse spéciale, étayées par un grand nombre de décisions judiciaires, en ce qui concerne « une tendance à la limitation de l'applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* ». Or plusieurs membres de la Commission ne sont pas d'accord avec l'interprétation qui est donnée des décisions citées ; pour l'orateur, les arguments avancés par la Rapporteuse spéciale sont sérieusement insuffisants. Les modifications proposées par M. Murphy visent à éviter de donner à penser que la Commission les fait siennes dans leur intégralité, tout en conservant les informations qu'elles fournissent et en modifiant le texte aussi peu que possible. En indiquant dans la première phrase qu'elle a décidé de retenir le projet d'article 7 « par un vote majoritaire », la Commission ne fait que rapporter un fait. Les explications qui suivent pourront ainsi être comprises comme représentant l'opinion majoritaire. L'ajout des mots « on a estimé » au début de la deuxième phrase n'est qu'une modification de forme. La proposition visant à indiquer, au début des première et deuxième notes de bas de page, que les affaires qui y sont citées l'ont été à l'appui de la position adoptée dans le commentaire rend également compte de la réalité ; l'orateur dit qu'il admet toutefois que, comme l'a dit M. Tladi, il n'est pas nécessaire d'ajouter les mots « pour diverses raisons » dans la première note de bas de page parce qu'ils feraient double emploi avec le contenu de la troisième phrase du paragraphe 5. L'orateur dit que si ces modestes modifications sont acceptées, il sera en mesure de se joindre au consensus s'agissant d'un paragraphe qui lui pose par ailleurs de graves difficultés.

3. Mme LEHTO dit qu'elle est réticente à accepter l'insertion des mots « par un vote majoritaire » au paragraphe 5. Les conditions dans lesquelles le projet d'article 7 a été adopté sont exposées sans ambiguïté dans la partie du chapitre VII, adoptée à la séance précédente. La modification proposée n'est ni élégamment rédigée ni conforme à la pratique établie de la Commission pour ce qui est d'exposer l'opinion de ses membres.

4. M. RAJPUT dit que la Commission devrait suivre la troisième approche proposée par M. Murphy à la séance précédente : associer au paragraphe 8 des notes de bas de page exposant l'opinion minoritaire. Il ajoute que les modifications proposées par M. Murphy au paragraphe 5 et dans les première et deuxième notes de bas de page lèveraient dans une certaine mesure sa réticence à être associé à ce qu'il considère comme une interprétation erronée des décisions citées dans ces notes. Dans la pratique de la Commission, il semble qu'il y ait trois possibilités en matière d'opinions dissidentes : soit les membres concernés acceptent de se joindre au consensus et il n'est pas rendu compte de leur opinion, soit ces membres sont assez motivés pour vouloir qu'il soit rendu compte de leur opinion dans le commentaire ou ailleurs mais ne le sont pas suffisamment pour faire obstacle au consensus ou demander un vote, soit ils sont fermement convaincus de la justesse de leur position et insistent pour que la question soit mise aux voix, situation dans laquelle se trouve actuellement la Commission. Se contenter de décrire une position aussi vigoureusement défendue comme « une opinion » est totalement insuffisant. Lorsqu'il existe un désaccord aussi grave, il est légitime de rendre compte clairement de l'opinion minoritaire.

5. M. PARK dit qu'il serait légitime de décrire raisonnablement ce qui s'est passé au sein de la Commission dans le commentaire d'un projet d'article adopté en première lecture : pour être plus neutre, la Commission pourrait insérer les mots « à l'issue d'un vote enregistré » au lieu des mots « par un vote majoritaire » dans la première phrase du paragraphe 5.

6. Le PRÉSIDENT fait observer que deux questions doivent être envisagées : celle des modifications à apporter au texte du paragraphe 5 et celle, plus large, de savoir comment il doit être rendu compte dans le commentaire de la situation dans laquelle s'est trouvée la Commission, à propos de laquelle M. Murphy a fait trois propositions à la séance précédente.

7. M. MURPHY, souscrivant à l'analyse du Président, dit qu'il s'est abstenu de proposer d'autres modifications dans l'attente de savoir quelle approche générale a la préférence de la Commission.

8. M. TLADI, qu'appuie M. SABOIA, demande si l'acceptation des modifications proposées par M. Murphy au paragraphe 5 et dans les première et deuxième notes de bas de page suffirait à répondre à la préoccupation de celui-ci et éviterait d'avoir à associer de nouvelles notes de bas de page au paragraphe 8 ; il indique que si tel est le cas il est prêt à accepter ces propositions.

9. M. MURPHY indique que tel n'est pas le cas.

10. M. CISSÉ propose de laisser les première et deuxième notes de bas de page en l'état étant entendu que le secrétariat sera prié de consulter la Rapporteuse spéciale afin de vérifier l'exactitude de toutes les citations. Si cette approche répond aux préoccupations exprimées par Sir Michael Wood et d'autres, le paragraphe 5 pourrait être adopté sur cette base.

11. Le PRÉSIDENT dit qu'il doute que la question puisse être réglée ainsi. Parlant en tant que membre de la Commission, il dit qu'il est normal que les commentaires adoptés en première lecture rendent compte des différentes opinions exprimées au sein de la Commission. Il préférerait donc que celle-ci conserve les première et deuxième notes de bas de page et expose ailleurs dans le texte, au moyen de notes de bas de page supplémentaires, les vues de ceux qui ne sont pas d'accord avec l'interprétation qui est donnée des affaires citées dans ces notes.

12. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que la procédure ayant abouti à l'adoption du projet d'article 7 est clairement décrite aussi bien au début du chapitre VII que dans les comptes rendus analytiques des séances de la Commission et que les vues des membres dissidents sont rapportées au paragraphe 8. C'est pourquoi elle préférerait que le paragraphe 5 n'indique pas qu'un vote a eu lieu ; si toutefois il existe un consensus en faveur d'une telle indication, elle préférerait la formulation proposée par M. Park, qui est plus neutre. Les membres de la Commission ont émis des opinions divergentes, pour certaines radicalement divergentes, quant à l'interprétation des décisions citées dans les première et deuxième notes de bas de page, mais il a été généralement admis que l'existence d'une tendance, par opposition à une norme du droit international coutumier, pouvait être constatée, et c'est ce qu'indique le commentaire. Les divergences d'interprétation sont monnaie courante parmi les juristes, mais il est déraisonnable de sous-entendre que la première note de bas de page contient des erreurs de fait. La Rapporteuse spéciale dit qu'elle peut toutefois accepter que les première et deuxième notes de bas de page soient modifiées pour indiquer que les affaires qui y sont citées l'ont été à l'appui d'une position spécifique.

13. La Rapporteuse spéciale dit qu'elle s'est efforcée de structurer le commentaire de manière à expliquer la position générale de la Commission, les diverses opinions exprimées, les raisons pour lesquelles le projet d'article 7 a été adopté et celles pour lesquelles certains membres se sont opposés à son adoption. Présenter simultanément et non séparément les opinions concordantes et les opinions dissidentes ne faciliterait pas la tâche de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Une fois qu'une décision a été prise, l'opinion de la majorité est celle de la Commission et elle doit être présentée en premier, suivie, si nécessaire, des opinions dissidentes et réserves exprimées. La Rapporteuse spéciale dit qu'elle n'est pas favorable à l'ajout au paragraphe 8 de notes de bas de page du type proposé par M. Murphy, même si la Commission pourra débattre en détail de cette question lorsqu'elle examinera le paragraphe 8.

14. Le PRÉSIDENT souligne qu'il existe entre les paragraphes 5 et 8 un lien étroit dont découle la manière dont la Commission a décidé de les envisager.

15. M. PETRIČ dit que, s'il ne s'oppose pas à l'idée d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, il a voté contre l'adoption du projet d'article 7 parce qu'il est fermement convaincu que les exceptions que cette disposition énumère ne correspondent pas à l'état actuel du droit international. Étant donné l'importance de la question, une extrême prudence et un examen approfondi sont nécessaires. Il est également essentiel d'exposer, outre les vues de la majorité, celles de la minorité.

16. M. GROSSMAN GUILOFF dit qu'il admet qu'il faut indiquer que des vues minoritaires ont été vigoureusement défendues au sein de la Commission, mais souligne qu'elles ne sauraient être aussi importantes que la décision de la Commission. Il ne devrait pas en être rendu compte au paragraphe 5, en particulier parce que le paragraphe 8 fait déjà état à de multiples reprises du profond désaccord exprimé par certains membres. À cet égard, la formulation proposée par M. Park devrait être insérée au paragraphe 8 et non au paragraphe 5. Par ailleurs, la Sixième Commission aura pleinement connaissance des procédures suivies au sein de la Commission, en particulier parce qu'elles sont intégralement exposées dans les comptes rendus analytiques.

17. Le PRÉSIDENT propose qu'un petit groupe de membres intéressés tienne des consultations informelles sur la question des notes de bas de page, qui semble ne pas devoir être résolue par la poursuite du débat en plénière.

18. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, qu'appuie M. RUDA SANTOLARIA, estime que la Commission devrait poursuivre l'examen de son projet de rapport paragraphe par paragraphe, et ne se demander s'il convient d'ajouter des notes de bas de page au paragraphe 8 que lorsqu'elle examinera ce paragraphe. L'orateur indique que, bien qu'il ne voie pas la nécessité de mentionner la procédure de vote au paragraphe 5, puisqu'elle l'est déjà au début du chapitre VII, il est prêt à accepter, à titre de compromis, la modification proposée par M. Park en ce qui concerne

la première phrase. Il propose par ailleurs, en ce qui concerne le début de la deuxième phrase, de remplacer les mots « on a estimé » par les mots « elle a estimé ». S'agissant des première et deuxième notes de bas de page, il dit qu'il peut accepter les modifications proposées si la Rapporteuse spéciale les accepte.

19. Sir Michael WOOD dit qu'il sait gré à M. Vázquez-Bermúdez de ses observations, qu'il appuie le texte proposé par M. Park pour la première phrase du paragraphe 5 et qu'il pense lui aussi que la Commission doit poursuivre l'examen du texte paragraphe par paragraphe. Il ajoute qu'il appuiera vigoureusement l'insertion de notes de bas de page supplémentaires au paragraphe 8.

20. M. JALLOH dit qu'il souscrit aux observations de M. Vázquez-Bermúdez et de M. Grossman Guiloff et estime que tenir des consultations informelles comme l'a proposé le Président pourrait permettre à la Commission d'avancer.

21. M. RAJPUT dit que la réticence de certains membres à rendre compte de l'opinion minoritaire dans le commentaire le laisse perplexe. Il indique qu'il est prêt, dans un esprit de compromis, à accepter la proposition de M. Park concernant la première phrase du paragraphe 5. S'agissant de la proposition du Président quant à la manière de procéder, il souligne les liens inextricables existant entre les paragraphes 5 et 8, qu'il faut examiner ensemble, avec les notes de bas de page qui leur sont associées. Il importe d'indiquer que plusieurs membres ne sont pas d'accord avec l'interprétation qui est donnée de certaines affaires, et que c'est dans une note de bas de page associée au paragraphe 8 qu'il convient de le faire, comme l'a proposé M. Murphy. Le libellé qui sera adopté devra être suffisamment neutre.

22. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'il est clair que la Commission convient qu'il est nécessaire de rendre compte des vues minoritaires dans le commentaire. Le fait que le texte du paragraphe 8, qu'elle a rédigé avec soin, figure dans son projet initial montre qu'elle est personnellement prête à rendre compte de ces vues. Elle souligne de plus qu'elle a indiqué qu'elle était prête à modifier ce texte sur la base des propositions de M. Murphy. Elle propose donc que la Commission adopte le texte du paragraphe 5 lui-même et laisse toutes les notes de bas de page en suspens, étant entendu que le paragraphe 8 sera traité de la même manière et que toutes les notes associées à ces deux paragraphes seront examinées simultanément le moment venu.

23. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la proposition de la Rapporteuse spéciale. Le texte du paragraphe 5 serait adopté avec les modifications proposées par M. Park et M. Vázquez-Bermúdez pour les première et deuxième phrases sur la base de celles proposées par M. Murphy, qui comprennent également une modification de forme, à savoir réunir les troisième et quatrième phrases ; la Commission examinera ultérieurement les notes de bas de page associées aux paragraphes 5 et 8.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 6

24. M. MURPHY propose d'apporter quelques modifications de forme à la première phrase afin de la rendre plus lisible : les mots « la Commission a aussi tenu compte » seraient remplacés par les mots « il a aussi été tenu compte », et le mot « fonctionner » par le mot « exister ».

25. L'orateur propose également d'ajouter à la fin du paragraphe trois nouvelles phrases libellées comme suit : « Certains membres de la Commission ont toutefois insisté sur la différence entre l'immunité de juridiction étrangère, qui revêt un caractère procédural, et la responsabilité pénale, qui touche au fond du droit, soutenant que pour atteindre l'équilibre voulu, il n'était pas nécessaire, ni forcément judicieux, de prévoir des exceptions à l'immunité. L'impunité peut être évitée lorsque le représentant d'un État est poursuivi dans son État d'origine, ou devant un tribunal international, ou encore devant un tribunal étranger après que son immunité a été levée. Établir des exceptions à l'immunité sans qu'elles aient été acceptées par les États au moyen d'un traité ou reflètent une pratique étatique largement répandue risque de créer entre les États de profondes tensions, voire un véritable conflit, lorsqu'un État engage des poursuites pénales contre un représentant d'un autre État au seul motif qu'il aurait commis un crime odieux. »

26. M. JALLOH dit qu'il s'oppose à la première modification proposée, parce qu'elle confère un caractère impersonnel à une phrase qui ne fait qu'indiquer ce qu'a fait la Commission. Il se demande également s'il est nécessaire d'ajouter trois longues phrases à la fin du paragraphe.

27. M^me^ GALVÃO TELES dit qu'elle aussi préfère la version initiale de la première partie de la première phrase. S'agissant des nouvelles phrases proposées, elles donnent d'importantes informations sur le raisonnement ayant motivé l'opposition de certains membres à la décision majoritaire de la Commission, mais elles seraient plus à leur place au paragraphe 8, qui donne d'autres explications concernant cette opposition.

28. M^me^ LEHTO dit que c'est à la fin du paragraphe 8 que les nouvelles phrases proposées devraient être ajoutées : il serait en effet plus logique de présenter d'abord le raisonnement majoritaire, puis les vues qui s'y opposent.

29. M. GÓMEZ ROBLEDO dit qu'il est d'accord avec les deux oratrices précédentes. Il souscrit de même à l'observation qu'a faite le Président, à savoir que l'opinion minoritaire ne doit pas se voir accorder une place disproportionnée dans le commentaire. S'il est certes important d'indiquer comment la Commission parvient à ses décisions, les commentaires sont adoptés par la Commission et non par une minorité ou une majorité de ses membres, et ils expriment la position de la Commission dans son ensemble.

30. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle pense elle aussi que les trois phrases supplémentaires seraient plus à leur place à la fin du paragraphe 8 ; elle propose de les examiner avec ce paragraphe. Elle considère également que la première modification proposée dans la première phrase est inutile, car

le texte ne fait que décrire ce qu'a fait la Commission. La proposition visant à indiquer que le projet d'articles « existe » et non qu'il est « destiné à fonctionner » dans le cadre de l'ordre juridique international est illogique et objectivement inexacte, car le projet d'articles n'existe pas encore puisqu'il est en cours d'élaboration. La Commission peut toutefois indiquer, si elle le juge préférable, qu'il « fonctionnera ».

31. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, dit que lui aussi pense qu'il faut conserver les mots « la Commission a aussi tenu compte » au début de la première phrase.

32. Sir Michael WOOD dit que le verbe « s'appliquera » serait préférable au verbe « fonctionnera ».

33. M. CISSÉ dit que dans le texte français c'est l'expression « destiné à s'appliquer » qu'il conviendrait d'utiliser.

34. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la proposition de la Rapporteuse spéciale et examiner les trois nouvelles phrases proposées en même temps que le paragraphe 8, conserver les mots « la Commission a aussi tenu compte » au début de la première phrase et remplacer les mots « est destiné à fonctionner » par les mots « est destiné à s'appliquer ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

35. M. MURPHY propose de remplacer, dans la première phrase, les mots « Compte tenu de ce qui précède » par les mots « Pour les deux motifs qui précèdent », et, dans la seconde phrase du texte anglais, de remplacer le mot *does* par le mot *shall* et le membre de phrase *not covered by immunity from foreign criminal jurisdiction* ratione materiae par *not covered by immunity* ratione materiae *from foreign criminal jurisdiction*.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

36. M. MURPHY dit qu'il est extrêmement reconnaissant à la Rapporteuse spéciale d'avoir élaboré ce paragraphe, qui rend compte des vues de ceux qui étaient opposés à l'adoption du projet d'article 7. Il indique que les modifications qu'il propose ne rallongent pas le texte mais rendent compte de plusieurs aspects de l'opinion minoritaire qui n'étaient pas mentionnés dans le texte initial de ce paragraphe. Le nouveau paragraphe 8 se lirait comme suit :

> « Certains membres ont toutefois exprimé leur profond désaccord avec cette analyse. Ils se sont déclarés opposés au projet d'article 7, adopté à l'issue d'un vote, au motif : *a*) que la Commission ne devrait pas présenter ses travaux comme participant de la codification du droit coutumier alors que manifestement, ni la jurisprudence des États, ni les législations nationales, ni le droit des traités ne venaient étayer les exceptions prévues au projet d'article 7, comme le montraient les exemples donnés dans les notes de bas de page ci-après ; *b*) qu'il ne ressortait de la pratique aucune "tendance", temporelle ou autre, en faveur de l'imposition d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ; *c*) que, l'immunité ayant un caractère procédural, i) on ne saurait partir du principe que la responsabilité pénale découlant d'un crime de droit international commis par un représentant de l'État exclut automatiquement l'immunité de juridiction pénale étrangère, ii) l'immunité ne dépend pas de la gravité de l'acte commis, ni du fait que celui-ci est interdit par une norme impérative du droit international, et iii) la question de l'immunité doit être examinée au début de la procédure, avant que l'affaire ne soit examinée au fond ; *d*) que l'absence d'immunité de juridiction pénale internationale ne préjuge en rien de l'existence ou non d'une immunité de juridiction nationale ; *e*) qu'à moins d'être convenu par traité, l'établissement d'un système d'exceptions à l'immunité nuirait probablement aux relations entre États et risquait d'entraver l'action menée par la communauté internationale en vue de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves. Ces membres étaient par ailleurs d'avis qu'en proposant le projet d'article 7, la Commission se livrait à un exercice normatif sans lien avec la codification ni le développement progressif du droit international. Selon eux, le projet d'article 7 vise à énoncer un "droit nouveau" qui ne saurait être considéré comme reflétant la *lex lata* ou comme relevant d'un développement progressif désirable du droit international. »

37. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le nouveau texte du paragraphe 8 que vient de proposer M. Murphy avec l'ajout, à la fin de celui-ci, des trois phrases que M. Murphy avait proposé d'ajouter au paragraphe 6, en laissant la question des notes de bas de page en suspens.

Il en est ainsi décidé.

38. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que dans la deuxième phrase, après la lettre *a*), les mots « comme le montraient les exemples donnés dans les notes de bas de page ci-après » devraient être supprimés. Les notes de bas de page doivent présenter non le raisonnement sur lequel reposent les arguments formulés dans le commentaire mais les sources documentaires étayant ces arguments.

39. M. RAJPUT propose de répondre comme suit à la préoccupation de la Rapporteuse spéciale : après la lettre *a*), les mots *when, for reasons indicated in the footnotes below* devraient être remplacés par les mots *for them*, de telle manière que cette description de l'opinion de certains membres se lirait comme suit dans le texte anglais : *the Commission should not portray its work as possibly codifying customary international law; for them, it is clear that national case law, national statutes, and treaty law do not support the exceptions asserted in draft article 7.*

40. M. REINISCH dit qu'il conviendrait de supprimer le mot « profond » dans la première phrase. Par ailleurs, il préférerait que si l'on supprime, dans la nouvelle version

du paragraphe, l'expression « la décision largement majoritaire de la Commission » qui figurait dans la première phrase du texte initial, l'on indique qu'il a été procédé à un vote enregistré. Il conviendrait pour harmoniser dans le texte anglais les temps des verbes utilisés après les lettres *a*) et *b*) de la deuxième phrase, de mettre tous ces verbes au passé : ainsi, les mots *it is clear* seraient remplacés par les mots *it was clear* et les mots *do not support* par les mots *did not support*.

41. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il fait siennes les observations des deux orateurs qui l'ont précédé. La Commission doit éviter d'utiliser des termes risquant de faire obstacle au consensus. Elle devrait dire que « certains membres se sont opposés à la décision » et, au lieu de dire que certains membres ont exprimé « leur profond désaccord », se contenter d'indiquer qu'il y a eu une divergence d'opinions.

42. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'il conviendrait, pour la cohérence, d'utiliser l'expression « exceptions ou limites » et non le seul mot « exceptions » dans l'ensemble du paragraphe, parce que son cinquième rapport portait à la fois sur les exceptions et les limites à l'immunité. La modification proposée concerne également le paragraphe 9. Si les phrases supplémentaires proposées pour le paragraphe 6 sont à insérer au paragraphe 8, il conviendra de s'assurer qu'elles ne font pas double emploi.

43. M. MURPHY dit qu'il n'a pas utilisé l'expression « exceptions ou limites » dans le texte du paragraphe 8 qu'il a proposé parce qu'elle ne figure pas au projet d'article 7, mais qu'il s'agit simplement d'une question de rédaction et qu'il ne s'oppose pas à l'emploi de cette expression dans l'ensemble du commentaire. Il indique qu'il appuie les propositions visant à supprimer le mot « profond » dans la première phrase et les mots « comme le montraient les exemples donnés dans les notes de bas de page ci-après » dans la deuxième, mais qu'il estime que la proposition faite par M. Rajput en ce qui concerne la lettre *a*) ne serait pas en harmonie avec le reste de la deuxième phrase.

44. L'orateur dit que, si les phrases supplémentaires qu'il a proposées pour le paragraphe 6 sont ajoutées à la fin du paragraphe 8, les mots « Certains membres » devraient être remplacés par les mots « Ces membres » et le mot « toutefois » être remplacé par les mots « de surcroît » dans la première de ces phrases.

45. M. TLADI dit que les mots « D'après eux » devraient être insérés au début de la deuxième des trois nouvelles phrases proposées pour le paragraphe 6 afin d'indiquer que l'opinion exprimée n'est pas celle de la Commission.

46. M. ŠTURMA dit que, bien qu'il appuie le paragraphe 8 tel que remanié par M. Murphy, les trois nouvelles phrases créent des redondances ; par exemple l'argument fondé sur le caractère procédural des immunités est déjà exposé à la lettre *c*) de la deuxième phrase du paragraphe 8 et n'a pas à l'être une nouvelle fois.

47. M. MURPHY dit que les nouvelles phrases proposées ne font pas double emploi. La distinction entre questions de fond et questions procédurales est pertinente aussi bien lorsque l'on analyse la pratique que dans le contexte de la structure du droit international. Peut-être les mots « Tout d'abord » devraient-ils être ajoutés au début de la deuxième phrase du paragraphe 8, et le mot *Second* ajouté au début du texte anglais de la première nouvelle phrase proposée pour le paragraphe 6, le mot *also* étant supprimé.

48. M. JALLOH dit qu'il entretient des réserves au sujet du texte proposé pour des raisons similaires à celles avancées par M. Šturma. La proposition de M. Murphy permet d'avancer, mais des déséquilibres subsisteront tout au long du commentaire entre les paragraphes rendant compte de la position majoritaire et ceux rendant compte de la position minoritaire et cela est très problématique.

Les modifications proposées par M. Murphy et par M. Tladi sont acceptées.

Paragraphe 9

49. M. MURPHY dit qu'il souhaite proposer de simples modifications de forme qui consistent à remplacer les mots « Cela étant, il convient de tenir compte du fait que les membres concernés » par les mots « Certains membres », à supprimer le mot « toutefois » dans la deuxième phrase, tout en mettant le verbe *take* au passé (*took*) dans le texte anglais de la même phrase.

50. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle préférerait conserver le libellé actuel du paragraphe 9.

51. Sir Michael WOOD fait observer que les mots « Cela étant » qui figurent actuellement au début de la première phrase n'ont guère de sens.

52. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que dans le texte espagnol les mots *por otro lado* peuvent être supprimés sans modifier le sens de la phrase.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

53. M. MURPHY propose, en ce qui concerne la première phrase du texte anglais, de remplacer les mots *sets out* par le mot *lists*, comme cela a été fait au paragraphe 1 du commentaire, et d'ajouter le mot *allegedly* avant le mot *committed*.

Le paragraphe 10, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphe 11

54. M. MURPHY propose d'ajouter deux nouvelles phrases libellées comme suit à la fin du paragraphe 11 : « Certains membres considéraient que la dichotomie alléguée n'était pas soutenable et ne rendait pas compte du raisonnement suivi dans la jurisprudence très limitée sur la question. Par exemple, l'affaire *Pinochet* dont ont connu les tribunaux du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a été tranchée sur la base de l'existence d'une relation conventionnelle entre les deux

États concernés qui a été interprétée comme impliquant une renonciation à l'immunité, non sur les deux opinions exposées ci-dessus.» Il s'agit d'indiquer que, pour certains membres, les deux interprétations différentes qui sont citées ne sont pas la seule base des décisions rendues dans ce domaine et qu'il existe d'autres raisons de ne pas accorder l'immunité, par exemple parce qu'il a été implicitement renoncé à celle-ci. Il propose également de remplacer le mot *must* par le mot *may* et le mot *is* par les mots *may be* dans la troisième phrase du texte anglais et le mot «divers» par le mot «certains» dans la quatrième. Une note renvoyant au paragraphe 60 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* serait associée à la troisième phrase.

55. M. GROSSMAN GUILOFF dit que l'objet du paragraphe à l'examen est de décrire deux opinions : celle selon laquelle la commission des crimes énumérés au projet d'article 7 ne pouvant être considérée comme une fonction de l'État, ces crimes ne peuvent être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, et l'opinion contraire, à savoir que ces crimes supposent l'implication d'un État ou doivent avoir été commis avec le soutien exprès ou tacite de l'appareil d'un État. Or l'emploi dans la troisième phrase du texte anglais des mots *may* et *may be* crée une confusion et donne à penser qu'il y a peut-être en la matière trois opinions concurrentes et non deux. L'orateur dit qu'il ne s'oppose pas à ce que le commentaire mentionne l'affaire *Pinochet* dans la dernière phrase, mais que telle qu'actuellement libellée cette phrase pose problème à plusieurs autres égards.

56. M. JALLOH dit qu'il pense lui aussi que les mots *may* et *may be* introduisent une ambiguïté dans le texte anglais, mais qu'il est par contre favorable au remplacement du mot «divers» par le mot «certains». Il entretient toutefois des réserves au sujet des deux nouvelles phrases proposées, car les vues de la minorité ont déjà été suffisamment exposées. En outre, il n'est pas nécessaire de mentionner l'affaire *Pinochet*.

57. M. SABOIA dit qu'il souscrit aux observations de M. Grossman Guiloff et de M. Jalloh en ce qui concerne l'emploi des mots *may* et *may be* et qu'il est lui aussi favorable à la substitution du mot «certains» au mot «divers». Les deux nouvelles phrases proposées n'ont pas leur place dans le paragraphe 11 mais peuvent peut-être être ajoutées à la fin du paragraphe 8, qui rend compte des vues des membres minoritaires. L'orateur souscrit à l'observation qu'a faite M. Gómez Robledo quant à la nécessité d'une proportionnalité et d'un équilibre.

58. M. MURPHY dit qu'il comprend les préoccupations que peut susciter l'emploi des mots *may* et *may be* dans le texte anglais et qu'il n'insistera donc pas. Il n'est toutefois pas d'accord que les vues des membres minoritaires ne doivent être exposées qu'au paragraphe 8. Ce paragraphe traite des questions générales que soulève le projet d'article 7 dans son ensemble, alors que la partie du commentaire que la Commission est en train d'examiner a trait aux divers paragraphes de ce projet d'article. Il est donc légitime et équitable de rendre compte précisément des opinions divergentes suscitées par ces paragraphes. L'orateur propose en outre, pour répondre aux préoccupations exprimées par certains membres, de supprimer la nouvelle phrase concernant l'affaire *Pinochet* qu'il a proposée.

59. Le PRÉSIDENT propose de placer cette phrase dans une note de bas de page.

60. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle n'est pas favorable à l'ajout de deux nouvelles phrases au paragraphe 11. Ce paragraphe a pour objet d'expliquer pourquoi les mots «ne s'applique pas» sont employés dans le projet d'article. Ça n'est pas dans le paragraphe à l'examen que l'affaire *Pinochet* doit être mentionnée. L'oratrice dit qu'elle pense comme d'autres membres qu'il importe de respecter un juste équilibre lorsque l'on rend compte des opinions exprimées. Si l'on décide de conserver la référence à l'opinion de «certains membres», elle propose de remplacer ces mots par les mots «un petit nombre de membres».

61. Sir Michael WOOD dit qu'il voit mal ce que signifie la proposition «Certains membres considéraient que la dichotomie alléguée n'était pas soutenable». En fait, ce n'est pas la dichotomie qui n'est pas soutenable, mais bien les vues exposées dans les deux nouvelles phrases. Le paragraphe 11 devrait être adopté dans son libellé actuel.

62. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que, dans la première phrase du texte anglais, les mots *does not apply* doivent être remplacés par les mots *shall not apply*.

63. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite conserver le libellé actuel du paragraphe 11 moyennant le remplacement du mot «divers» par le mot «certains» dans la quatrième phrase et l'ajout d'une note de bas de page mentionnant l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

64. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots «l'immunité de juridiction *ratione materiae* dont peut» qui figurent dans la première phrase par les mots «l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère dont peut». Il propose en outre de supprimer la mention des «praticiens du droit» dans la seconde phrase, car le texte n'est pas uniquement destiné aux praticiens du droit.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

65. Le PRÉSIDENT dit que dans le texte anglais les mots *does not apply* devraient être remplacés par les mots *shall not apply*.

66. Sir Michael WOOD propose de remplacer les mots *on this occasion* par les mots *in draft article 7* dans la deuxième phrase du texte anglais.

Le paragraphe 13, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

67. M. MURPHY propose de remanier comme suit la première phrase : « L'expression "crimes de droit international" désigne les actes érigés en crimes par le droit international, qu'ils soient ou non incriminés en droit interne. » Dans la deuxième phrase du texte anglais, le mot *covered* serait remplacé par le mot *addressed* et le mot « universels » qui figure dans la même phrase serait supprimé.

68. M. PARK, qu'appuie M. JALLOH, dit qu'il n'est pas d'accord avec les modifications qu'il est proposé d'apporter à la première phrase, car elles affaiblissent le texte.

69. M. MURPHY dit que l'expression « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » est généralement associée au préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, donc uniquement aux quatre crimes relevant de la compétence de la Cour. La modification qu'il propose d'apporter à la première phrase vise à préciser que tous les crimes énumérés dans le projet d'article 7 de la Commission doivent être considérés comme faisant partie des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale bien qu'ils ne soient pas tous visés dans le Statut de Rome. Comme indiqué au paragraphe 16 du commentaire, la Commission n'a jamais employé l'expression « crimes de droit international » au sens de « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

70. M. JALLOH dit que, si l'expression « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » est effectivement employée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et est en fait reprise du préambule du projet de statut d'une cour criminelle internationale[431] adopté par la Commission en 1994, les spécialistes ont commencé à débattre du concept de « crimes de droit international » bien avant l'adoption du Statut : cette expression apparaît pour la première fois dans le principe 6 des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[432] (Principes de Nuremberg). Elle a été reprise dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité adopté par la Commission en 1954[433] et dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996[434]. Bien qu'employée dans ces instruments, l'expression « crimes de droit international » a pratiquement toujours été entendue comme englobant d'autres infractions que celles visées par le Statut de Rome, par exemple les infractions commises contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé. Comme l'indiquent également les commentaires de ces instruments, les crimes de droit international sont les crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale. L'orateur dit que pour cette raison, bien qu'il sache gré à M. Murphy de son souci de clarté, le texte initial de la première phrase lui semble parfaitement adéquat.

71. M^me^ LEHTO propose de retenir à la fois le texte initial et la modification proposée, de telle manière que les deux premières phrases du paragraphe 15 se liraient comme suit : « L'expression "crimes de droit international" désigne les actes érigés en crimes par le droit international, qu'ils soient ou non incriminés en droit interne. Les crimes énumérés à l'article 7 sont les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale, au sein de laquelle il existe un large consensus quant à leur définition et à l'existence d'une obligation de les prévenir et de les réprimer. »

72. Sir Michael WOOD dit qu'il appuie la proposition de M^me^ Lehto. Il rappelle de plus que le rapport du Comité de rédaction sur le sujet indique que l'expression « crimes de droit international » est employée au paragraphe 1 pour souligner que le projet d'article 7 ne vise que les crimes qui trouvent leur fondement dans l'ordre juridique international et sont définis sur la base du droit international et non du droit interne.

73. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle appuie la proposition de M^me^ Lehto. Quant aux observations de Sir Michael Wood, la primauté du droit international s'agissant des crimes de droit international est expliquée en détail au paragraphe 16. Pour parvenir à un consensus, la première phrase devrait être remaniée pour indiquer que l'expression « crimes de droit international » s'entend des crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale qui sont définis en droit international et sur lesquels il existe un large consensus international.

74. M. GÓMEZ ROBLEDO propose que, comme dans le Statut de Rome, les mots « communauté internationale » soient suivis des mots « dans son ensemble ».

75. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 15 tel que modifié par M^me^ Lehto et moyennant l'insertion des mots « dans son ensemble » après les mots « communauté internationale », proposée par M. Gómez Robledo.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

Paragraphe 17

76. M. MURPHY propose de supprimer les mots « catégories de » qui précèdent le mot « crimes » dans la dernière phrase et d'ajouter après celle-ci deux nouvelles phrases ainsi libellées :

---

[431] Le projet de statut d'une cour criminelle internationale adopté par la Commission en 1994 est reproduit dans *Annuaire… 1994*, vol. II (2^e^ partie), p. 28 et suiv., par. 91.

[432] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (en anglais seulement), document A/1316, p. 374 à 378, par. 97 à 127. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n^o^ 12* (A/1316), par. 97 à 127.

[433] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II (en anglais seulement), document A/2693, p. 151 et 152, par. 54. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n^o^ 9* (A/2693), par. 54.

[434] Le projet de code adopté par la Commission en 1996 est reproduit dans *Annuaire… 1996*, vol. II (2^e^ partie), p. 17 et suiv., par. 50.

« Certains membres ont toutefois relevé que seulement sept lois nationales avaient été identifiées comme prévoyant expressément une exception à l'immunité *ratione materiae* devant les tribunaux pénaux nationaux s'agissant du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et que la grande majorité des États n'avaient fait figurer d'exceptions à cette immunité ni dans leurs codes pénaux ni dans leur législation d'application du Statut de Rome. Quant à la jurisprudence étayant une exception à l'immunité *ratione materiae* devant les tribunaux internes, ces membres ont fait observer qu'aucune juridiction internationale n'avait refusé de reconnaître cette immunité et que seulement une décision judiciaire nationale, deux décisions judiciaires nationales et cinq décisions judiciaires nationales étaient invoquées à l'appui d'une exception à l'immunité s'agissant du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, respectivement. »

77. Ces deux nouvelles phrases visent à rendre compte de l'opinion de certains membres quant à la raison pour laquelle l'existence d'une exception en ce qui concerne les crimes en question n'est pas étayée par la pratique existante.

78. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle entretient des réserves au sujet de l'ajout proposé, dont certaines ont trait à la question, déjà soulevée, de la manière dont il convient de rendre compte des opinions majoritaire et minoritaire. Elle comprend toutefois les préoccupations des membres qui se trouvent dans la minorité et se demande s'il pourrait être acceptable d'ajouter, à la fin du paragraphe tel qu'actuellement libellé, une phrase se lisant comme suit : « Certains membres considéraient toutefois que l'inclusion de ces crimes dans le projet d'article 7 n'était pas étayée par la pratique. »

79. Sir Michael WOOD dit que, s'il n'est pas opposé à l'ajout proposé par la Rapporteuse spéciale, son adoption nécessitera une note de bas de page renvoyant au paragraphe 8, dans lequel les vues de certains membres sont expliquées en détail.

80. M. SABOIA dit qu'il appuie la phrase supplémentaire proposée par la Rapporteuse spéciale et propose de mentionner le nombre de décisions judiciaires nationales pertinentes dans une note de bas de page plutôt que dans le corps du paragraphe.

81. M. MURPHY dit que ni la proposition de la Rapporteuse spéciale ni celle de Sir Michael Wood ne le satisfont, et il propose de libeller la nouvelle phrase comme suit : « On a fait observer qu'avaient été invoquées à l'appui de ces exceptions sept lois nationales, une décision judiciaire nationale relative au génocide, deux décisions judiciaires nationales relatives aux crimes contre l'humanité et cinq décisions judiciaires nationales relatives aux crimes de guerre, mais aucune décision de juridiction internationale. » L'orateur dit qu'il préférerait que les lois et décisions judiciaires en question soient citées dans une note de bas de page mais qu'il peut, dans un esprit de consensus, renoncer à une telle note.

82. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il appuie la modification proposée par la Rapporteuse spéciale et propose d'insérer une note de bas de page renvoyant au paragraphe 8 et aux affaires citées dans celui-ci.

83. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit qu'il préférerait que les chiffres relatifs aux décisions judiciaires et lois nationales figurent dans une note de bas de page plutôt que dans le paragraphe 17 lui-même.

84. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) propose que la Commission se limite pour le moment à adopter le corps du paragraphe 17 et examine les notes de bas de page y relatives une fois qu'elle aura adopté les notes de bas de page relatives aux paragraphes 5 et 8.

85. M. MURPHY dit qu'il n'appuie pas cette proposition. Tous les membres ont droit à ce qu'il soit rendu compte de leur opinion là où ils le souhaitent dans le commentaire.

86. Le PRÉSIDENT propose que la Commission laisse le paragraphe 17 en suspens afin que des consultations informelles puissent se tenir.

87. M. GROSSMAN GUILOFF dit que, s'il appuie la proposition de laisser le paragraphe 17 en suspens, il tient aussi à exprimer son appui à la position de M. Murphy. Par principe, il doit être rendu compte, ne serait-ce que brièvement, de l'opinion des membres concernés, comme de toute opinion minoritaire. L'orateur suggère en outre à M. Murphy de vérifier les sources citées dans les notes de bas de page, car elles semblent incomplètes.

88. Sir Michael WOOD dit qu'il souscrit à la proposition de suspendre l'examen du paragraphe 17. De plus, non seulement rendre compte des opinions distinctes relève d'un principe qui doit être appliqué, mais il en va de même de l'idée que les membres concernés doivent pouvoir exprimer leur opinion comme ils le jugent bon.

89. M. TLADI dit que les membres doivent assurément pouvoir exprimer leur opinion dans le commentaire, mais qu'il convient aussi de respecter un équilibre d'ensemble dans le compte rendu des opinions.

Le paragraphe 17 est laissé en suspens.

Paragraphe 18

90. M. MURPHY propose plusieurs modifications de forme mineures au paragraphe 18.

91. M. TLADI propose d'ajouter une nouvelle avant-dernière phrase se lisant comme suit : « De surcroît, il a été incriminé dans la législation de nombreux États. » Une note de bas de page appelée à la fin de cette phrase pourrait donner un aperçu de la pratique et de la législation des États.

92. M. MURPHY, souscrivant à la proposition de M. Tladi, propose que la Commission adopte le paragraphe à l'examen étant entendu que les notes de bas de page y afférentes seront examinées ultérieurement, comme celles afférentes à certains paragraphes précédents.

93. Sir Michael WOOD dit qu'il serait réticent à adopter une note de bas de page concernant une liste de lois sans en avoir d'abord vérifié l'exactitude.

94. M. ŠTURMA dit qu'en principe les propositions de tous les membres doivent être traitées de la même manière : cela vaut également pour les notes de bas de page.

95. Mme LEHTO propose de remplacer, dans la phrase proposée par M. Tladi, les mots « a été incriminé dans » par les mots « est couvert par ».

96. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la proposition de M. Tladi telle que modifiée par M. Murphy et Mme Lehto.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 18 h 10.

3389e SÉANCE

Vendredi 4 août 2017, à 10 heures

Président : M. Georg NOLTE

Présents : M. Argüello Gómez, M. Aurescu, M. Cissé, Mme Escobar Hernández, Mme Galvão Teles, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Laraba, Mme Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nguyen, Mme Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria, M. Saboia, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (*fin*)

Chapitre VI. *Protection de l'atmosphère* (*fin) [A/CN.4/L.902 et Add.1 et 2]**

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre VI du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.902/Add.2.

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*fin)**

2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*fin**)

Commentaire du projet de directive 9 (Relation entre règles) [*fin**]

Paragraphe 12 (*fin**)

2. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit qu'à l'issue de consultations avec un petit groupe de membres, il propose de remanier les deux premières phrases comme suit :

> « L'un des problèmes qui se pose en ce qui concerne la relation entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère et les règles du droit international des droits de l'homme est que les unes et les autres n'ont pas le même champ d'application. Si les règles de droit international relatives à l'atmosphère s'appliquent non seulement à l'État sur le territoire duquel se trouvent les victimes, mais aussi à l'État qui est à l'origine du préjudice, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État. »

3. Il s'agissait essentiellement d'éviter d'utiliser l'expression « application extrajuridictionnelle », que la Commission n'approuvait pas. Le Rapporteur spécial propose donc de remanier la troisième phrase comme suit : « Partant, la situation dans laquelle une activité nocive pour l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes situées dans un autre État soulève la question de l'interprétation de la notion de "compétence" dans le contexte des obligations relatives aux droits de l'homme. » La note de bas de page appelée après le mot « extrajuridictionnelle » serait supprimée, étant devenue superflue, et les autres notes de bas de page renumérotées en conséquence. La quatrième phrase serait supprimée.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13 (*fin**)

4. M. MURASE (Rapporteur spécial) dit que le petit groupe de membres susmentionné propose de remanier le paragraphe 13 comme suit :

> « On voudra peut-être prendre en considération la pertinence du principe de la non-discrimination. Il n'est pas raisonnable de penser que le droit international des droits de l'homme ne couvre pas la pollution atmosphérique et la dégradation de l'environnement à l'échelle mondiale et que la loi ne protège que les victimes de pollution "intrafrontières". Pour certains auteurs, le principe de la non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale comme si elles survenaient sur son territoire. De surcroît, dans la mesure où les normes relatives aux droits de l'homme pertinentes sont aujourd'hui reconnues comme des règles établies ou émergentes du droit international coutumier, elles pourraient être considérées comme venant recouper les normes environnementales relatives à la protection de l'atmosphère, notamment celles qui se rapportent à la diligence requise (projet de directive 3), à l'évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4), à l'utilisation durable de l'atmosphère (projet de directive 5), à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère (projet de directive 6) et à la coopération internationale (projet de directive 8), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer ces deux corpus de manière harmonieuse. »

5. Le Rapporteur spécial dit qu'il propose, à l'issue de nouvelles consultations avec le groupe, d'ajouter les mots « Certains auteurs soutiennent qu' » au début de la deuxième phrase pour indiquer qu'il s'agit de l'opinion

---

* Reprise des débats de la 3387e séance.

de certains auteurs seulement. En conséquence, les mots « Pour certains auteurs » seraient remplacés par les mots « Selon eux » au début de la troisième phrase.

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de directive 9, tel que modifié, est adopté.

La section C, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VI du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre I. ***Organisation de la session*** **(A/CN.4/L.897)**

6. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre I du projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.897.

Organisation de la session

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

A. Membres de la Commission

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

Paragraphes 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

C. Comité de rédaction

Paragraphes 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

D. Groupes de travail

Paragraphes 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

Le paragraphe 12 est adopté.

L'ensemble du chapitre I du projet de rapport de la Commission est adopté.

Chapitre VII. ***Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*** **(suite) [A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3]**

7. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre VII du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.2.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*suite*)

2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*suite*)

Commentaire du projet d'article 7 (Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas) [*suite*]

Paragraphe 19

8. M. MURPHY dit que certains membres souhaiteraient qu'il soit indiqué à la fin du paragraphe que la non-application de l'immunité dans les cas d'apartheid, de torture et de disparitions forcées n'est guère étayée dans la jurisprudence et les législations internes. La phrase exprimant leurs doutes à cet égard serait libellée comme suit : « Certains membres ont toutefois fait observer qu'aucune décision de juridiction internationale ni aucune loi nationale concernant les crimes d'apartheid ou de torture, ni aucune décision de juridiction nationale concernant les crimes d'apartheid ou de disparition forcée n'ont été invoquées comme confirmant expressément l'existence d'une exception à l'immunité *ratione materiae* s'agissant de ces trois crimes dans le cadre de procédures pénales devant les tribunaux internes, et qu'une seule loi nationale concernant la disparition forcée et seulement cinq décisions de juridictions nationales concernant la torture l'ont été à cette fin. » Le petit groupe de membres qui s'est réuni pour examiner les modifications à apporter au document A/CN.4/L.903/Add.2 ne s'est pas penché sur cette question.

9. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'étant donné que la proposition qui vient d'être faite n'a jamais été examinée par le groupe, elle ne peut être considérée comme une proposition de celui-ci et doit donc être considérée comme non avenue. Elle appelle l'attention sur sa propre proposition, qui se lit comme suit : « Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était pas étayée dans la pratique. » Comme il s'agit du commentaire de la Commission concernant un projet d'article qui a déjà été adopté, indiquer que des membres ont estimé que la teneur de ce projet d'article n'était pas étayée dans la pratique est suffisant. Un commentaire n'est pas la reproduction du compte rendu analytique ni un relevé statistique.

10. Le PRÉSIDENT demande à M. Murphy si une note de bas de page serait associée à la phrase qu'il propose.

11. M. MURPHY dit qu'il a effectivement l'intention de proposer d'associer une note de bas de page à cette phrase. Pour autant qu'il sache, aucune règle n'interdit d'indiquer que le projet d'article n'est étayé par aucune loi nationale ou décision de juridiction internationale. Il ne comprend pas pourquoi la Rapporteuse spéciale s'oppose à ce qu'il soit rendu compte par une phrase de l'opinion des membres de la Commission qui considèrent qu'il n'y a pas de pratique en la matière.

12. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle souhaiterait connaître l'avis des membres de la Commission sur sa proposition et sur celle de M. Murphy.

13. Le PRÉSIDENT invite les membres à s'exprimer sur les deux propositions.

14. M. SABOIA dit que la proposition faite par la Rapporteuse spéciale est raisonnable et qu'elle devrait être soumise à la Commission pour décision.

15. Sir Michael WOOD propose, à titre de compromis, qu'une phrase comme celle proposée par la Rapporteuse spéciale soit ajoutée au texte du paragraphe 19 et que la phrase proposée par M. Murphy soit placée dans une note de bas de page associée à ce paragraphe.

16. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'il lui semble que la Commission est sur le point de transformer en un commentaire ce qui n'en est pas un. On tente d'imposer un point de vue contraire à celui de la Rapporteuse spéciale et à la position générale adoptée par la Commission. À titre de compromis, elle propose d'ajouter une phrase ainsi libellée : « Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était pas étayée, que ce soit dans la pratique, dans la jurisprudence nationale ou internationale, ou dans les législations internes. » La Rapporteuse spéciale indique qu'elle ne saurait en aucun cas aller plus loin.

17. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ et M. RUDA SANTOLARIA disent qu'ils appuient la proposition de la Rapporteuse spéciale et estiment que la note de bas de page proposée par M. Murphy n'est pas nécessaire.

18. M. PARK dit qu'il appuie la proposition de la Rapporteuse spéciale mais demande si la phrase proposée par M. Murphy figurera dans une note de bas de page.

19. Le PRÉSIDENT indique que, dans le cadre de la proposition de la Rapporteuse spéciale, la phrase proposée par M. Murphy ne figurerait pas dans une note de bas de page.

20. M. MURPHY dit qu'au lieu de dire que la décision de mentionner les crimes en question dans le projet d'article 7 n'est pas étayée, il serait préférable de dire que cette décision n'est guère, voire pas du tout, étayée, car on peut citer certaines affaires à l'appui de cette décision.

21. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle peut accepter de remplacer les mots « n'était pas étayée dans la pratique » par les mots « n'était guère, voire pas du tout, étayée dans la pratique ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

22. M. MURPHY propose de libeller la première phrase comme suit : « Bien que des membres de la Commission aient suggéré de faire figurer dans la liste d'autres crimes tels que l'esclavage, la traite des êtres humains, la prostitution des enfants, la pornographie mettant en scène des enfants ou la piraterie, qui font aussi l'objet d'instruments internationaux établissant des régimes de prévention, de répression et de sanction propres à chacun, la Commission a décidé de n'en rien faire. » Les mots « le trafic de migrants » peuvent être supprimés car ils sont synonymes de traite des êtres humains. La deuxième proposition de la phrase indique que c'est parce que ces crimes font aussi déjà l'objet d'un traité que certains membres souhaitent qu'ils figurent dans la liste.

23. M. RAJPUT propose de mentionner le terrorisme entre l'esclavage et la traite des êtres humains.

24. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle approuve les modifications proposées.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21

25. M. MURPHY dit que les paragraphes 21 à 24 devraient probablement être supprimés parce qu'ils renvoient à des questions qui ne sont pas traitées dans le projet d'article 7. En effet, ils évoquent la corruption et l'exception territoriale et, bien que ces sujets aient été examinés dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/701), à l'issue des débats en plénière et au Comité de rédaction, ils n'ont finalement pas été mentionnés dans le projet d'article 7 pour diverses raisons. La Commission n'a toutefois pas défini de critère spécifique pour exclure ces questions. Peut-être est-il possible de remanier ces paragraphes pour tenter de parvenir à un consensus sur les raisons de faire figurer ou de ne pas faire figurer tel ou tel crime dans la liste, mais cela serait complexe et prendrait du temps. La solution la plus simple serait donc de supprimer ces paragraphes, car on trouve une explication dans le rapport du Président du Comité de rédaction, qui a abordé ces questions.

26. M. PARK dit que les paragraphes 21 à 24 sont importants et devraient donc être conservés. L'examen de cette question par la Commission est pertinent et il doit en être rendu compte dans le commentaire.

27. M. SABOIA dit que lui non plus n'est pas d'accord avec M. Murphy. Les paragraphes 21 à 24 sont effectivement très importants. De plus, selon la pratique établie, les commentaires rendent compte non seulement de la teneur des dispositions qui ont été adoptées mais aussi des arguments qui ont amené la Commission à exclure certaines questions. L'historique de l'adoption et de l'examen des dispositions est précieux, car il s'apparente à des travaux préparatoires et il y est souvent fait référence lorsque l'on étudie l'évolution des travaux sur tel ou tel sujet. Les paragraphes en question devraient donc être conservés.

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphe 22

28. M. TLADI dit que, s'il souscrit en grande partie à l'opinion exprimée par M. Murphy, il n'est pas d'accord avec la solution proposée par celui-ci. Il serait préférable, plutôt que de supprimer le paragraphe 22, de le modifier en insérant, après la troisième phrase, une nouvelle phrase ainsi libellée : « D'autres encore n'étaient pas certains que la corruption satisfasse au même critère de gravité que les crimes énumérés au projet d'article 7. » Le remplacement, dans la dernière phrase, des mots « la grande majorité des membres » par les mots « certains membres » indiquerait

que l'opinion exprimée dans cette phrase est celle de plusieurs membres mais non celle de la Commission dans son ensemble.

29. Mme ORAL dit qu'il serait plus juste de dire que de nombreux membres de la Commission partagent l'opinion rapportée dans la dernière phrase du paragraphe.

30. Le PRÉSIDENT dit qu'il est d'usage dans de telles situations d'utiliser l'expression « de nombreux membres ». Il serait peu judicieux d'essayer de donner la mesure de l'appui recueilli par cette opinion.

31. Mme GALVÃO TELES dit qu'elle est d'accord avec Mme Oral. Le principal argument avancé lors du débat en plénière pour ne pas mentionner la corruption dans la liste des crimes figurant au projet d'article 7 était que la corruption ne doit pas être considérée comme un acte officiel. Mme Galvão Teles pense comme M. Saboia qu'il est indispensable, pour qu'à la Sixième Commission les délégations puissent se prononcer en connaissance de cause, d'expliquer dans le commentaire ce qui a été retenu dans le projet d'article et ce qui ne l'a pas été et les arguments ayant motivé ce choix. Elle propose donc de remplacer les mots « la grande majorité des membres de la Commission » par les mots « plusieurs membres de la Commission » dans la dernière phrase du paragraphe.

32. M. CISSÉ dit qu'il appuie la proposition de Mme Galvão Teles. Il rappelle que, si l'opinion générale exprimée était effectivement que la corruption ne pouvait être considérée comme un acte accompli à titre officiel, lui-même a appelé l'attention, durant le débat en plénière et au Comité de rédaction, sur le fait que certains représentants de l'État tiraient parti de leur statut pour commettre des actes de corruption. Il serait bon de rendre compte de cet argument dans le paragraphe à l'examen.

33. M. RUDA SANTOLARIA dit qu'il appuie vigoureusement les opinions exprimées par Mme Oral et Mme Galvão Teles. La formulation proposée par cette dernière est bonne. Il est très important de la retenir parce que le projet d'article proposé par la Rapporteuse spéciale visait un effet particulier de la corruption. Cette infraction a été retirée de la liste parce que la majorité des membres ont estimé que les actes de corruption ne pouvaient être considérés comme accomplis à titre officiel. Le paragraphe 23 répond à la préoccupation exprimée par M. Cissé.

34. M. MURPHY demande ce qu'il faut entendre par « grande corruption » et dit qu'il serait utile d'expliquer ce terme.

35. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que ce terme peut être considéré comme relevant du développement progressif et indiquant la direction que devrait prendre ce développement.

36. M. CISSÉ dit que plusieurs membres de la Commission ont fait observer que la grande corruption, ou la corruption particulièrement grave, pouvait porter atteinte aux intérêts et à la stabilité de l'État. Ce terme désigne la corruption transnationale sur une échelle telle qu'elle déstabilise l'économie nationale, en particulier celle des pays en développement.

37. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que le terme « grande corruption » a été utilisé tout au long du débat en plénière et au Comité de rédaction pour indiquer que ce n'était pas, par exemple, le versement d'un pot-de-vin à un agent de l'État pour accélérer la délivrance d'un document qui était visé mais la corruption qui déstabilise les États et cause un préjudice grave à ceux-ci et à leur population. Il n'est donc pas douteux que les mots entre parenthèses doivent être conservés.

38. M. RAJPUT, qu'appuie M. PETRIČ, dit qu'il comprend le terme « grande corruption » comme désignant la corruption sur une grande échelle.

Le paragraphe 22, tel que modifié par M. Tladi et Mme Galvão Teles, est adopté.

Paragraphe 23

39. M. TLADI dit que les mots « la Commission considère » devraient être remplacés par les mots « d'autres ont estimé » dans la deuxième phrase, et les mots « la Commission estime » par les mots « plusieurs membres ont estimé » dans la dernière phrase.

40. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle ne s'oppose pas à la proposition de M. Tladi mais souhaite simplement que le compte rendu indique que la Commission a déjà décidé que les actes en question n'étaient pas des actes accomplis à titre officiel.

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

41. Le PRÉSIDENT, faisant observer que la question très importante de l'exception territoriale n'a pas été examinée de manière approfondie au Comité de rédaction et que la jurisprudence en la matière est nuancée, dit que la Commission ne devrait peut-être pas énoncer une proposition aussi radicale que celle qui figure dans la dernière phrase. Il propose donc d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi libellée : « L'opinion a été exprimée que les règles applicables étaient plus nuancées » ; serait associée à cette phrase une note de bas de page renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie (Grèce intervenant))*. Dans cette affaire, la Cour a jugé que même si un acte était accompli sur le territoire d'un autre État, cet autre État n'était pas compétent en raison de l'immunité. Telle qu'actuellement libellée, la dernière phrase du paragraphe va beaucoup plus loin que l'arrêt de la Cour.

42. M. MURPHY dit que la proposition avancée dans ce paragraphe − à savoir que lorsqu'un État ne consent pas à ce que telle ou telle activité soit menée sur son territoire, il n'y a pas d'immunité − est extraordinaire et n'est absolument pas étayée en droit international. Il propose donc soit de supprimer ce paragraphe, soit de le modifier sur la base des propositions qu'il a faites dans le document officieux distribué à la séance précédente. Si toutefois les membres souhaitent conserver une proposition de ce type, qui selon lui compromet totalement l'ensemble du projet, ils sont bien entendu libres de le faire, mais ils feraient là une énorme erreur.

43. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que l'exception territoriale a été examinée au Comité de rédaction sur la base d'une proposition modifiée qu'elle a élaborée pour tenir compte de l'opinion exprimée en plénière, à savoir que la proposition qui figurait dans son cinquième rapport était trop générale du point de vue de la portée des exceptions et que la formulation hypothétique proposée par M. Kolodkin dans son deuxième rapport[435] était préférable. Plusieurs membres du Comité ont indiqué que la question n'était pas celle de l'existence ou de l'inexistence de l'immunité mais le fait que les actes en question, pour l'essentiel des actes d'espionnage et de sabotage, ne pouvaient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel et qu'en conséquence ils n'étaient pas couverts par l'immunité et le principe de la territorialité prévalait. En aucune circonstance les règles envisagées à cet égard ne s'appliquent, par exemple, aux personnes jouissant de l'immunité diplomatique ou aux autres personnes jouissant de l'immunité en vertu de traités. La Rapporteuse spéciale indique qu'elle n'est pas pour sa part favorable à la suppression du paragraphe ; la proposition faite par M. Murphy dans son document officieux peut toutefois servir de base pour traiter de la question. S'agissant de l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'immunité des représentants de l'État mais sur l'immunité de l'État en relation avec un type bien particulier d'actes, à savoir les actes commis dans le cadre d'un conflit armé. De tels actes ne sont toutefois pas pertinents dans le contexte à l'examen, puisqu'il a été convenu que les questions touchant les forces armées ne relevaient pas du sujet. La Rapporteuse spéciale indique toutefois qu'elle ne s'oppose pas à la proposition du Président.

44. M. SABOIA dit que l'explication de la Rapporteuse spéciale, qui montre que la teneur du paragraphe n'est pas aussi radicale que ne le craint M. Murphy, a dissipé ses préoccupations et devrait dissiper celles des autres membres. Il estime que la Commission doit soit adopter le paragraphe à l'examen tel quel, soit le remanier sur la base de la proposition présentée par M. Murphy dans son document officieux.

45. M. ŠTURMA dit que pour dissiper les craintes telles que celles exprimées par M. Murphy il serait utile de faire figurer dans le commentaire certaines des explications données par la Rapporteuse spéciale, par exemple d'indiquer que les crimes en question concernent des actes tels que l'espionnage et que le paragraphe est sans préjudice de l'immunité dont jouissent les diplomates et les membres des forces armées déployées dans le cadre d'accords sur le statut des forces, entre autres. Il serait également utile de mentionner l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*.

46. Le PRÉSIDENT dit que ce que vient de dire M. Šturma donne à penser que tel qu'actuellement libellé le paragraphe à l'examen traite de manière trop simple d'une question complexe. Par exemple, les exceptions en question ne sont pas seulement des exceptions conventionnelles, comme le montre l'exemple qu'il a mentionné. La question traitée dans le paragraphe est une question très importante, et la Commission devrait élaborer un texte acceptable pour tous. Il propose donc de suspendre l'adoption du paragraphe pour permettre à tous les membres intéressés de formuler une proposition. Il dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite procéder ainsi.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 25

47. Sir Michael WOOD propose de remanier comme suit le début de la première phrase : « Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a pour objet d'établir un lien ».

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 26 et 27

Les paragraphes 26 et 27 sont adoptés.

Paragraphe 28

48. Sir Michael WOOD propose d'insérer les mots *and solely for the purposes of draft article 7* après les mots *reasons of convenience and appropriateness* dans la dernière phrase du texte anglais.

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphe 30

49. Sir Michael WOOD propose d'ajouter les mots « et ont le même sens » à la fin de la dernière phrase.

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 31 à 35

Les paragraphes 31 à 35 sont adoptés.

Paragraphes 5 et 8 (*fin*)

50. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que, à la suite d'une proposition faite par le Président à la séance précédente, un petit groupe de membres s'est réuni pour régler certaines questions en suspens concernant les notes de bas de page associées au paragraphe 5, qui expliquent la position de la Commission au sujet du projet d'article 7, et au paragraphe 8, qui exposent les vues de ceux qui sont opposés à l'adoption de ce projet d'article, et il a formulé plusieurs propositions qui ont été distribuées aux membres de la Commission pour examen.

51. S'agissant du paragraphe 5, il est proposé de modifier comme suit le début de la note de bas de page appelée après les mots « pour certains crimes internationaux » : « Voir les décisions rendues dans les affaires ci-après, citées pour illustrer cette tendance : ». Il est en outre proposé de modifier comme suit le début de la note de bas de page appelée après les mots « commission de crimes internationaux » : « À l'appui de ce point de vue, on a mentionné la loi organique n^o^ 16/2015 du 27 octobre ». La note de bas de page appelée à la fin du paragraphe 5 demeurerait inchangée.

[435] *Annuaire… 2010*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport).

52. En ce qui concerne le paragraphe 8, M. Murphy a proposé, dans le document officieux qu'il a distribué, d'ajouter trois notes de bas de page citant respectivement des décisions de tribunaux internes, des lois nationales et le droit conventionnel. Le texte de ces notes, tel que modifié par le groupe officieux, figure dans les propositions distribuées aux membres de la Commission.

53. Le PRÉSIDENT, remerciant le groupe du travail qu'il a accompli, dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter les propositions concernant les paragraphes 5 et 8 élaborées par le groupe et distribuées par écrit aux membres de la Commission.

Il en est ainsi décidé.

Les paragraphes 5 et 8, ainsi modifiés, sont adoptés.

54. M. TLADI, évoquant une observation faite par Mme Escobar Hernández au sujet du paragraphe 23 concernant une décision prise par la Commission, dit qu'il n'a pu trouver dans les quatre rapports précédents de la Commission aucune mention d'une décision qu'elle aurait prise de considérer que les actes de corruption ne sont pas couverts par l'immunité.

Paragraphe 17 (*fin*)

55. M. MURPHY propose d'apporter au paragraphe 17 la même modification qu'au paragraphe 19.

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18 (*fin*)

56. M. TLADI, rappelant qu'il a proposé à la séance précédente d'associer une note de bas de page à la nouvelle avant-dernière phrase qui a été adoptée, dit qu'il a distribué en ce qui concerne cette note une proposition écrite remaniée qui tient compte des observations faites par les membres, en particulier en ce qui concerne sa longueur.

57. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la note de bas de page révisée proposée par M. Tladi.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

58. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la partie du chapitre VII du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.3.

59. Sir Michael WOOD dit que les alinéas du projet d'article 7 devraient être désignés de manière cohérente, soit par des chiffres romains soit par des lettres, mais non par les deux. De plus, aux paragraphes 9 et 58 du texte anglais, par exemple, c'est l'expression *does not apply* qui est employée, alors que celle utilisée dans le projet d'article est *shall not apply*. Le Secrétariat devrait modifier le texte en conséquence.

60. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que le Secrétariat devrait veiller à ce que toutes les références reprennent le texte du projet d'article 7 proposé dans son cinquième rapport.

B. Examen du sujet à la présente session (*fin)**

[…]

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport

Paragraphes 1 à 12

Les paragraphes 1 à 12 sont adoptés.

2. Résumé du débat

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

a) *Observations d'ordre général*

Paragraphes 14 à 38

Les paragraphes 14 à 38 sont adoptés.

b) *Observations portant spécifiquement sur le projet d'article 7*

Paragraphes 39 à 52

Les paragraphes 39 à 52 sont adoptés.

c) *Travaux futurs*

Paragraphe 53

Le paragraphe 53 est adopté.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

Paragraphes 54 à 62

Les paragraphes 54 à 62 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

61. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) rappelle, en ce qui concerne l'adoption du chapitre VII, que la Commission a pour pratique incontestée, lorsqu'elle adopte des projets d'article accompagnés de commentaires, de ne pas faire figurer un résumé du débat dans le chapitre pertinent de son rapport annuel. Cette pratique n'a toutefois pas été suivie dans le chapitre du projet de rapport à l'examen concernant le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », qui contient le projet d'article 7 et le commentaire y relatif ainsi qu'un résumé du débat. Pour justifier la décision de faire figurer ce résumé dans le rapport, on a fait valoir que la Commission était face à une situation sans précédent et exceptionnelle en ce que l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale s'était étalé sur deux sessions. La Rapporteuse spéciale dit qu'elle souhaite que le compte rendu indique que la situation n'était ni sans précédent ni exceptionnelle, dans la mesure où des rapports sur d'autres sujets ont par le passé été examinés lors de plus d'une session et que, en ces occasions, aucun résumé du débat correspondant n'a été inclus dans le rapport, alors même que des projets d'article accompagnés de commentaires avaient été adoptés. La Rapporteuse spéciale dit que, si elle ne s'est pas opposée à ce qu'un résumé du débat figure dans le rapport, c'est uniquement parce qu'un membre de la Commission a appelé l'attention sur

* Reprise des débats de la 3387e séance.

le paragraphe 209 du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session[436], dans lequel il est indiqué qu'un exposé de l'intégralité du débat serait établi après la conclusion de celui-ci en 2017. La Rapporteuse spéciale précise que, bien que ce paragraphe puisse être interprété de diverses manières, elle tient à éviter tout malentendu lorsque le sujet sera examiné par l'Assemblée générale. De plus, elle a tenu compte du fait que certains membres de la Commission, en particulier ceux qui en sont devenus membres à la session en cours, lui ont dit qu'ils souhaitaient que leurs vues soient reflétées dans le rapport de la Commission. C'est pourquoi, bien que certains aspects du résumé du débat lui posent problème, elle ne s'est pas opposée à son adoption.

62. À sa soixante-dixième session, en 2018, la Commission devra, dans le cadre du Groupe de travail sur les méthodes de travail, se pencher sur la question des chapitres consacrés aux sujets et décider de l'approche qu'elle souhaite adopter en ce qui concerne la forme et le contenu de ses commentaires. La Rapporteuse spéciale indique qu'elle a l'intention dans ce contexte de présenter au Groupe de travail un document sur la question.

63. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 209 du rapport de 2016 de la Commission a effectivement constitué un facteur important dans la décision de faire figurer un résumé du débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans le rapport de 2017.

Chapitre VIII. *Normes impératives du droit international général (jus cogens)* [A/CN.4/L.904]

64. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre VIII de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.904.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté, étant entendu qu'il sera complété par le Secrétariat.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport

Paragraphes 7 à 20

Les paragraphes 7 à 20 sont adoptés.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

Paragraphes 21 et 22

Les paragraphes 21 et 22 sont adoptés.

Paragraphe 23

65. Le PRÉSIDENT propose d'insérer les mots « en soi » après les mots « ne devraient pas » dans la première phrase.

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté.

Paragraphe 25

66. Le PRÉSIDENT dit, au sujet de la deuxième phrase, que selon lui les valeurs fondamentales ne sont pas un critère d'identification du *jus cogens* et qu'ainsi leur première mention entre parenthèses devrait peut-être être supprimée.

67. M. SABOIA, qu'appuie Sir Michael WOOD, dit que les trois éléments mentionnés entre les premières parenthèses constituent l'essence du *jus cogens* et ne doivent pas être séparés ; il conviendrait donc de conserver le libellé actuel.

68. Sir Michael WOOD dit que la deuxième phrase pourrait en fait être totalement supprimée.

69. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que si l'on supprime la deuxième phrase, il conviendrait d'insérer les mots « valeurs fondamentales, hiérarchiquement supérieures et d'application universelle » entre parenthèses après les mots « au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 » de ce qui est actuellement la troisième phrase.

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 26 à 30

Les paragraphes 26 à 30 sont adoptés.

Paragraphe 31

70. M. MURPHY dit que pour rendre compte du débat qui a eu lieu à la Commission, il conviendrait d'insérer au début du paragraphe une phrase ainsi libellée : « Plusieurs membres sont convenus que le droit international coutumier était le principal fondement du *jus cogens*. »

Le paragraphe 31, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 32

71. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, propose de remplacer les mots « les principes généraux constituaient bien des principes aux fins du *jus cogens* » qui figurent dans la deuxième phrase par les mots « pouvaient servir de fondement au *jus cogens* ».

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 33 et 34

Les paragraphes 33 et 34 sont adoptés.

[436] *Annuaire… 2016*, vol. II (2e partie), p. 220, par. 209.

Paragraphe 35

72. Mme LEHTO propose de remplacer les mots « plusieurs membres ont déconseillé cette approche » qui figurent à la fin de la première phrase par les mots « et d'autres ont dit que c'était un outil analytique utile ». La phrase suivante se lirait comme suit : « Plusieurs ont toutefois fait observer que, dans la pratique, la formation du *jus cogens* ne se faisait pas nécessairement suivant les deux séquences indiquées. »

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36

73. M. MURPHY propose d'insérer les mots « S'agissant du deuxième de ces critères, » au début de la première phrase.

Le paragraphe 36, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 37

Le paragraphe 37 est adopté.

Paragraphe 38

74. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots « si ces normes étaient ou non universelles » qui figurent dans la deuxième phrase par les mots « si cette notion s'inscrivait ou non dans le cadre du présent sujet ». Il conviendrait de plus, dans la première phrase du texte anglais, d'ajouter les mots *the question of the possibility of* avant les mots *regional* jus cogens.

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté.

b) *Commentaires spécifiques sur les projets de conclusion*

i) *Commentaires généraux sur la structure du projet de conclusions*

Paragraphe 40

Le paragraphe 40 est adopté.

ii) *Projet de conclusion 4*

Paragraphe 41

Le paragraphe 41 est adopté moyennant une modification de forme mineure.

iii) *Projet de conclusion 5*

Paragraphe 42

Le paragraphe 42 est adopté.

iv) *Projet de conclusion 6*

Paragraphe 43

Le paragraphe 43 est adopté.

v) *Projet de conclusion 7*

Paragraphe 44

Le paragraphe 44 est adopté.

vi) *Projet de conclusion 8*

Paragraphe 45

Le paragraphe 45 est adopté.

vii) *Projet de conclusion 9*

Paragraphe 46

Le paragraphe 46 est adopté.

viii) *Intitulé du sujet*

Paragraphe 47

Le paragraphe 47 est adopté moyennant des modifications de forme mineures.

ix) *Travaux futurs*

Paragraphe 48

Le paragraphe 48 est adopté.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

Paragraphes 49 à 58

Les paragraphes 49 à 58 sont adoptés.

Paragraphe 59

75. Le PRÉSIDENT propose de supprimer le mot « dûment » dans la première phrase.

Le paragraphe 59, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 60

Le paragraphe 60 est adopté.

Paragraphe 61

76. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots « ne faisaient pas partie » qui figurent dans la première phrase par les mots « ne peuvent pas faire partie ». Dans la même phrase, il conviendrait de remplacer les mots « conclure hâtivement que les traités faisaient partie du droit international général » par les mots « conclure hâtivement que tel ou tel traité codifiait une règle du droit international général ».

77. M. TLADI (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « faisaient partie » par les mots « pouvaient en soi participer » dans la même phrase.

Le paragraphe 61, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 62 à 66

Les paragraphes 62 à 66 sont adoptés.

Paragraphe 67

78. Le PRÉSIDENT propose d'insérer le mot « possibles » après les mots « moyens de preuve » figurant dans la seconde phrase, car toutes les dispositions des constitutions nationales ne constituent pas une preuve de l'existence d'une norme du droit international coutumier. Le contenu de chaque constitution doit être évalué pour en déterminer la pertinence.

79. M. TLADI (Rapporteur spécial) dit que l'observation du Président vaut pour tous les types de preuve et que le mot « possibles » est donc superflu.

Le paragraphe 67 est adopté.

Paragraphes 68 et 69

Les paragraphes 68 et 69 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VIII du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre X. *Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés* (A/CN.4/L.906)

80. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre X de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.906.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 3 à 8

Les paragraphes 3 à 8 sont adoptés.

81. Le PRÉSIDENT dit qu'à l'issue de consultations au sein du Bureau et entre les membres, il croit comprendre que la Commission souhaite nommer M^me^ Marja Lehto Rapporteuse spéciale pour le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ».

Il en est ainsi décidé.

82. Le PRÉSIDENT dit que deux paragraphes seront ajoutés à la fin du document A/CN.4/L.906 pour rendre compte de la décision qui vient d'être prise.

Nouveau paragraphe 9

83. Le PRÉSIDENT propose l'ajout d'un nouveau paragraphe 9 ainsi libellé : « À sa 3385^e^ séance, le 2 août 2017, la Commission a entendu le rapport oral du Président du Groupe de travail. » Le secrétariat affinera le texte de ce paragraphe si nécessaire.

Le nouveau paragraphe 9 est adopté sous cette réserve.

Nouveau paragraphe 10

84. Le PRÉSIDENT propose d'insérer un nouveau paragraphe 10 ainsi libellé : « À la suite de consultations au sein du Bureau et entre les membres, la Commission a décidé, à sa 3389^e^ séance, le 4 août 2017, de nommer M^me^ Marja Lehto Rapporteuse spéciale. »

Le nouveau paragraphe 10 est adopté.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre X du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

85. M^me^ LEHTO remercie les membres de la Commission de la confiance qu'ils lui témoignent. Elle compte qu'ils l'aideront à mener les travaux sur le sujet à bonne fin.

Chapitre IX. *Succession d'États en matière de responsabilité de l'État* (A/CN.4/L.905)

86. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre IX de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.905.

A. Introduction

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 2 à 5

Les paragraphes 2 à 5 sont adoptés.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport

Paragraphes 6 à 10

Les paragraphes 6 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

87. M. REINISCH propose de remplacer les mots « succession d'États universelle » qui figurent dans la première phrase par les mots « régime universel de succession d'États ». Il indique que le Rapporteur spécial a approuvé cette modification avant son départ.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

88. M. REINISCH propose, avec l'accord du Rapporteur spécial, de supprimer les mots « non liquides » qui figurent dans la première phrase tout en maintenant le mot « dettes » entre guillemets.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 13 à 17

Les paragraphes 13 à 17 sont adoptés.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

Paragraphes 18 à 21

Les paragraphes 18 à 21 sont adoptés.

Paragraphe 22

89. M. REINISCH propose, avec l'accord du Rapporteur spécial, de remplacer le mot « générale » par le mot « traditionnelle » dans la cinquième phrase.

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 23 et 24

Les paragraphes 23 et 24 sont adoptés.

b) *Observations particulières*

i) *Projet d'article premier − Portée*

Paragraphes 25 et 26

Les paragraphes 25 et 26 sont adoptés.

ii) *Projet d'article 2 − Définitions*

Paragraphes 27 et 28

Les paragraphes 27 et 28 sont adoptés.

Paragraphe 29

90. M. LLEWELLYN (Secrétaire de la Commission) dit que le Rapporteur spécial a proposé de remplacer les mots « accord de transfert » par les mots « accord d'indemnisation ».

Le paragraphe 29, ainsi modifié, est adopté.

iii) *Projet d'article 3 − Portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité*

Paragraphes 30 et 31

Les paragraphes 30 et 31 sont adoptés.

iv) *Projet d'article 4 − Déclaration unilatérale de l'État successeur*

Paragraphes 32 et 33

Les paragraphes 32 et 33 sont adoptés.

c) *Forme finale du résultat des travaux*

Paragraphe 34

Le paragraphe 34 est adopté.

d) *Programme de travail futur*

Paragraphe 35

Le paragraphe 35 est adopté.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

Paragraphes 36 à 42

Les paragraphes 36 à 42 sont adoptés.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IX du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre XI. *Autres décisions et conclusions de la Commission* (A/CN.4/L.896 et Add.1)

91. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre XI de son projet de rapport, en commençant par la partie de ce chapitre publiée sous la cote A/CN.4/L.896.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

Paragraphes 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat

Paragraphe 5

92. Sir Michael WOOD propose de remplacer le mot « texte » par le mot « principes » à l'alinéa *e*, sous les années « 2019 » et « 2021 ».

93. M. MURPHY propose de remplacer le mot « Cinquième » par le mot « Quatrième » à l'alinéa *g*.

94. Sir Michael WOOD propose de remplacer le mot « initial » par le mot « prédécesseur » sous l'année « 2018 » à l'alinéa *i* et de remplacer les mots « la première lecture » par les mots « l'examen du projet d'articles en première lecture » sous l'année « 2020 » au même alinéa.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

3. Examen de la résolution 71/148 de l'Assemblée générale, en date du 13 décembre 2016, relative à l'état de droit aux niveaux national et international

Paragraphes 6 à 15

Les paragraphes 6 à 15 sont adoptés.

4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international

Paragraphes 16 à 18

Les paragraphes 16 à 18 sont adoptés.

5. Honoraires

Paragraphe 19

Le paragraphe 19 est adopté.

6. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

7. Documentation et publications

Paragraphes 21 à 26

Les paragraphes 21 à 26 sont adoptés.

8. *Annuaire de la Commission du droit international*

Paragraphes 27 et 28

Les paragraphes 27 et 28 sont adoptés.

9. Aide de la Division de la codification

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

10. Sites Web

Paragraphe 30

Le paragraphe 30 est adopté.

11. Médiathèque de droit international des Nations Unies

Paragraphe 31

Le paragraphe 31 est adopté.

La section B, telle que modifiée, est adoptée.

C. Dates et lieux de la soixante-dixième session de la Commission

Paragraphe 32

Le paragraphe 32 est adopté.

La section C est adoptée.

95. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner la partie du chapitre XI de son projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.896/Add.1.

A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

D. Coopération avec d'autres organismes

Paragraphes 2 à 7

Les paragraphes 2 à 7 sont adoptés.

La section D est adoptée.

E. Représentation à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

La section E est adoptée.

F. Séminaire de droit international

Paragraphes 9 à 21

Les paragraphes 9 à 21 sont adoptés.

La section F est adoptée.

L'ensemble du chapitre XI du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre II. ***Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-neuvième session*** **(A/CN.4/L.898)**

96. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre II de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.898.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

97. M. MURPHY dit que, dans la deuxième phrase, la date « 1er janvier 2019 » doit être remplacée par la date « 1er décembre 2018 ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 3 à 9

Les paragraphes 3 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

98. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat veillera à ce qu'une phrase soit ajoutée pour indiquer que Mme Lehto a été nommée Rapporteuse spéciale pour le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ».

Le paragraphe 10 est adopté moyennant cet ajout.

Paragraphe 11

99. M. MURPHY dit qu'il conviendrait de mentionner les deux nouveaux sujets qui ont été inscrits au programme de travail à long terme de la Commission.

100. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat y pourvoira.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés.

Paragraphe 14

101. Sir Michael WOOD propose de remanier le paragraphe 14 : il commencerait, selon la pratique établie, par les mots « La Commission a poursuivi ses échanges d'information habituels avec », suivis d'une liste des divers organes concernés.

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

L'ensemble du chapitre II du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre VII. ***Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*** **(fin) [A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3]**

102. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de la partie du chapitre VII de son projet de rapport, publiée sous la cote A/CN.4/L.903/Add.2.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour (*fin*)

2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session (*fin*)

Commentaire du projet d'article 7 (Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas) [*fin*]

Paragraphe 24 (*fin*)

103. Le PRÉSIDENT rappelle que l'adoption du paragraphe 24 avait été suspendue en attendant l'issue de consultations entre M. Šturma, M. Murphy et la Rapporteuse spéciale. Il invite la Rapporteuse spéciale à présenter sa proposition.

104. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'en réponse aux modifications proposées par M. Šturma et M. Murphy et eu égard à sa propre conviction, à savoir que la mention dans la première phrase de l'« exception territoriale » entre parenthèses doit être conservée parce qu'elle explique la proposition qui précède et parce qu'elle sert de lien avec le projet d'article 7, elle propose de remanier le paragraphe 24 comme suit :

> « La Commission s'est également intéressée à d'autres crimes commis par le représentant d'un État étranger sur le territoire de l'État du for sans que ce dernier ait consenti ni à la présence dudit représentant sur son territoire, ni à la conduite par celui-ci des activités ayant donné lieu à la perpétration du crime (exception territoriale). Les crimes commis dans ces circonstances présentent des caractéristiques bien différentes de celles des crimes de droit international visés au paragraphe 1 du projet d'article 7 et du crime de corruption. Si d'aucuns ont estimé qu'ils pouvaient déclencher l'immunité et ne devaient pas être énumérés au projet d'article 7 parce que la pratique ne suffisait pas à justifier qu'ils soient considérés comme une exception, la Commission a toutefois jugé qu'ils ne devaient pas figurer dans le projet d'article pour d'autres raisons. Elle estime en effet que certains crimes (meurtre, espionnage, sabotage et enlèvement) commis sur le territoire d'un État dans les circonstances susmentionnées sont soumis au principe de la souveraineté territoriale et ne déclenchent pas l'immunité de juridiction *ratione materiae*, en conséquence de quoi il n'est pas nécessaire de les faire figurer sur la liste des crimes à l'égard desquels cette forme d'immunité ne s'applique pas. Cette conclusion est sans préjudice de l'immunité de juridiction pénale découlant de règles spéciales de droit international énoncée au paragraphe 2 de l'article premier. »

105. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il a proposé de mentionner une décision de la Cour internationale de Justice relative à l'immunité de l'État ; or il craint que la version révisée du paragraphe 24 ne soit lue comme contredisant cette décision.

106. M. MURPHY propose d'associer au paragraphe 24 une note renvoyant à cette décision. Il convient que la version révisée du paragraphe reflète le texte qui a été négocié dans le cadre des consultations, à l'exception de la mention entre parenthèses de l'« exception territoriale ». Il indique qu'il a proposé de supprimer ce terme parce qu'il estime qu'il est source de confusion, car le paragraphe 24 concerne une infraction pénale, non un délit civil. Est également source de confusion le fait que dans le contexte de l'immunité de l'État l'exception territoriale n'est pas, comme dans le contexte à l'examen, subordonnée à des conditions. Ainsi, par exemple, l'exception territoriale n'implique en aucune manière le consentement ou l'absence de consentement de l'État, un point présenté comme essentiel au paragraphe 24. De plus, l'expression n'est pas employée dans le projet d'article lui-même, et on voit donc mal pourquoi elle est utile s'agissant d'interpréter le paragraphe 1 de cet article. Le problème peut être réglé en supprimant le mot *tort* dans le texte anglais.

107. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle peut accepter cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

108. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter une note de bas de page renvoyant à la décision rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, qui est considérée comme la principale décision en matière d'exception territoriale. L'appel de note serait placé après le mot « *materiae* ».

109. M. REINISCH demande si, étant donné que le mot *tort* ne figure plus dans le texte anglais du paragraphe 24, le Président estime toujours nécessaire de mentionner une affaire qui concerne l'immunité de l'État et non l'immunité de juridiction pénale.

110. Le PRÉSIDENT dit qu'il estime qu'il demeure nécessaire de citer cette affaire. En fait, en supprimant le mot *tort* dans le texte anglais, la Commission a élargi la portée de ce qu'elle affirme au paragraphe 24. Comme la décision de la Cour comprend des considérations générales sur l'immunité qui peuvent être ou ne pas être applicables à la situation visée dans ce paragraphe, la Commission devrait la citer sans l'associer à telle ou telle position.

111. M. MURPHY propose de placer l'appel de note dans la quatrième phrase après les mots « certains crimes » pour ne pas donner l'impression erronée que des crimes tels que l'espionnage et le sabotage sont envisagés dans la décision de la Cour.

112. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit qu'elle partage la préoccupation exprimée par M. Reinisch. Elle propose que l'appel de note soit placé là où le propose M. Murphy, que la note renvoie à l'affaire citée par le Président et qu'elle indique que celle-ci concerne une exception dans le contexte de l'immunité de l'État.

113. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne s'oppose pas à cette proposition.

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 7, tel que modifié, est adopté.

La section C, telle que modifiée, est adoptée.

114. Sir Michael WOOD explique que c'est parce qu'il est conseil dans une affaire dans laquelle l'exception territoriale occupe une place centrale qu'il s'est gardé de prendre part au débat sur cette question, que ce soit au Comité de rédaction ou à la séance en cours.

L'ensemble du chapitre VII du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

Chapitre III. *Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission* (A/CN.4/L.899)

115. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre III de son projet de rapport, publié sous la cote A/CN.4/L.899.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

116. Sir Michael WOOD propose d'avancer la date limite traditionnelle − le « 31 janvier 2018 » − mentionnée dans ce paragraphe en la remplaçant par la date du « 15 janvier 2018 ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Paragraphe 3

117. M^me^ ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale) dit que les questions mentionnées au paragraphe 3 le sont de manière détaillée pour insister sur leur importance, car les aspects procéduraux sont un élément essentiel du sujet, et afin de rappeler aux États qu'il importe qu'ils présentent des observations à cet égard. Elle serait reconnaissante au Président d'appeler l'attention des États sur cette question dans le cadre de l'exposé qu'il présentera à la Sixième Commission lors de la Semaine du droit international 2017.

118. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne manquera pas de le faire.

Le paragraphe 3 est adopté.

B. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

C. Nouveaux sujets

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Nouveau paragraphe 7

119. M^me^ GALVÃO TELES dit qu'afin de lier la demande faite par la Commission aux États, à savoir qu'ils proposent de nouveaux sujets, aux événements devant être organisés à New York et à Genève pour célébrer le soixante-dixième anniversaire de la Commission, ainsi que pour inciter davantage les États à faire des observations sur les éventuels nouveaux sujets, elle propose d'ajouter après le paragraphe 6 un nouveau paragraphe ainsi libellé :

« La Commission note que son soixante-dixième anniversaire, qui doit être célébré pendant sa soixante-dixième session à New York et à Genève, donnera l'occasion aux États et aux membres de la Commission d'échanger leurs vues sur les éventuels sujets que la Commission pourra examiner à l'avenir. »

Il en est ainsi décidé.

L'ensemble du chapitre III du projet de rapport de la Commission, tel que modifié, est adopté.

L'ensemble du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session, tel que modifié, est adopté.

Conclusions du Président

120. Le PRÉSIDENT dit que la soixante-neuvième session a été productive. La Commission soumet à l'Assemblée générale le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité qu'elle a adopté en première lecture. Elle fournit aussi aux États Membres de nombreux éléments sur lesquels faire des observations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en ce qui concerne les autres sujets que la Commission a examinés durant la session. De plus, la Commission a mené à bien avec succès le Séminaire de droit international, auquel elle attache beaucoup d'importance.

121. La Commission peut être fière de sa productivité, de sa créativité et de l'esprit collégial dont elle a su faire montre pour surmonter les divergences d'opinions. La session a été exceptionnellement intense et l'histoire dira si la Commission a plus ou moins contribué au développement du droit international. Dans les cas où les membres de la Commission ne sont pas encore parvenus à un accord, ils ont au moins offert à l'histoire une alternative. Le Président dit qu'il sait gré à ses collègues du Bureau des avis et indications qu'ils lui ont donnés aux fins de la présidence de la Commission. Il remercie les membres du secrétariat, fonctionnaires de la Division de la codification, de leur aide extraordinairement compétente et le Bureau de liaison juridique à Genève de son assistance efficace. Il remercie également les rédacteurs de comptes rendus, les interprètes, les éditeurs, les préposés aux salles de conférence, les traducteurs et les autres fonctionnaires des services de conférence qui ont assisté quotidiennement la Commission.

Clôture de la session

122. Après les échanges de civilités d'usage, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la soixante-neuvième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à 13 h 15.

Printed at United Nations, Geneva – 2206275 **(F)** – November 2022 – 141