Document:-
A/CN.4/SR.3150

Compte rendu analytique de la 3150e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2012, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://legal.un.org/ilc/)

Copyright © Nations Unies

3150e SÉANCE

Jeudi 26 juillet 2012, à 10 heures

Président : M. Lucius CAFLISCH

Présents : M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Coopération avec d'autres organismes (*fin*)

[Point 12 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ORGANISATION JURIDIQUE CONSULTATIVE POUR LES PAYS D'ASIE ET D'AFRIQUE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Mohamad, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), et l'invite à prendre la parole devant la Commission.

2. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'en vertu de son mandat l'AALCO a notamment pour mission d'examiner les sujets traités par la Commission du droit international et de communiquer à celle-ci les vues de ses États membres. Au fil des ans, l'accomplissement de ce mandat a contribué à resserrer les liens entre les deux organes, qui ont également pour coutume d'être représentés à la session de l'autre.

3. Une réunion spéciale d'une demi-journée, consacrée à certains points inscrits à l'ordre du jour de la Commission, a été convoquée lors de la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO, tenue à Abuja (Nigéria), du 18 au 22 juin 2012. À cette occasion, les sujets suivants ont été examinés : « Protection des personnes en cas de catastrophe » et « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». M. Rohan Perera, ancien membre de la Commission, a animé le débat ; M. Djamchid Momtaz, également ancien membre de la Commission, est intervenu pour faire part de ses réflexions sur ces deux sujets.

4. Dans sa présentation du sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Perera a insisté sur le fait que la protection des victimes de catastrophes naturelles et le principe fondamental du respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale relevaient du droit international coutumier et étaient couverts par le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Il a présenté les principaux points de désaccord et de consensus qui étaient ressortis de l'examen par la Commission des projets d'articles 10 à 12 sur le sujet. Divers points de vue avaient été exprimés ; les membres semblant toutefois s'accorder sur le fait que le droit d'un État affecté de rechercher de l'assistance internationale avait pour corollaire le devoir des États tiers et des organisations d'examiner cette demande, mais pas nécessairement l'obligation d'y accéder. La Commission avait également insisté sur le fait que le droit de la communauté internationale d'offrir son assistance pouvait se doubler d'un encouragement à fonder les offres d'assistance sur les principes de coopération et de solidarité internationale.

5. Dans sa présentation du sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Perera a indiqué que le débat à la Commission avait porté sur trois questions principales : orientation générale du sujet, champ d'application de l'immunité et existence d'exceptions à l'immunité en cas de crimes graves de droit international. Donnant un aperçu des vues exprimées par les États lors du débat à la Sixième Commission, M. Perera a souligné que, de manière générale, ceux-ci avaient appuyé le choix de la Rapporteuse spéciale de considérer le sujet sous l'angle de la *lex lata*, quitte à l'envisager, une fois les lacunes identifiées, sous celui de la *lex ferenda*.

6. Concernant le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Perera a fait observer que, de l'avis général de la Commission, les membres composant la triade bénéficiaient de l'immunité *ratione personae*. Pour les autres catégories de représentants de l'État, la Commission avançait sur un territoire non balisé. Toute la difficulté était de parvenir à trouver un équilibre délicat entre la nécessité d'élargir, quoique prudemment, les catégories de représentants de l'État auxquels accorder l'immunité de juridiction *ratione personae* et la nécessité d'éviter la multiplication de ces catégories, qui était susceptible d'engendrer un climat d'impunité sous couvert d'immunité.

7. Concernant les exceptions à l'immunité d'un représentant de l'État, M. Perera a rappelé l'avis de la Rapporteuse spéciale selon lequel les exceptions n'étaient envisageables qu'au regard de l'immunité *ratione materiae*, pour des actes accomplis à titre officiel s'agissant de la commission de crimes de droit international, mais qu'elles ne s'appliquaient pas à l'immunité *ratione personae* qui couvrait les actes accomplis à titre à la fois officiel et personnel. Enfin, M. Perera a indiqué qu'à son sens le récent arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, dans lequel la Cour internationale de Justice estime qu'il ne peut pas y avoir de conflit entre des règles de fond et les règles relatives à l'immunité, lesquelles sont de nature procédurale, avait des conséquences manifestes pour les travaux de la Commission.

8. M. Momtaz a réaffirmé la nécessité pour les États membres de l'AALCO d'être plus réactifs aux questions posées par la Commission. Il a ainsi rappelé que le Rapporteur spécial sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » avait souhaité savoir si la pratique des États était fondée sur des obligations conventionnelles ou si elle reposait sur des obligations du droit international coutumier. Une des questions relatives à la protection en cas de catastrophe concernait le point de savoir si les États avaient l'obligation d'offrir une assistance et si l'obligation de l'État affecté de l'accepter était limitée à l'assistance offerte par des sujets de

droit international, ce qui excluait l'assistance proposée par les organisations non gouvernementales.

9. Enfin, sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, M. Momtaz a relevé que l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'accordait pas l'immunité aux chefs d'État, aux ministres des affaires étrangères et aux autres représentants de l'État, et a souligné que, dans son récent arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait insisté sur l'immunité juridictionnelle de l'État devant les juridictions nationales.

10. Lors du débat tenu à la réunion spéciale, les représentants de la République populaire de Chine, de l'Indonésie, du Japon, de la République islamique d'Iran, de la Malaisie, de la République de Corée, de l'Arabie saoudite, du Koweït et de l'Inde ont soulevé d'importantes questions. Relevant qu'un grand nombre de membres de la Commission étaient originaires d'États d'Asie et d'Afrique, plusieurs délégations ont exprimé l'espoir que la participation active des intéressés aux travaux de la Commission favoriserait une meilleure prise en considération des vues et aspirations de ces États dans le développement progressif et la codification du droit international.

11. Une délégation a fait savoir qu'elle prévoyait de prendre la parole à la Sixième Commission, à l'occasion de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, pour donner son point de vue sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, et sur le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Arguant de la coexistence de règles divergentes en matière de droit de l'environnement et de la nécessité de prévenir la fragmentation du droit international, cette délégation a proposé que la Commission inscrive le sujet de la protection de l'atmosphère à son ordre du jour.

12. Concernant le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, nombre de représentants ont souligné que l'assistance humanitaire ne pouvait être fournie qu'avec le consentement de l'État affecté et dans le plus grand respect des principes fondamentaux du droit international : souveraineté, intégrité territoriale, unité nationale et non-ingérence dans les affaires intérieures des États. Un représentant a proposé que l'AALCO s'entretienne avec l'ASEAN des mécanismes de gestion des catastrophes et d'intervention urgente prévus par l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence.

13. Concernant le sujet de l'immunité des représentants de l'État de juridiction pénale étrangère, plusieurs délégations ont estimé que la Commission devait s'en tenir exclusivement à la codification des règles de droit international existantes, rejetant l'idée d'un développement progressif du droit en la matière.

14. En conclusion, M. Mohamad indique que l'AALCO continuera de coopérer activement avec la Commission pour que les vues de l'Asie et de l'Afrique soient reflétées dans ses travaux et pour contribuer à ceux-ci de manière substantielle.

15. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dit que l'AALCO compte parmi les organisations juridiques les plus en vue et qu'elle prend dûment en considération les travaux de la Commission. Les relations entre ces deux organes sont importantes et il faut espérer que leur coopération se resserrera encore à l'avenir.

16. M. HASSOUNA dit que, si la Commission avait été informée du résultat de la réunion spéciale de l'AALCO avant sa soixante-quatrième session, elle aurait pu tenir compte, dans ses débats, des vues exprimées par les États membres. Il propose que l'AALCO étudie la possibilité de tenir sa session annuelle avant celle de la Commission. Relevant que le Secrétaire général de l'AALCO a récemment achevé son premier mandat à la tête de l'organisation, il demande quelles ont été les principales réalisations de celle-ci au cours de la période considérée et quels sont ses objectifs et aspirations futurs.

17. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'il est effectivement regrettable que la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO ait eu lieu trop tard pour que ses résultats soient pris en considération à la présente session de la Commission. Il redoublera d'efforts pour faire en sorte que les sessions annuelles suivantes de l'AALCO se tiennent en avril.

18. Au cours des quatre premières années de son mandat de Secrétaire général, M. Mohamad s'est efforcé de comprendre le fonctionnement de l'organisation, de veiller à ce qu'elle reste utile et d'assurer la bonne gestion des affaires courantes. Pendant son deuxième mandat, il mettra l'accent sur les questions de fond, particulièrement celles qui intéressent les travaux de la Commission. L'AALCO apportera sa pierre aux travaux de recherche de la Commission, notamment en ce qui concerne les nouveaux sujets, qu'elle inscrira à son programme de travail.

19. M. SINGH rappelle que l'ordre du jour de la cinquante et unième session annuelle de l'AALCO comportait un point relatif à l'environnement et au développement durable, et qu'une réunion spéciale sur le droit de la mer et les problèmes de droit international posés par la piraterie a été organisée. L'une des recommandations formulées à l'issue de cette réunion était que le secrétariat de l'AALCO devrait fournir une assistance technique aux États membres pour les aider à élaborer une loi contre la piraterie. Il serait intéressant de savoir comment le secrétariat de l'AALCO envisage de s'acquitter de cette tâche.

20. M. WISNUMURTI dit que la réélection de l'actuel Secrétaire général de l'AALCO augure bien du maintien de la coopération constructive avec la Commission à l'avenir. Il se félicite de la volonté affirmée par l'AALCO de resserrer plus avant sa coopération avec la Commission dans le futur, et dit qu'il serait utile que la première communique à la seconde un rapport de synthèse sur les principales tendances se dégageant des vues exprimées par ses États membres à ses sessions annuelles.

21. M. VALENCIA-OSPINA, après avoir félicité M. Mohamad de sa réélection, dit qu'au fil du temps l'AALCO a contribué utilement aux travaux menés par la Commission sur un grand nombre de sujets. L'examen

par l'AALCO des projets d'articles de la Commission a joué un rôle moteur dans la formation des points de vue d'un groupe relativement important d'États Membres de l'Organisation des Nations Unies. En qualité de Rapporteur spécial sur le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, M. Valencia-Ospina a participé avec grand plaisir aux réunions tenues par l'AALCO en parallèle des séances de la Sixième Commission à New York. Il voudrait savoir quel type de relation l'AALCO prévoit d'établir avec la CUADI.

22. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique), répondant à la question de M. Singh, dit que l'AALCO étudiera la possibilité d'organiser une conférence visant à célébrer le trentième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et qu'elle s'efforcera de faire coïncider cet événement avec le cinquante-sixième anniversaire de la création de l'AALCO, en novembre 2012.

23. Concernant la demande de M. Wisnumurti tendant à ce que soit établi un rapport de synthèse sur les principales tendances des vues exprimées par les États membres de l'AALCO, M. Mohamad dit que le secrétariat fera de son mieux pour y donner suite, avec les moyens limités dont il dispose.

24. Répondant à la question de M. Valencia-Ospina sur les liens que l'AALCO entend créer avec la CUADI, M. Mohamad dit qu'un mémorandum d'accord a été conclu avec l'Union africaine et que les deux organisations continueront de coopérer dans les domaines d'intérêt commun.

25. M. HMOUD, soulignant l'importance de la coopération entre les États membres de l'AALCO et la Commission sur tous les aspects du droit international, fait observer que l'organisation de réunions et de séminaires en parallèle des séances de la Sixième Commission favorise une meilleure connaissance des questions juridiques. Il conviendrait toutefois que l'AALCO resserre les liens entre ses États membres pendant la période intersessions et les aide à organiser des ateliers juridiques. Enfin, elle devrait inviter des participants originaires d'États d'Afrique et d'Asie qui ne sont pas membres à prendre part à ses travaux.

26. M. KITTICHAISAREE rappelle qu'il avait proposé, lors d'une réunion intersessions d'experts organisée à New Delhi par l'AALCO, que celle-ci s'emploie à harmoniser les positions des États d'Asie et d'Afrique sur les questions juridiques. Ces États sont désormais plus d'une centaine et certains aspects de leur pratique peuvent devenir des règles coutumières régionales, voire, par la suite, internationales. M. Kittichaisaree propose que l'observateur de l'AALCO à New York organise des séances de réflexion sur les questions qui intéressent à la fois la Commission et l'AALCO. Si le résultat de ces séances était transmis à la Sixième Commission, celle-ci pourrait en tenir compte quand elle examine les sujets traités par la Commission du droit international. Enfin, le site Web de l'AALCO devrait contenir des informations sur les positions des États membres sur différents aspects du droit international intéressant les travaux de la Commission.

27. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ relève que les débats tenus par l'AALCO à sa cinquante et unième session annuelle sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » étaient essentiellement axés sur l'approche retenue par la Commission à sa soixante-troisième session, mais ont également porté sur nombre des questions qu'elle-même a mises en avant dans son rapport préliminaire soumis à la présente session (A/CN.4/654). Alors que l'examen du sujet entre dans une phase décisive, les États membres de l'AALCO doivent savoir qu'elle a l'intention de soumettre des rapports de fond contenant des projets d'article, l'objectif étant que ces projets d'article soient adoptés en première lecture d'ici à la fin du présent quinquennat. Mme Escobar Hernández tient à remercier de nouveau l'AALCO de son intérêt pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et attend avec impatience le résultat de ses travaux sur ce thème et sur les autres sujets examinés par la Commission.

28. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation consultative juridique pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'il a pris note de tous les points soulevés par M. Hmoud. Il veillera, en sa qualité de Secrétaire général, à ce que l'importante relation entre la Commission du droit international et l'AALCO s'approfondisse, et à ce que les travaux de celle-ci demeurent utiles.

29. Il sera dûment tenu compte également des observations de M. Kittichaisaree sur la nécessité d'harmoniser les positions des États membres de l'AALCO sur les questions juridiques, et de ses propositions concernant le site Web. À l'heure actuelle, il est difficile pour l'AALCO d'accéder à certaines sources, notamment aux lois et déclarations de ses États membres, mais elle s'emploie activement à surmonter ces difficultés. La contribution de son observateur à New York est certainement précieuse ; il faut espérer que davantage d'activités de ce type pourront être organisées à l'avenir.

30. M. Mohamad remercie Mme Escobar Hernández de ses informations sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et attend avec impatience sa participation à une future réunion de l'AALCO.

31. M. SABOIA voudrait savoir si l'intérêt manifesté par une délégation pour la tenue d'un débat sur la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens à une future session de l'Assemblée générale traduit une volonté d'œuvrer en faveur de l'entrée en vigueur de ce texte.

32. M. KAMTO dit que la réélection à l'unanimité de M. Mohamad au poste de Secrétaire général de l'AALCO montre bien que ses compétences de chef sont appréciées par les États membres. L'AALCO apporte une importante contribution aux travaux de la Commission du droit international, et ses réunions à New York, en parallèle des séances de la Sixième Commission, sont très utiles et devraient être maintenues.

33. M. Kamto apprécie d'avoir pu entendre un compte rendu très fouillé et très clair des travaux accomplis par l'AALCO à sa cinquante et unième session annuelle tenue à Abuja, à laquelle il n'a pas pu participer. Il relève

toutefois que le sujet de l'expulsion des étrangers, dont il s'occupe, n'a pas suscité beaucoup de commentaires. Faut-il y voir du pessimisme et conclure que le sujet n'intéresse pas vraiment l'AALCO, ou une marque d'optimisme indiquant que celle-ci est satisfaite des travaux accomplis jusque-là ?

34. Sir Michael WOOD dit que l'AALCO peut s'enorgueillir d'une longue expérience dans le domaine du droit international. Son prestige s'explique notamment par le fait qu'elle représente un large éventail d'États situés dans une vaste région et qu'elle accueille volontiers des observateurs dans le cadre de ses sessions annuelles et de ses réunions à New York. Compte tenu de l'importance de ces réunions, Sir Michael voudrait savoir quel sera l'ordre du jour de la suivante, prévue à la fin de l'année 2012. Il voudrait aussi savoir si des efforts sont consentis pour accueillir de nouveaux pays membres d'Afrique et d'Asie, et pour accroître le nombre d'observateurs ; enfin, des précisions seraient bienvenues sur l'accès à ce statut.

35. M. WAKO dit que les activités de l'AALCO intéressent plus directement les travaux de la Commission que celles de toutes les autres organisations régionales, dont aucune, contrairement à l'AALCO, n'est mandatée à la fois pour s'occuper de la codification et du développement progressif du droit international et pour contribuer aux travaux de la Commission du droit international sur les sujets que celle-ci inscrit à son programme de travail. Il serait souhaitable que cette relation particulière entre l'AALCO et la Commission soit plus dynamique. Les membres de la Commission originaires de pays d'Afrique et d'Asie devraient être invités à participer aux réunions de l'AALCO. Il serait également utile que les Rapporteurs spéciaux de la Commission soient invités aux réunions portant sur les sujets dont ils s'occupent ; ils pourraient ainsi mieux comprendre les vues des États membres de l'AALCO. La contribution de l'AALCO aux travaux de la Commission est suffisamment importante pour justifier la tenue de sa session annuelle au mois d'avril de chaque année. Il serait aussi préférable qu'un représentant de l'AALCO participe à une séance de la première et non de la seconde partie de la session de la Commission.

36. M. MOHAMAD (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) remercie l'ensemble des membres de la Commission de leurs contributions et retours d'information. La déclaration à laquelle M. Saboia s'est référé a été faite par un membre d'une délégation à la session annuelle de l'AALCO et n'exprime pas la position de cette dernière.

37. En réponse aux questions posées par Sir Michael, M. Mohamad dit que l'AALCO s'efforce d'élargir sa composition. Elle a ainsi créé un groupe de personnalités éminentes chargé de l'aider à recruter plus de membres. Celui-ci reçoit un grand nombre de demandes de renseignements sur les modalités d'admission à l'AALCO émanant d'États d'Afrique et d'Asie, et fait au mieux pour faciliter la procédure. Les organisations internationales et les États non membres peuvent participer aux sessions annuelles de l'AALCO en qualité d'observateurs.

38. M. Mohamad dit qu'il a pris note des trois remarques de M. Wako. C'est l'État hôte qui fixe les dates de la session annuelle de l'AALCO, laquelle n'a donc guère son mot à dire sur la question. M. Mohamad s'efforcera toutefois de convaincre les États hôtes d'organiser les sessions annuelles suivantes en avril et d'inviter les membres et les Rapporteurs spéciaux de la Commission à y participer, de façon qu'ils puissent échanger avec les représentants des États membres de l'AALCO.

Formation et identification du droit international coutumier (*suite*[*]) [A/CN.4/650 et Add.1, sect. G, et A/CN.4/653]

[Point 7 de l'ordre du jour]

NOTE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

39. M. HASSOUNA félicite le Rapporteur spécial de sa note (A/CN.4/653), claire et bien structurée, dans laquelle il présente l'important sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Malgré l'augmentation considérable du nombre de traités et l'élargissement de leur portée, des pans entiers du droit international restent régis par la coutume. Faute de législature centralisée à l'échelon international, le corpus de normes écrites est souvent lacunaire, ce qui renforce le besoin de règles non écrites. Alors que les traités eux-mêmes peuvent renvoyer au droit coutumier, il arrive parfois que des règles coutumières soient utilisées pour interpréter ou compléter des dispositions conventionnelles. Les questions de la formation et de l'identification du droit coutumier posant des problèmes très complexes, des directives de la Commission en la matière seraient très utiles aux praticiens. Des conclusions assorties de commentaires, comme le propose le Rapporteur spécial, seraient le résultat le plus fructueux auquel pourrait parvenir la Commission. Ces conclusions devraient porter principalement sur le processus de formation du droit international coutumier, en tenant compte de sa souplesse et de son évolution constante.

40. Il serait opportun d'étudier de manière approfondie certains documents de base dans le cadre des travaux préliminaires sur le sujet. Le rapport de la Commission sur les « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier[322] », qui date de 1950, pourrait être réévalué à la lumière des caractéristiques du système juridique international contemporain. Les conclusions de l'Association de droit international[323] et l'étude

[*] Reprise des débats de la 3148e séance.

[322] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II (anglais seulement), document A/3116, Report of the International Law Commission covering its second session, Part II, "Ways and means for making the evidence of customary law more readily available", p. 367 à 374, par. 24 à 94. Voir aussi le document A/CN.4/16 et Add.1 (Article 24 of the Statute of the International Law Commission: Working paper by Manley O. Hudson), ibid., p. 24 et suiv.

[323] « London statement of principles applicable to the formation of general customary international law » (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général) : Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international : voir le *Rapport de la soixante-neuvième. Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39 (disponible sur le site Web de l'Association de droit international, www.ila-hq.org). Voir, pour le débat en séance plénière, ibid., p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite ibid, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (Général), tenue en 2000, ibid., p. 778 à 790. Les six rapports intérimaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

du CICR de 2005 sur le droit international humanitaire coutumier[324] devraient également être examinées. Quant aux questions controversées, particulièrement celle de la méthode, elles appellent un examen complémentaire.

41. Dans sa note, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur la nécessité de clarifier certaines notions, notamment l'expression « droit international général », qui ne signifie pas la même chose que « droit international coutumier ». Les questions de terminologie devraient être traitées dès le début, de façon à assurer la cohérence des travaux de la Commission. L'élaboration d'un bref lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies serait certainement très utile.

42. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission examine les théories relatives à la coutume est bienvenue. Il a été dit que la coutume posait la question de savoir comment se formait le droit, puisque contrairement à l'élaboration des normes conventionnelles, par la conclusion de traités, les règles coutumières n'étaient pas le fruit d'une volonté délibérée mais résultaient d'un processus fondé sur la pratique et l'*opinio juris*.

43. D'importants progrès ont été accomplis en matière d'identification des règles du droit international coutumier, grâce non seulement à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de justice internationale − les deux sources d'inspiration proposées par le Rapporteur spécial − mais aussi grâce aux conclusions d'autres cours et tribunaux internationaux. Ainsi, le 16 février 2011, dans le cadre de l'affaire *Ayyash et autres*, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban a rendu une décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, selon laquelle

> […] un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies, et de pratiques législatives et judiciaires étatiques manifestent la formation d'une *opinio juris* générale au sein de la communauté internationale […], dont il résulte qu'une règle coutumière de droit international relative au crime international de terrorisme, au moins *en temps de paix*, s'est effectivement dégagée [par. 85].

Les décisions des tribunaux internationaux devraient néanmoins faire l'objet d'un examen critique et, en cas de doute sur leur cohérence, les raisons pour lesquelles elles divergent devraient être analysées.

44. Concernant le champ du sujet, le Rapporteur spécial affirme au paragraphe 21 de sa note qu'il n'inclut pas le rôle que joue le droit international coutumier dans l'interprétation des traités. S'il est exact que cette question a été traitée dans d'autres contextes, il pourrait se révéler utile de l'aborder dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen car elle relève de la relation entre le droit international coutumier et les traités.

45. Le Rapporteur spécial a raison de dire que le sujet devra concerner le droit international coutumier dans son ensemble, car celui-ci peut être à l'origine de règles juridiques dans tous les domaines du droit international. M. Hassouna convient avec le Rapporteur spécial que la question de l'émergence de nouvelles normes impératives du droit international général, autrement dit de normes de *jus cogens*, ne relève pas du champ du sujet ; il serait toutefois utile d'expliquer pourquoi.

46. Le rôle des États dans la formation du droit international coutumier appelle un examen complémentaire − notamment du point de vue de l'interprétation de leur silence. Les raisons pour lesquelles des règles coutumières obligeraient des États n'ayant pas été parties prenantes de leur formation doivent être dégagées.

47. Enfin, concernant la suite des travaux sur le sujet, M. Hassouna approuve la proposition de calendrier du Rapporteur spécial.

48. M. PETRIČ appuie les travaux accomplis sur le sujet, lesquels doivent favoriser une meilleure compréhension de la formation du droit international coutumier et aider les praticiens du droit à prouver l'existence de la coutume. Ainsi, la Commission fera œuvre utile : en effet, les règles de droit international coutumier n'étant pas écrites, elles donnent souvent lieu à des différends. Le Rapporteur spécial a raison de dire, au paragraphe 3 de sa note, que les travaux devraient déboucher sur un guide pratique, commenté à l'intention des juges, des juristes de la fonction publique et des praticiens. Toutefois, les juges et les juristes n'utilisent pas le droit de la même manière ; les premiers l'appliquent pour régler des différends et les seconds, en leur qualité de conseils, cherchent à établir des points de droit.

49. M. Petrič convient avec le Rapporteur spécial que la Commission devrait axer son étude sur la jurisprudence des tribunaux internationaux, en particulier celle de la Cour internationale de Justice. Dans ses travaux sur l'identification du droit international coutumier, la Commission devrait également prendre en considération la pratique actuelle des États. Ces dernières décennies, le nombre d'États a doublé, de sorte que la pratique est actuellement créée par près de 200 d'entre eux, alors qu'ils n'étaient guère qu'une quarantaine par le passé. Concernant le rôle des actes unilatéraux des États, une attention particulière devrait être accordée à ceux de ces actes qui produisent des effets juridiques en soi, comme la protestation et la reconnaissance, et qui ont ainsi une incidence significative sur le développement du droit international coutumier.

50. La volonté exprimée par le Rapporteur spécial, au paragraphe 10 de sa note, de recueillir les premières impressions des membres de la Commission est l'approche qui convient. Concernant le paragraphe 12, M. Petrič dit que, jusqu'à présent, c'est uniquement pour certains sujets inscrits à son programme de travail que la Commission a identifié, aux fins de codification, des règles de droit international coutumier. Elle n'a pas cherché, et ne devrait pas chercher, à élaborer l'équivalent d'une Convention de Vienne pour le droit international coutumier, ainsi que cela a été souligné.

51. M. Petrič approuve la proposition énoncée au paragraphe 13 ; les travaux de l'Association de droit

[324] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I (Règles), traduit par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (Practice), anglais seulement, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

international sont utiles, mais les conclusions auxquelles ils ont abouti sont extrêmement prudentes, comme l'a souligné M. Murase. Cela devrait inciter la Commission à faire preuve, elle aussi, de circonspection. La terminologie relative au droit international coutumier devrait être clarifiée. Plusieurs expressions sont évoquées au paragraphe 14 ; M. Petrič note que, dans son propre pays, la Constitution renvoie aux « principes de droit international généralement reconnus » et prévoit leur application directe par les tribunaux. L'élaboration d'un lexique des termes pertinents, proposée au paragraphe 15, serait par conséquent utile.

52. Au paragraphe 14, il est également fait référence à la distinction entre droit coutumier et « droit souple » (*soft law*). Droit coutumier et droit conventionnel n'ont pas la même origine formelle, mais leur statut et leur autorité se valent. Quant au « droit souple », ce n'est en rien du droit. Des instruments de droit « souple », comme les déclarations ou les résolutions, peuvent, à terme, être codifiés et devenir des traités, ou devenir partie intégrante du droit international coutumier si la pratique des États va dans ce sens et que l'*opinio juris* se renforce. Parfois, ces instruments reprennent ou confirment des règles et des principes qui relèvent déjà du droit coutumier, comme ceux qui figurent dans la Charte des Nations Unies. Cela étant, le rôle des instruments de droit « souple » dans la formation et l'identification du droit international coutumier ne devrait pas être étudié par la Commission.

53. M. Petrič approuve l'objectif final des travaux de la Commission tel qu'il est énoncé au paragraphe 17 : offrir une aide concrète à ceux qui sont appelés à s'interroger sur les règles du droit international coutumier. Il approuve en outre la remarque, au paragraphe 18, selon laquelle la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux fournit les indications les plus fiables sur le sujet. Cependant, les décisions rendues par les plus hautes juridictions nationales du monde entier − non seulement en Europe et en Amérique du Nord, mais aussi en Afrique et en Amérique latine, et y compris celles qui sont rédigées dans d'autres langues que l'anglais ou le français − ne doivent pas non plus être ignorées. Une bonne partie de la doctrine utile aux travaux est disponible en allemand et en russe, par exemple. M. Petrič est conscient des difficultés que pose l'exploitation de ces sources, mais le Secrétariat pourrait peut-être fournir une aide à cet égard.

54. Concernant le paragraphe 19, M. Petrič convient qu'il importe de réaliser une étude empirique de la pratique des États ; toutefois, certaines déclarations ou notes diplomatiques, notamment celles qui ont trait à un *fait accompli*, sont à l'évidence biaisées en ce qu'elles n'ont d'autre but que de fonder les arguments avancés par un État sur le droit international coutumier. C'est pourquoi M. Petrič pense que la pratique devrait également être analysée sous un angle théorique.

55. Concernant la description du champ du sujet, au paragraphe 20, M. Petrič dit que les directives doivent être générales et non prescriptives, souples et non strictes. Concernant la proposition, au paragraphe 22, tendant à diviser le droit international en différents champs d'étude spécialisés, il considère à première vue qu'une telle approche différenciée peut être source de confusion et d'incohérences. Toutefois, établir une légère différenciation selon les techniques qui seront proposées à titre de directives pratiques rendrait peut-être service aux praticiens.

56. M. Petrič convient avec le Rapporteur spécial que la survenance de normes de *jus cogens* n'entre pas dans le champ du sujet ; étant au stade initial de ses travaux, la Commission devrait s'efforcer de parvenir à une série de propositions assorties de commentaires. Si les résultats sont encourageants, elle pourra aisément passer à l'adoption de conclusions. Ces propositions ou conclusions seront dépourvues de force juridique, mais cautionnées par l'autorité de la Commission.

57. M. Petrič approuve la proposition tendant à procéder en quatre étapes et attend avec impatience de participer aux travaux sur un sujet qui, à la fois, est stimulant au plan théorique et intéresse les fondements mêmes du droit international. Il ressort de la note du Rapporteur spécial que celui-ci n'ignore pas les difficultés susceptibles de se poser, raison pour laquelle il propose une approche initiale prudente, fondée sur des objectifs modestes.

58. M. FORTEAU, donnant ses premières impressions en réponse aux interrogations du Rapporteur spécial sur les résultats possibles des travaux sur le sujet, convient que la Commission ne doit pas être trop prescriptive et qu'elle devrait avoir pour objectif d'établir un guide pratique sous la forme de conclusions assorties de commentaires. Le plan de travail proposé au paragraphe 27 de la note paraît de nature à lui permettre d'aboutir à ce résultat, même si le calendrier envisagé paraît très ambitieux. À cet égard, M. Forteau pense, en particulier, qu'il sera difficile d'examiner en une seule année (2014) la pratique des États et l'*opinio juris*, autrement dit les deux éléments constitutifs de la coutume, qui soulèvent une série de questions très complexes. De même, le troisième rapport qui serait soumis en 2015 couvre un grand nombre de questions très diverses qui appellent sans doute un examen séparé.

59. La Commission devrait tout d'abord s'interroger sur la valeur ajoutée de ses travaux sur le sujet. L'Association de droit international a déjà adopté des principes sur la formation du droit international coutumier[325] : la Commission pourra-t-elle leur ajouter ou leur retrancher des éléments substantiels ? D'abord plutôt sceptique sur ce point, M. Forteau considère, après avoir entendu les critiques formulées par M. Murase au sujet desdits principes, qu'il serait utile de clarifier les ambiguïtés mises en avant.

60. M. Forteau approuve la proposition faite par le Rapporteur spécial dans sa présentation, tendant à ce que la Commission ne perde pas trop de temps sur des questions théoriques ou conceptuelles. Il est en effet inutile de s'attarder longuement sur la question des définitions abordées au paragraphe 14 de sa note, sur les questions de terminologie soulevées au paragraphe 15 ou sur le rôle du droit international coutumier au sein du système juridique international, comme proposé au

[325] Voir *supra* la note 323.

paragraphe 16. Tout cela relève davantage du débat universitaire que d'un travail de codification. À vrai dire, M. Forteau considère qu'il n'appartient pas à la Commission de décrire la façon dont la coutume se forme ; l'accent devrait être mis sur la question, beaucoup plus concrète, de l'identification du droit international coutumier, autrement dit sur la question de la preuve de la coutume. Les remarques de M. Murase sur ce point méritent d'être appuyées. De plus, la distinction opérée au paragraphe 20 entre « formation » et « identification » du droit international coutumier n'est pas claire.

61. L'objectif initial du projet est, semble-t-il, d'établir un guide pratique offrant aux juristes internationaux, et particulièrement aux autorités internes, des techniques juridiques à solliciter pour déterminer si une règle relève ou non du droit international coutumier. À cette fin, il serait utile d'actualiser le rapport sur les « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », adopté par la Commission à sa deuxième session en 1950[326]. Il serait en particulier utile à tout juriste internationaliste rencontrant un problème lié à l'existence supposée d'une règle coutumière de savoir où orienter ses recherches pour régler le problème. Les praticiens du droit interne sont parfois en butte à des difficultés de ce type, notamment dans les pays où les services juridiques manquent de moyens. Pour eux aussi, il serait très utile de bénéficier d'orientations qui les aideraient à savoir où rechercher les documents pertinents dans le dédale des sources existantes, non seulement les répertoires de la pratique nationale, mais aussi les ressources électroniques. M. Forteau convient avec M. Petrič de la nécessité de tenir compte de la pratique des pays du monde entier, dans différentes langues.

62. M. Forteau convient avec M. Tladi que l'émergence du *jus cogens* ne relève pas du sujet, mais pour des raisons autres que celles avancées par le Rapporteur spécial au paragraphe 23 de sa note. Les règles de *jus cogens* sont nécessairement des règles coutumières. Simplement, déterminer le caractère coutumier d'une règle est une chose, savoir si une règle coutumière est en plus de nature à ne souffrir aucune dérogation conventionnelle en est une autre. Cette distinction est fondée, même si au paragraphe 99 de son arrêt du 20 juillet 2012 rendu en l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* la Cour internationale de Justice ne l'a pas clairement précisé lorsqu'elle a déclaré que l'interdiction de la torture relevait du droit international coutumier et avait acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*).

63. Le Rapporteur spécial laisse entendre, à la fin du paragraphe 22 de sa note, que des « méthodes spéciales » pourraient permettre d'identifier des règles particulières du droit international coutumier. Toutefois, la question qui se pose ici dépasse celle des méthodes. Par exemple, le principe de légalité des délits et des peines est susceptible d'avoir une incidence sur la manière dont il est possible d'établir l'existence d'une règle coutumière dans le champ du droit international pénal. De même, on peut se demander si le régime applicable à l'identification de règles coutumières est le même que celui qui s'applique à la modification coutumière d'une règle coutumière. On pourrait s'attendre en effet à ce que le second soit plus strict que le premier dans la mesure où il s'agit de modifier une règle existante.

64. Même s'il a quelque peu corrigé cette impression dans sa présentation orale, le Rapporteur spécial semble exclure la jurisprudence régionale au paragraphe 18 de sa note, relatif à la méthodologie. Or, cet élément de la pratique mérite d'être étudié, pour deux raisons : pour déterminer comment les juges régionaux s'y prennent pour identifier une règle coutumière et pour mettre au jour d'éventuelles divergences jurisprudentielles. Il est à noter, par exemple, que, dans son arrêt du 23 mars 2010 rendu en l'affaire *Cudak c. Lituanie* (par. 60 et suiv.), la Cour européenne des droits de l'homme, relativement à des contrats de travail conclus avec une ambassade, a donné du droit coutumier applicable à l'immunité une interprétation qui s'écarte légèrement de celle donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 19 juillet 2012 rendu en l'affaire *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire* (par. 54 et suiv.). La Commission pourrait peut-être également s'interroger sur les incidences particulières des conventions de codification sur l'identification de la coutume.

65. Enfin, il convient de poursuivre l'analyse des effets des réserves aux traités sur le droit coutumier, entamée dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, notamment dans les directives 3.1.5.3 et 4.4.2.

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

[Point 10 de l'ordre du jour]

66. M. MURASE, revenant à l'échange de vues tenu avec le Secrétaire général de l'AALCO, dit qu'il se réjouit de l'appui enthousiaste manifesté par les États membres de cette organisation en faveur de l'inscription du sujet de la protection de l'atmosphère au programme de travail de la Commission, sujet pour lequel il a rédigé un plan d'étude[327]. Cela étant, il croit comprendre qu'il a été décidé de poursuivre à la session suivante les consultations informelles sur l'opportunité de cette inscription. Des précisions sur les motifs de cette décision seraient bienvenues.

67. M. HMOUD, s'exprimant en qualité de membre du Bureau, dit que la proposition d'inscription du sujet a été examinée de manière approfondie dans le cadre de consultations informelles, mais qu'elle suscitait des réserves concernant principalement non seulement le champ du sujet, mais aussi le résultat possible des travaux à cet égard.

La séance est levée à 13 heures.

---

[326] Voir *supra* la note 322.

* Reprise des débats de la 3132e séance.

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