



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Soixante-cinquième session
(6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013)**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-huitième session
Supplément n° 10 (A/68/10)**

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-huitième session
Supplément n° 10 (A/68/10)

Rapport de la Commission du droit international

**Soixante-cinquième session
(6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013)**



Nations Unies • New York, 2013

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 mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2013*.

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1–12	1
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-cinquième session	13–24	5
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	25–28	8
IV. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités	29–39	9
V. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	40–49	50
VI. La protection des personnes en cas de catastrophe	50–62	73
VII. Formation et identification du droit international coutumier	63–107	97
VIII. L'application provisoire des traités	108–129	105
IX. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés	130–144	109
X. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)	145–149	112
XI. La clause de la nation la plus favorisée	150–164	114
XII. Autres décisions et conclusions de la Commission	165–218	119
 <i>Annexes</i>		
Annexe A. Rapport du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)		129
Annexe B. Les crimes contre l'humanité		145

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1–12	1
A. Membres de la Commission	2	1
B. Nomination à un siège devenu vacant après élection	3	2
C. Membres du Bureau et Bureau élargi.....	4–6	2
D. Comité de rédaction.....	7–8	2
E. Groupes de travail et Groupe d'étude	9–10	3
F. Secrétariat	11	3
G. Ordre du jour.....	12	4
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-cinquième session	13–24	5
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	25–28	8
A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	25	8
B. Formation et détermination du droit international coutumier.....	26	8
C. Application provisoire des traités.....	27	8
D. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.....	28	8
IV. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités	29–39	9
A. Introduction.....	29–32	9
B. Examen du sujet à la présente session.....	33–37	10
C. Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-cinquième session	38–39	11
1. Texte des projets de conclusion.....	38	11
2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à la soixante-cinquième session.....	39	12
Introduction.....		12
Conclusion 1. Règle générale et moyens d'interprétation des traités		13
Commentaire		13
Conclusion 2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques		20
Commentaire		20
Conclusion 3. L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps		24
Commentaire		24

Conclusion 4. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure		31
Commentaire		31
Conclusion 5. L'attribution d'une pratique ultérieure.....		42
Commentaire		43
V. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	40-49	50
A. Introduction.....	40-42	50
B. Examen du sujet à la présente session.....	43-47	50
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission	48-49	52
1. Textes des projets d'article	48	52
2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session	49	53
Première partie		
Introduction.....		53
Article 1. Champ d'application du présent projet d'articles.....		53
Commentaire		53
Deuxième partie		
Immunité <i>ratione personae</i>		59
Article 3. Bénéficiaires de l'immunité <i>ratione personae</i>		59
Commentaire		59
Article 4. Portée de l'immunité <i>ratione personae</i>		68
Commentaire		68
VI. La protection des personnes en cas de catastrophe	50-62	73
A. Introduction.....	50-55	73
B. Examen du sujet à la présente session.....	56-60	74
C. Texte des projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission	61-62	75
1. Texte des projets d'article.....	61	75
2. Texte des projets d'article et commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-cinquième session	62	78
Article 5 <i>bis</i> . Formes de coopération		78
Commentaire		78
Article 5 <i>ter</i> . Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe		81
Commentaire		81

	Article 12.	Offres d'assistance.....	81
		Commentaire	81
	Article 13.	Conditions de fourniture de l'assistance extérieure.....	83
		Commentaire	83
	Article 14.	Facilitation de l'assistance extérieure	86
		Commentaire	86
	Article 15.	Cessation de l'assistance extérieure	88
		Commentaire	88
	Article 16.	Obligation de prévention des risques de catastrophe....	89
		Commentaire	89
VII.	Formation et identification du droit international coutumier		63-107 97
	A.	Introduction.....	63 97
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	64-107 97
		1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport	66-72 97
		2. Résumé du débat	73-100 99
		a) Observations générales.....	73-75 99
		b) Portée du sujet	76-82 99
		c) Méthodologie.....	83-89 100
		d) Ensemble de matériaux à consulter.....	90-97 102
		e) Travaux futurs sur le sujet.....	98-100 103
		3. Conclusions du Rapporteur spécial	101-107 103
VIII.	L'application provisoire des traités.....		108-129 105
	A.	Introduction.....	108 105
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	109-110 105
		1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport	111-116 105
		2. Résumé du débat	117-125 106
		3. Conclusions du Rapporteur spécial	126-129 108
IX.	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés		130-144 109
	A.	Introduction.....	130-131 109
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	132-144 109
		Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les consultations informelles tenues sur le sujet.....	133-144 109
X.	L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)		145-149 112
	A.	Introduction.....	145-147 112
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	148-149 113

XI.	La clause de la nation la plus favorisée	150–164	114
A.	Introduction.....	150–151	114
B.	Examen du sujet à la présente session.....	152–153	114
	1. Travaux du Groupe d'étude	154–158	114
	2. Débats du Groupe d'étude à la présente session	159–164	116
XII.	Autres décisions et conclusions de la Commission.....	165–218	119
A.	Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	165–191	119
	1. Inscription de nouveaux sujets au programme de travail de la Commission.....	167–168	119
	2. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme	169–170	120
	3. Examen de la résolution 67/97 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2012 relative à l'état de droit aux niveaux national et international.....	171–180	120
	4. Honoraires	181	121
	5. Documentation et publications	182–187	122
	6. Fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de publication de l' <i>Annuaire de la Commission du droit international</i>	188	123
	7. <i>Annuaire de la Commission du droit international</i>	189	123
	8. Aide de la Division de la codification	190	123
	9. Sites Web.....	191	123
B.	Dates et lieu de la soixante-sixième session de la Commission	192	124
C.	Coopération avec d'autres organes	193–198	124
D.	Représentation à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale.....	199–200	125
E.	Conférence commémorative Gilberto Amado	201	125
F.	Séminaire de droit international	202–215	125
G.	Commémoration du cinquantième anniversaire du Séminaire de droit international.....	216–218	127
Annexes			
Annexe A.	Rapport du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>).....		129
Annexe B.	Les crimes contre l'humanité.....		145

Chapitre premier

Introduction

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-cinquième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 6 mai au 7 juin 2013 pour la première partie de la session et du 8 juillet au 9 août 2013 pour la seconde partie de la session. La session a été ouverte par M. Lucius Caflisch, Président de la Commission à sa soixante-quatrième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

- M. Mohammed Bello Adoke (Nigéria)
- M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
- M. Lucius Caflisch (Suisse)
- M. Enrique J. A. Candiotti (Argentine)
- M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)
- M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libye)
- M^{me} Concepción Escobar Hernández (Espagne)
- M. Mathias Forteau (France)
- M. Kirill Gevorgian (Fédération de Russie)
- M. Juan Manuel Gómez-Robledo (Mexique)
- M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
- M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
- M. Huikang Huang (Chine)
- M^{me} Marie G. Jacobsson (Suède)
- M. Maurice Kamto (Cameroun)
- M. Kriangsak Kittichaisaree (Thaïlande)
- M. Ahmed Laraba (Algérie)
- M. Donald M. McRae (Canada)
- M. Shinya Murase (Japon)
- M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)
- M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
- M. Georg Nolte (Allemagne)
- M. Ki Gab Park (République de Corée)
- M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)
- M. Ernest Petrič (Slovénie)
- M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)
- M. Narinder Singh (Inde)

M. Pavel Šturma (République tchèque)
 M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)
 M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)
 M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)¹
 M. Amos S. Wako (Kenya)
 M. Nugroho Wisnumurti (Indonésie)
 Sir Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord).

B. Nomination à un siège devenu vacant après élection

3. Le 6 mai 2013, la Commission a élu M. Marcelo Vázquez-Bermúdez afin de pourvoir au siège rendu vacant par la démission de M. Stephen C. Vasciannie.

C. Membres du Bureau et Bureau élargi

4. À sa 3159^e séance, le 6 mai 2013, la Commission a élu le Bureau suivant:

<i>Président:</i>	M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
<i>Premier Vice-Président:</i>	M. Pavel Šturma (République tchèque)
<i>Deuxième Vice-Président:</i>	M. Narinder Singh (Inde)
<i>Président du Comité de rédaction:</i>	M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)
<i>Rapporteur:</i>	M. Mathias Forteau (France).

5. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens Présidents de la Commission² et des rapporteurs spéciaux³.

6. La Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants: M. P. Šturma (Président), M. L. Caflisch, M. P. Comissário Afonso, M. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} C. Escobar Hernández, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*).

D. Comité de rédaction

7. À ses 3163^e, 3170^e et 3180^e séances, tenues les 14 et 24 mai et le 16 juillet 2013, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) *Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités:* M. D. D. Tladi (Président), M. G. Nolte (Rapporteur spécial), M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree,

¹ Voir par. 3 ci-dessous.

² M. L. Caflisch, M. E. Candioti, M. M. Kamto, M. E. Petrič et M. N. Wisnumurti.

³ M^{me} C. Escobar Hernández, M. J. M. Gómez-Robledo, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. G. Nolte, M. E. Valencia-Ospina et Sir Michael Wood.

M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. P. Šturma, M. E. Valencia-Ospina, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*);

b) *L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*: M. D. D. Tladi (Président), M^{me} C. Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. K. Kittichaisaree, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. P. Šturma, M. E. Valencia-Ospina, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. K. Wako, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*);

c) *La protection des personnes en cas de catastrophe*: M. D. D. Tladi (Président), M. E. Valencia-Ospina (Rapporteur spécial), M. J. M. Gómez-Robledo, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. K. Kittichaisaree, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*).

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 20 séances sur les trois sujets susmentionnés.

E. Groupes de travail et Groupe d'étude

9. À ses 3161^e et 3169^e séances, tenues les 8 et 23 mai 2013, la Commission a reconstitué le groupe de travail et le Groupe d'étude ci-après:

a) *Groupe de travail à composition non limitée sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre* (aut dedere aut judicare): M. K. Kittichaisaree (Président);

b) *Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*: M. D. M. McRae (Président), M. L. Caflisch, M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. D. Hmoud, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. K. G. Park, M. N. Singh, M. P. Šturma, M. M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*).

10. Le Groupe de planification a reconstitué le Groupe de travail ci-après:

Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le quinquennat: M. D. McRae (Président), M. L. Caflisch, M^{me} C. Escobar Hernández, M. K. Gevorgian, M. J. M. Gómez-Robledo, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. N. Singh, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood, et M. M. Forteau (*membre de droit*).

F. Secrétariat

11. M^{me} Patricia O'Brien, Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques, Conseillère juridique, représentait le Secrétaire général. M. George Korontzis, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence de la Conseillère juridique, représentait le Secrétaire général. M. Trevor Chimimba et M. Arnold Pronto, juristes hors classe, assumaient les fonctions de secrétaires assistants principaux de la Commission. M. Gionata Buzzini et M^{me} Hanna Dreifeldt-Lainé, juristes, et M. Noah Bialostozky, juriste adjoint de première classe, étaient secrétaires assistants de la Commission.

G. Ordre du jour

12. À sa 3159^e séance, tenue le 6 mai 2013, la Commission a adopté un ordre du jour pour sa soixante-cinquième session. L'ordre du jour, tel que modifié compte tenu de la décision prise par la Commission à sa 3171^e séance⁴, le 28 mai, était le suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Nomination à un siège devenu vacant après élection.
3. Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
4. Protection des personnes en cas de catastrophe.
5. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
6. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.
7. Application provisoire des traités.
8. Formation et identification du droit international coutumier⁵.
9. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.
10. Clause de la nation la plus favorisée.
11. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
12. Dates et lieu de la soixante-sixième session.
13. Coopération avec d'autres organes.
14. Questions diverses.

⁴ Voir ci-dessous, chap. XII, sect. A.1.

⁵ La Commission a décidé, à sa 3186^e séance, tenue le 25 juillet 2013, de modifier l'intitulé du sujet, qui sera désormais le suivant: «Détermination du droit international coutumier». Voir chap. VII, sect. B.

Chapitre II

Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-cinquième session

13. En ce qui concerne le sujet «**Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités**», la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660), qui contenait notamment quatre projets de conclusion concernant la règle générale et les moyens d'interprétation des traités, les accords et la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, la définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité, et l'attribution à l'État d'une pratique suivie dans l'application d'un traité. À la suite du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer les quatre projets de conclusion au Comité de rédaction. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, elle a adopté provisoirement cinq projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. IV).

14. En ce qui concerne le sujet «**L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**», la Commission était saisie du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661), qui contenait notamment six projets d'article établis à partir d'une analyse portant sur: a) la portée du sujet et le champ d'application du projet d'articles; b) les notions d'immunité et de juridiction; c) la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*; et d) la définition des normes de base du régime de l'immunité *ratione personae*. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, elle a adopté provisoirement trois projets d'article, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. V).

15. En ce qui concerne le sujet «**La protection des personnes en cas de catastrophe**», la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/662), consacré aux différents aspects de la prévention dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe, dont la prévention des risques de catastrophe, la prévention en tant que principe du droit international et la coopération internationale en matière de prévention. À l'issue du débat en séance plénière, elle a décidé, sur proposition du Rapporteur spécial, de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction.

16. La Commission a adopté à titre provisoire sept projets d'article, ainsi que les commentaires correspondants: les projets d'articles 5 *bis* et 12 à 15, dont elle avait pris note à sa soixante-quatrième session (2012) et qui portent respectivement sur les formes de coopération, les offres d'assistance, les conditions de fourniture de l'assistance extérieure, la facilitation de l'assistance extérieure et la cessation de l'assistance extérieure, ainsi que les projets d'articles 5 *ter* et 16 concernant respectivement la coopération en matière de prévention des risques de catastrophe et l'obligation de prévention des risques de catastrophe (chap. VI).

17. En ce qui concerne le sujet «**Formation et identification du droit international coutumier**», la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/663), qui contenait notamment un aperçu des travaux antérieurs de la Commission se rapportant à cette question, présentait des opinions exprimées par des représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, délimitait le sujet et recensait les divers documents à consulter ainsi que les questions ayant trait au droit international coutumier comme source du droit international. La Commission était également saisie d'une étude du Secrétariat recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet (A/CN.4/659). Le débat en séance plénière a notamment porté sur la délimitation du sujet et la méthodologie,

les divers documents à consulter et le plan de travail à établir. Le Rapporteur spécial a également tenu des consultations officieuses sur l'intitulé du sujet, la prise en considération du *jus cogens* dans le champ du sujet et la nécessité de recueillir des informations complémentaires sur la pratique des États. La Commission a décidé de modifier le titre du sujet, qui se lira dorénavant «Détermination du droit international coutumier» (chap. VII).

18. En ce qui concerne le sujet «**L'application provisoire des traités**», la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664) qui visait à répertorier, de manière générale – en examinant les doctrines pertinentes et en passant en revue sommairement la pratique des États – les principaux points de droit liés à l'application provisoire des traités. Elle était également saisie d'une étude du Secrétariat retraçant la genèse de l'article 25 tant au sein de la Commission que lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités (A/CN.4/658). Le débat a porté sur l'objet de l'application provisoire des traités et sur les questions spécifiques à traiter dans les rapports suivants du Rapporteur spécial (chap. VIII).

19. La Commission a décidé d'inscrire le sujet «**La protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés**» à son programme de travail et a nommé M^{me} Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale (chap. XII, sect. A.1). La Rapporteuse spéciale a présenté à la Commission une série de documents de travail non officiels en vue d'engager un dialogue informel avec les membres de la Commission sur diverses questions susceptibles de présenter un intérêt aux fins de l'élaboration et de l'examen des travaux sur le sujet. Les consultations informelles ont notamment porté sur la délimitation du sujet et la méthodologie, les résultats possibles des travaux de la Commission, ainsi que plusieurs questions de fond ayant trait au sujet (chap. IX).

20. En ce qui concerne le sujet «**L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare)**», la Commission a reconstitué le Groupe de travail sur ce sujet, qui a poursuivi l'évaluation des travaux réalisés, compte tenu en particulier de l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. La Commission a pris note du rapport du Groupe de travail, qui figure en annexe au présent rapport (chap. X et annexe A).

21. En ce qui concerne le sujet «**La clause de la nation la plus favorisée**», la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, qui a notamment poursuivi l'examen des divers facteurs qui semblaient influencer l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements, à la lumière, entre autres, de la pratique et de la jurisprudence contemporaines, plus particulièrement des affaires *Daimler Financial Services AG v. République argentine*⁶ et *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkménistan*⁷ (chap. XI).

22. La Commission a créé un Groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XII, sect. A). Elle a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «**La protection de l'atmosphère**» et de nommer M. Shinya Murase Rapporteur spécial pour ce sujet (chap. XII, sect. A.1). La Commission a également décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «**Les crimes contre l'humanité**» (chap. XII, sect. A.2 et annexe B).

⁶ CIRDI, affaire n° ARB/05/1, envoyée aux parties le 22 août 2012.

⁷ CIRDI, affaire n° ARB/10/1, envoyée aux parties le 2 juillet 2013.

23. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe et le Comité juridique interaméricain. La Commission a également échangé des informations avec la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Certains de ses membres ont par ailleurs rencontré à titre informel divers organismes et associations pour débattre de questions d'intérêt mutuel (chap. XII, sect. C).

24. La Commission a décidé de tenir sa soixante-sixième session à Genève du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2014 (chap. XII, sect. B).

Chapitre III

Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

25. La Commission demande aux États de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui concerne la signification donnée aux expressions «actes officiels» et «actes accomplis à titre officiel» dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

B. Formation et détermination du droit international coutumier

26. La Commission demande aux États de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans:

- a) Des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales;
- b) Des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales.

C. Application provisoire des traités

27. La Commission demande aux États de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations, assorties d'exemples, sur leur pratique en matière d'application provisoire des traités, en particulier en ce qui concerne:

- a) La décision d'appliquer provisoirement un traité;
- b) La cessation de cette application provisoire; et
- c) Les effets juridiques de l'application provisoire.

D. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

28. La Commission souhaiterait que les États lui indiquent si, dans leur pratique, le droit international ou national de l'environnement a été interprété comme étant applicable en rapport avec un conflit armé international ou non international. La Commission apprécierait en particulier des exemples:

- a) De traités, notamment de traités régionaux ou bilatéraux pertinents;
- b) De législation nationale pertinente pour le sujet, y compris de législation donnant effet à des traités régionaux ou bilatéraux;
- c) De jurisprudence relative à l'application du droit international ou national de l'environnement à des différends découlant de situations de conflit armé.

Chapitre IV

Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

A. Introduction

29. La Commission, à sa soixantième session (2008), a décidé d'inscrire le sujet «Les traités dans le temps» à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session⁸. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est efforcé de recenser les questions à examiner et a réfléchi à ses méthodes de travail ainsi qu'aux résultats possibles des travaux de la Commission sur le sujet⁹.

30. De la soixante-deuxième à la soixante-quatrième session (2010-2012), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte. Il a examiné trois rapports oraux de son président qui portaient, respectivement, sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée¹⁰, les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs¹¹ et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires¹².

31. À la soixante-troisième session (2011), le Président du Groupe d'étude a présenté neuf conclusions préliminaires, remaniées à la lumière des débats au sein du Groupe d'étude¹³. À la soixante-quatrième session (2012), le Président du Groupe d'étude a présenté six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière des débats au sein du Groupe d'étude¹⁴. Le Groupe d'étude a débattu du cadre des travaux futurs sur le sujet et du résultat éventuel de ces travaux. Le Président du Groupe d'étude a formulé un certain nombre de suggestions que le Groupe d'étude a approuvées¹⁵.

32. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude¹⁶, la Commission a également décidé: a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), le cadre de ses travaux sur ce sujet; et b) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités»¹⁷.

⁸ À sa 2997^e séance, le 8 août 2008 Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 353. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe A. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de la résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 220 à 226.

¹⁰ *Ibid.*, soixante-cinquième session, *Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 344 à 354; *ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 337.

¹¹ *Ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 338 à 341; *ibid.*, soixante-septième session, *Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 230 et 231.

¹² *Ibid.*, soixante-septième session, *Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 232 à 234.

¹³ Pour le texte des conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 344.

¹⁴ Pour le texte des conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, soixante-septième session, *Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 240.

¹⁵ *Ibid.*, par. 235 à 239.

¹⁶ *Ibid.*, par. 226 et 239.

¹⁷ *Ibid.*, par. 227.

B. Examen du sujet à la présente session

33. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660), qu'elle a examiné de sa 3159^e à sa 3163^e séance, du 6 au 8 mai ainsi que les 10 et 14 mai 2013.

34. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial, après s'être penché sur la portée, l'objectif et le résultat possible des travaux (chap. II), a examiné la règle générale et les moyens d'interprétation des traités (chap. III), les accords et la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation (chap. IV), la définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité (chap. V) et l'attribution à l'État d'une pratique suivie dans l'application d'un traité (chap. VI). Le rapport contenait également certaines indications quant au programme des travaux futurs (chap. VII). Le Rapporteur spécial a proposé un projet de conclusion pour chacune des quatre questions examinées aux chapitres III à VI¹⁸.

35. À sa 3163^e séance, le 14 mai 2013, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial.

¹⁸ Les quatre projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial se lisaient comme suit:

Projet de conclusion 1

Règle générale et moyens d'interprétation des traités

L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en tant qu'obligation conventionnelle et expression du droit international coutumier, énonce la règle générale d'interprétation des traités.

L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause.

Projet de conclusion 2

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords et la pratique ultérieurs des parties à un traité sont des moyens d'interprétation authentiques à prendre en considération aux fins de l'interprétation des traités.

Les accords et la pratique ultérieurs des parties peuvent guider l'interprétation évolutive d'un traité.

Projet de conclusion 3

Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité

Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par «accord ultérieur» tout accord exprès entre les parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application des dispositions de celui-ci.

Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par «pratique ultérieure» tout comportement, ou prise de position, d'une ou de plusieurs parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application de celui-ci.

La pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité est un moyen d'interprétation au sens de l'article 31, par. 3) b), de la Convention de Vienne. D'après l'article 32 de la Convention, d'autres formes de pratique ultérieure peuvent servir de moyens complémentaires d'interprétation dans certaines circonstances.

Projet de conclusion 4

Auteurs possibles et attribution de la pratique ultérieure

La pratique ultérieure peut être constituée par le comportement de tous les organes de l'État qui peut être attribué à l'État aux fins de l'interprétation des traités.

La pratique ultérieure d'acteurs non étatiques, y compris la pratique sociale, peut être prise en considération aux fins de l'interprétation des traités dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique de l'État ou adoptée par celui-ci, ou encore si elle donne des indications à son sujet.

36. À sa 3172^e séance, le 31 mai 2013, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté provisoirement les cinq projets de conclusion (voir sect. C.1 ci-dessous).

37. À ses 3191^e à 3193^e séances, les 5 et 6 août 2013, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusion adoptés provisoirement à la session en cours (voir sect. C.2 ci-dessous).

C. Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-cinquième session

1. Texte des projets de conclusion

38. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

Conclusion 1

Règle générale et moyens d'interprétation des traités

1. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier.

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

3. L'article 31, paragraphe 3, dispose notamment qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions, et b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

4. Il peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.

5. L'interprétation d'un traité constitue une seule opération complexe, qui accorde l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation mentionnés, respectivement, aux articles 31 et 32.

Conclusion 2

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a) et b), en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31.

Conclusion 3
L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps.

Conclusion 4
Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure

1. Un «accord ultérieur» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a), est un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité.

2. Une «pratique ultérieure» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) b), est constituée par toute conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

3. Toute autre «pratique ultérieure» en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

Conclusion 5
L'attribution d'une pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.

2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à la soixante-cinquième session

39. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-cinquième session est reproduit ci-après.

Introduction

1) Les projets de conclusion ci-après sont fondés sur la Convention de Vienne sur le droit des traités («Convention de Vienne»)¹⁹ qui constitue le cadre des travaux sur le sujet «Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités». La Commission considère que les règles pertinentes de la Convention de Vienne sont aujourd'hui généralement acceptées²⁰.

2) Les cinq premiers projets de conclusion ont un caractère général. D'autres aspects du sujet, en particulier des points plus spécifiques, seront traités à un stade ultérieur des travaux.

¹⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331 («Convention de Vienne»).

²⁰ Voir plus bas le projet de conclusion 1, par. 1, et le commentaire y relatif.

Conclusion 1

Règle générale et moyens d'interprétation des traités

1. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier.
2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
3. L'article 31, paragraphe 3), dispose notamment qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions, et b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.
4. Il peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.
5. L'interprétation d'un traité constitue une seule opération complexe, qui accorde l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation mentionnés, respectivement, aux articles 31 et 32.

Commentaire

- 1) Le projet de conclusion 1 envisage les accords et la pratique ultérieurs comme des moyens d'interprétation des traités dans le cadre des règles relatives à l'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Le titre, «Règle générale et moyens d'interprétation des traités», donne deux indications. Premièrement, l'article 31 de la Convention de Vienne, dans son ensemble, est *la* «règle générale» d'interprétation des traités²¹. Deuxièmement, les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne énumèrent tous deux un certain nombre de «moyens d'interprétation» qui doivent (art. 31) ou peuvent (art. 32) être pris en considération dans l'interprétation des traités²².
- 2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 1 met l'accent sur le lien réciproque entre les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne et sur le fait que ces dispositions, ensemble, reflètent le droit international coutumier. La référence aux articles 31 et 32 précise d'emblée le contexte général dans lequel les accords et la pratique ultérieurs sont traités dans le projet de conclusions.
- 3) Étant donné que l'article 31 énonce la règle générale et que l'article 32 traite des moyens complémentaires d'interprétation, ces deux règles²³ doivent être lues ensemble, car elles constituent un cadre intégré pour l'interprétation des traités. L'article 32 fixe le seuil entre les moyens principaux d'interprétation conformément à l'article 31²⁴, qui doivent tous

²¹ Titre de l'article 31 de la Convention de Vienne, *ibid*.

²² Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660), 19 mars 2013 («premier rapport»), p. 6, par. 8; M. E. Villiger, «The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 344 (2009), [9], p. 118 et 119 et 126 à 128.

²³ Sur le sens du terme «règle» dans le présent contexte: *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 237 et 239; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), p. 36 à 38.

²⁴ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 243, par. 19); Waldock, troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 59 et 60, par. 21); M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours*, vol. 151 (1976), [1], p. 78;

être pris en compte dans le processus d'interprétation, et les «moyens complémentaires d'interprétation» auxquels il peut être fait appel lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens du traité ou de ses termes ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

4) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 1 confirme que les règles énoncées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne reflètent le droit international coutumier²⁵. Les cours et tribunaux internationaux ont reconnu le caractère coutumier de ces règles. Tel a été le cas, en particulier, de la Cour internationale de Justice²⁶, du Tribunal international du droit de la mer²⁷, d'instances arbitrales interétatiques²⁸, de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)²⁹, de la Cour européenne des droits de l'homme³⁰, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme³¹, de la Cour de justice de l'Union européenne³² et de tribunaux établis par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États³³. Par conséquent, les règles énoncées dans les articles 31 et 32 s'appliquent au titre du droit des traités en ce qui concerne les États qui sont parties à la Convention de Vienne pour les traités qui entrent dans le champ d'application de la Convention, et au titre du droit international coutumier entre tous les États.

I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984), p. 141 et 142; M. E. Villiger, *supra*, note 22, p. 127 et 128.

²⁵ Y. le Bouthillier, «Commentary on Article 32 of the Vienna Convention» dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, 2011), [841], p. 843 à 846, par. 4 à 8; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd. (L.G.D.J. 2009), p. 285 et 286; Gardiner, *supra*, note 23, p. 12 à 19; M. E. Villiger, *supra*, note 22, p. 132 et 133.

²⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, [14], p. 46, par. 65 (Convention de Vienne, art. 31); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, [213], p. 237, par. 47; *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*, [43], p. 109 et 110, par. 160; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, [136], p. 174, par. 94; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, [12], p. 48, par. 83; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, [625], p. 645, par. 37; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, [466], p. 501, par. 99 (Convention de Vienne, art. 31); *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, [1045], p. 1059, par. 18 (Convention de Vienne, art. 31); *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, [6], p. 21 et 22, par. 41 (Convention de Vienne, art. 31, sans mentionner expressément l'article 32 mais en faisant référence aux moyens complémentaires d'interprétation).

²⁷ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, par. 57.

²⁸ *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer («Ijzeren Rijn»)* (Belgique c. Pays-Bas), sentence, 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35, par. 45 (Convention de Vienne, art. 31 et 32).

²⁹ Le paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC dispose qu'«(...) il a pour objet (...) de clarifier les dispositions existantes [des] accords [couverts par l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public», mais ne renvoie pas expressément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Cependant, l'Organe d'appel a régulièrement reconnu que les articles 31 et 32 reflètent des règles de droit international coutumier et a eu recours à leurs dispositions par référence à l'article 3 2) du Mémorandum. Voir par exemple Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, sect. B 1 (Convention de Vienne, art. 31 1)); Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon – Taxes*

5) La Commission a également envisagé de faire référence à l'article 33 de la Convention de Vienne dans le projet de conclusion 1 et a examiné la question de savoir si cette disposition reflétait aussi le droit international coutumier. L'article 33 peut être pertinent pour le projet de conclusions sur le sujet «Accords et pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités». Un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), par exemple, pourrait être formulé dans deux ou plusieurs langues, et il pourrait y avoir des questions concernant la relation de tout accord ultérieur avec les différentes versions linguistiques du traité lui-même. La Commission a néanmoins décidé de ne pas traiter ces questions pour le moment mais a laissé ouverte la possibilité de le faire si ce problème se pose au cours des travaux futurs sur le sujet.

6) La Commission a examiné en particulier la question de savoir si les règles énoncées à l'article 33 reflètent le droit international coutumier. Certains membres ont estimé que toutes les règles de l'article 33 reflétaient le droit international coutumier, tandis que d'autres voulaient laisser ouverte la possibilité que certaines des règles énoncées dans cet article, mais pas toutes, aient ce caractère. Cette question n'est pas encore pleinement tranchée par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. La Cour internationale de Justice et l'Organe d'appel de l'OMC ont considéré que des parties de l'article 33 reflètent des règles de droit international coutumier. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a reconnu que le paragraphe 4 de l'article 33 reflète le droit coutumier³⁴. Dans l'affaire de l'Île *Kasikili/Sedudu*, en revanche, il est plus difficile de dire si elle a estimé que le paragraphe 3 de l'article 33 reflète le droit international coutumier³⁵. L'Organe d'appel de l'OMC a affirmé que les règles énoncées aux paragraphes 3 et 4 reflètent le droit coutumier³⁶. Le Tribunal d'arbitrage, dans l'*Affaire de*

sur les boissons alcooliques II, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, sect. D (Convention de Vienne, art. 31 et 32); «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time» dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), [213], p. 215.

³⁰ *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 février 1975, requête n° 4451/70, CEDH série A, n° 18, par. 29; *Witold Litwa c. Pologne*, arrêt, 4 avril 2000, requête n° 26629/95, CEDH 2000-III, par. 58 (Convention de Vienne, art. 31); *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable), 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, CEDH 1345, par. 65 (implicitement, Convention de Vienne, art. 31 à 33).

³¹ *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts 74 and 75)*, avis consultatif, 24 septembre 1982, OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. série A, n° 2, par. 19 (implicitement, Convention de Vienne, art. 31 et 32); *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens, arrêt), 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 94, par. 19 (Convention de Vienne, art. 31 1)).

³² *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, arrêt, 25 février 2010, affaire C-386/08, ECR I-01289, par. 41 à 43 (Convention de Vienne, art. 31).

³³ *National Grid plc v. The Argentine Republic*, décision sur la compétence (CNUDCI), 20 juin 2006, par. 51 (Convention de Vienne, art. 31 et 32); *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, ordonnance de jonction, 7 septembre 2005, par. 59 (Convention de Vienne, art. 31 et 32).

³⁴ *LaGrand*, C.I.J. Recueil 2001, [466], p. 502, par. 101.

³⁵ *Île de Kasikili/Sedudu*, C.I.J. Recueil 1999, [1045], p. 1062, par. 25; la Cour n'a peut-être appliqué cette disposition que parce que les parties ne s'y étaient pas opposées.

³⁶ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, par. 61 (Convention de Vienne, art. 33 3)); Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, par. 424, dans lequel l'Organe d'appel a appliqué et mentionné expressément l'article 33 3) de la Convention de Vienne sans évoquer son caractère coutumier; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains*

l'emprunt Young, a conclu que l'alinéa 1 «incorporait» un «principe»³⁷. Le Tribunal international du droit de la mer et la Cour européenne des droits de l'homme sont allés plus loin et ont indiqué que l'article 33 dans son intégralité reflète le droit coutumier³⁸. On trouve donc dans la jurisprudence de nettes indications que l'article 33 dans son intégralité reflète effectivement le droit international coutumier.

7) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 1 reprend le texte de l'article 31, paragraphe 1), compte tenu de son importance pour le sujet. L'article 31, paragraphe 1), est le point de départ de toute interprétation des traités conformément à la règle générale énoncée par l'article 31 dans son intégralité. L'objectif est de contribuer à assurer l'équilibre dans le processus d'interprétation entre l'évaluation des termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument, d'une part, et les considérations concernant les accords et la pratiques ultérieurs dans les projets de conclusion suivants. La réaffirmation de l'article 31, paragraphe 1), sous forme de paragraphe distinct n'a cependant pas pour objet de laisser entendre que ce paragraphe et les moyens d'interprétation qui y sont mentionnés priment sur le fond dans le contexte de l'article 31. Tous les moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31 font partie d'une règle unique et intégrée³⁹.

8) Le paragraphe 3 reprend les termes de l'article 31, paragraphe 3) a) et b), de la Convention de Vienne, afin d'inscrire les accords et la pratique ultérieurs, qui sont le thème principal du sujet, dans le cadre juridique général de l'interprétation des traités. En conséquence, le texte introductif de l'article 31 3) – «il sera tenu compte, en même temps que du contexte» – est conservé de façon à souligner que l'évaluation des moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, paragraphe 3) a) et b), fait partie intégrante de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31⁴⁰.

9) Le paragraphe 4 précise que la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui ne satisfait pas à tous les critères de l'article 31, paragraphe 3) b), relève néanmoins de l'article 32. L'article 32 contient une liste non exhaustive de moyens complémentaires d'interprétation⁴¹. Le paragraphe 4 emprunte à l'article 32 les termes «il peut être fait appel» afin de conserver la distinction entre le caractère obligatoire que revêt le fait de *tenir compte* des moyens d'interprétation qui sont mentionnés à l'article 31, et le caractère discrétionnaire du recours à des moyens complémentaires d'interprétation au titre de l'article 32.

produits agricoles, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 septembre 2002, par. 271 (Convention de Vienne, art. 33 4)).

³⁷ *Sentence relative à l'Emprunt Young du Tribunal d'arbitrage des dettes extérieures allemandes (Belgique, France, Suisse, Royaume-Uni et États-Unis c. Allemagne)*, 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 67; ILR, vol. 59 (1980), p. 494, par. 17.

³⁸ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, par. 57; *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 février 1975, requête n° 4451/70, CEDH série A, n° 18, par. 29; *Witold Litwa c. Pologne*, arrêt, 4 avril 2000, requête n° 26629/95, CEDH 2000-III, par. 59; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable), 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, CEDH 1345, par. 65 (Convention de Vienne, art. 31 à 33).

³⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 239, par. 8). Voir en détail plus loin, par. 12) du commentaire relatif au paragraphe 5 du projet de conclusion 1.

⁴⁰ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 239, par. 8); «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over time» dans Nolte, *supra*, note 29, [169], p. 177.

⁴¹ Yasseen, *supra*, note 24, p. 79.

10) En particulier, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, qui n'établit pas l'accord de toutes les parties au traité mais seulement celui d'une ou plusieurs parties, peut être utilisée comme un moyen complémentaire d'interprétation. C'est ce qu'a déclaré la Commission⁴² et ce qu'ont reconnu depuis des cours et tribunaux internationaux⁴³ et la doctrine⁴⁴ (voir plus en détail les paragraphes 22) à 36) du commentaire relatif au projet de conclusion 4).

11) La Commission n'a cependant pas considéré qu'il convenait de traiter, dans le présent projet de conclusions, de la pratique ultérieurement suivie qui n'est pas «dans l'application du traité» en tant que moyen complémentaire d'interprétation. Cette pratique peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer aussi un moyen complémentaire d'interprétation pertinent⁴⁵. Mais elle n'entre pas dans le cadre de ce dont la Commission s'occupe actuellement dans le présent sujet, sauf dans la mesure où elle peut contribuer à «évaluer» la pratique pertinente ultérieurement suivie dans l'application d'un traité (voir le projet de conclusion 5 et le commentaire y relatif). En conséquence, le paragraphe 4 du projet de conclusion 1 prévoit que toute pratique ultérieurement suivie doit être «dans l'application du traité», comme le fait le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, qui définit «les autres formes de “pratique ultérieure”».

12) La Commission a estimé qu'il importait, pour conclure le projet de conclusion 1, de souligner au paragraphe 5⁴⁶ que, nonobstant la structure du projet de conclusion 1, qui va du général au particulier, le processus d'interprétation est une «seule opération complexe», qui prévoit que «l'attention qu'il convient» est accordée aux divers moyens

⁴² *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 215, par. 13).

⁴³ *Île de Kasikili/Sedudu, C.I.J. Recueil 1999*, [1045], p. 1096, par. 79 et 80; *Loizidou c. Turquie*, arrêt (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89, CEDH série A, n° 310, par. 79 à 81; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens, arrêt) 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 94, par. 92; *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 274, par. 50; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 90; voir aussi Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012, par. 452.

⁴⁴ Yasseen, *supra*, note 24, p. 52; «[...] la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir une *pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. [...] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne.*» (italiques ajoutées); Sinclair, *supra*, note 24, p. 138: «(...) le paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention [couvre] uniquement une forme particulière de pratique ultérieure – à savoir, *la pratique ultérieure concordante commune à toutes les parties. La pratique ultérieure qui n'entre pas dans cette définition étroite peut néanmoins être un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention*» (italiques ajoutées); S. Torres Bernárdez, «Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties» dans G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday* (Kluwer Law International, 1998), [721], p. 726; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 431 et 432.

⁴⁵ L. Boisson de Chazournes, «Subsequent Practice, Practices, and “Family Resemblance”: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu» dans Nolte, *supra*, note 29, [53], p. 59 à 62.

⁴⁶ Premier rapport, par. 64; «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over time», dans Nolte, *supra*, note 29, [169], p. 171 et 177.

d'interprétation⁴⁷. L'expression «seule opération complexe» est tirée du commentaire de 1966 de la Commission relatif aux articles sur le droit des traités⁴⁸. Dans ce commentaire, la Commission a également indiqué qu'elle avait voulu «souligner que le processus d'interprétation constitue un tout»⁴⁹.

13) Le paragraphe 5 du projet de conclusion 1 explique également que l'attention qu'il convient doit être accordée, dans le cadre du processus d'interprétation considéré comme une «seule opération complexe», aux divers moyens d'interprétation qui sont mentionnés aux articles 31 et 32. La Commission n'a cependant pas jugé nécessaire d'insérer une référence, sous forme d'exemple, à un ou plusieurs moyens particuliers d'interprétation dans le texte du paragraphe 5 du projet de conclusion 1⁵⁰. Cela permet d'éviter tout malentendu éventuel quant au fait que l'un quelconque des différents moyens d'interprétation aurait la priorité sur les autres, quelle que soit la disposition particulière du traité ou l'affaire concernée.

14) L'expression «moyens d'interprétation» est employée au paragraphe 5. Elle couvre non seulement les «moyens complémentaires d'interprétation» qui sont visés à l'article 32 mais aussi les éléments mentionnés à l'article 31⁵¹. Alors que la Commission, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des traités, a employé indifféremment les termes «moyens d'interprétation» et «éléments d'interprétation», aux fins du présent sujet elle a retenu le terme «moyens d'interprétation» qui renvoie aussi à la fonction d'outil ou d'instrument que remplissent ces moyens dans le processus d'interprétation⁵². Le terme «moyens» ne distingue pas les uns des autres les différents éléments mentionnés dans les articles 31 et 32. Il indique plutôt que ces moyens ont chacun une fonction dans le processus d'interprétation, qui est «unique» tout en étant aussi une opération «complexe»⁵³. De même que les tribunaux commencent généralement leur raisonnement en examinant les termes du traité, pour ensuite, dans un processus interactif⁵⁴, analyser ces termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument⁵⁵, il faut d'abord analyser la pertinence exacte des différents moyens d'interprétation dans tous les cas d'interprétation des traités avant que ces moyens soient «jetés dans le creuset»⁵⁶ pour parvenir à une bonne interprétation, en accordant à chacun le poids qu'il convient par rapport aux autres.

⁴⁷ Sur la fonction différente des accords et de la pratique ultérieurs par rapport aux autres moyens d'interprétation, voir premier rapport, par. 42 à 57; «Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte, *supra*, note 29, [169], p. 183.

⁴⁸ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 239, par. 8).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cela avait été proposé par le Rapporteur spécial, voir le premier rapport, par. 28: «(1) Règle générale et moyens d'interprétation des traités – (...) L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause». Voir aussi l'analyse dans le premier rapport, par. 8 à 27.

⁵¹ Voir aussi le commentaire relatif au projet de conclusion 1, par. 1; Villiger, *supra*, note 22, p. 129; Daillier et autres, *supra*, note 25, p. 284 à 289.

⁵² Compte rendu analytique provisoire de la 3172^e séance, A/CN.4/SR.3172, p. 4.

⁵³ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 239, par. 8).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 238 et 239, par. 6); Yassen, *supra*, note 24, p. 58; Sinclair, *supra*, note 24, p. 130; J. Klabbers, «Treaties, Object and Purpose», *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), par. 7; Villiger, *Commentary, supra*, note 44, p. 427, par. 11; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988* [69], p. 89, par. 45 et 46; *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [3], p. 32 à 35, par. 39.

⁵⁶ *Ibid.*

15) L'obligation d'accorder «l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation» peut, lors de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause⁵⁷. Cela ne veut pas dire qu'un tribunal ou un autre interprète est plus ou moins libre de choisir comment utiliser et appliquer les différents moyens d'interprétation. Ce qui guide l'interprétation est l'évaluation par l'interprète, qui consiste à apprécier la pertinence des différents moyens d'interprétation dans un cas particulier et à déterminer leur interaction avec les autres moyens d'interprétation dans ce cas, en leur accordant de bonne foi l'attention qu'il convient, comme le prévoit la règle qui doit être appliquée. Cette évaluation devrait aussi, si cela est possible et réalisable, prendre en considération les évaluations faites et les décisions prises antérieurement dans le même domaine et éventuellement dans d'autres domaines appropriés⁵⁸.

16) La Commission a débattu la question de savoir s'il convenait de faire référence, dans le projet de conclusion 1, à la «nature» du traité en tant que facteur qui serait généralement pertinent pour déterminer s'il faut accorder plus ou moins de poids à certains moyens d'interprétation⁵⁹. Certains membres ont estimé que l'objet d'un traité (par exemple, si les dispositions portent sur des questions purement économiques ou plutôt sur les droits de l'homme des individus; et si les règles d'un traité sont plutôt techniques ou plutôt axées sur les valeurs) ainsi que sa structure et sa fonction de base (par exemple, si les dispositions sont plutôt de nature réciproque ou plutôt destinées à protéger un bien commun) peuvent influencer sur son interprétation. Ils ont fait valoir que la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux porte à croire que tel est le cas⁶⁰. Il a aussi été dit que la notion de «nature» d'un traité n'est pas étrangère à la Convention de Vienne (voir par exemple l'article 56, paragraphe 1 a)⁶¹ et que la notion de «nature» du traité et/ou de ses dispositions figurait dans d'autres travaux de la Commission, en particulier ceux sur le sujet des effets des conflits armés sur les traités⁶². D'autres membres, cependant, ont estimé que le projet de conclusion ne

⁵⁷ Premier rapport, projet de conclusion 1, par. 2), p. 13, par. 28 et, de manière générale, par. 10 à 27.

⁵⁸ Le premier rapport renvoie à la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux à titre d'exemples de la manière dont le poids accordé aux moyens dans un exercice d'interprétation doit être déterminé dans des cas particuliers et démontre comment des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs ont contribué, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité.

⁵⁹ Voir le premier rapport, projet de conclusion 1, par. 2), et l'analyse aux paragraphes 8 à 28.

⁶⁰ Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC, par exemple, semblent mettre l'accent davantage sur les clauses de l'accord couvert par l'OMC (par exemple Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, 21 juillet 2000, par. 45), alors que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme soulignent le caractère de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme (voir par exemple *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], arrêt du 4 février 2005, requêtes n^{os} 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 111; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99 du 1^{er} octobre 1999, série A, n^o 16, par. 58); voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n^o 10 (A/66/10 et Add.1)*, p. 299 et 300, et «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte, *supra*, note 29, p. 213 et suiv., aux pages 216, 244 à 246, 249 à 262 et 270 à 275.

⁶¹ M. Forteau, «Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice», *Revue générale de droit international public*, t. 115 (2011), p. 399 et suiv., aux pages 406 et 407, 416; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, opinion individuelle de M. Dillard, p. 138 à la page 154, note 1.

⁶² Articles sur les effets des conflits armés sur les traités (art. 6 a)), résolution 66/99 de l'Assemblée générale, annexe; voir aussi le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Documents officiels de*

devait pas faire référence à la «nature» du traité afin de préserver l'unité du processus d'interprétation et d'éviter toute catégorisation des traités. On a également fait valoir que la notion de «nature du traité» n'était pas claire et qu'il serait difficile de la distinguer de l'objet et du but du traité⁶³. La Commission a finalement décidé de laisser la question ouverte et de ne pas faire référence à la nature du traité pour le moment dans le projet de conclusion 1.

Conclusion 2

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a) et b), en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31.

Commentaire

1) En qualifiant de «moyens d'interprétation authentiques» les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 de la Convention de Vienne, la Commission indique pourquoi ces moyens sont importants pour l'interprétation des traités⁶⁴. Elle suit ainsi son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, dans lequel elle a décrit ces accords et cette pratique comme étant des «moyens d'interprétation authentiques», et a souligné que:

«L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité.»⁶⁵.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 ne sont toutefois pas les seuls «moyens d'interprétation authentiques». Le texte d'un traité, en particulier, en est également un. Ainsi que l'a expliqué la Commission

«(...) la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties (...) en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit

l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10 et Add.1) (la directive 4.2.5 fait référence à la nature des obligations prévues par le traité plutôt qu'à la nature du traité lui-même).

⁶³ D'après le commentaire relatif à la directive 4.2.5 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, il est difficile de distinguer entre la nature des obligations prévues par le traité et l'objet et le but du traité. Guide de la pratique sur les réserves aux traités, commentaire relatif à la directive 4.2.5, par. 3, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10 et Add.1)*. Cela étant, l'article 6 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités fait état d'«une série de facteurs relatifs à la nature du traité, en particulier sa matière, son objet et son but, son contenu et le nombre de parties au traité», *ibid.*, commentaire relatif à l'article 6, par. 3).

⁶⁴ Voir R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Longman, 1992, vol. 1, p. 1268, par. 630; G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points», *British YearBook of International Law 1957*, vol. 33, p. 203 et suiv., aux pages 223 à 225; OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, 31 mars 2011, par. 7.953.

⁶⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 15).

international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité.»⁶⁶.

L'adjectif «authentique» renvoie donc à différentes formes de «preuve objective», ou de «preuve» de la conduite des parties témoignant de leurs «vues communes» sur le sens du traité.

3) En décrivant les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 comme étant des «moyens d'interprétation authentiques», la Commission reconnaît que la volonté commune des parties, dont découle tout traité, revêt une autorité particulière en ce qui concerne l'identification du sens du traité, même après la conclusion de celui-ci. La Convention de Vienne confère ainsi aux parties à un traité un rôle qui pourrait être inhabituel s'agissant d'interpréter des instruments juridiques dans certains systèmes de droit interne.

4) La qualité de «moyens d'interprétation authentiques» des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 n'implique pas, cependant, que ces moyens soient nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants. Après tout, selon le chapeau du paragraphe 3) de l'article 31, il faut seulement «ten[ir] compte» des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans l'interprétation d'un traité, laquelle consiste en «une seule opération complexe», sans aucune hiérarchie entre les moyens d'interprétation énumérés à l'article 31⁶⁷. Pour cette raison, et contrairement aux vues exprimées par certains commentateurs⁶⁸, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure qui établissent l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité ne sont pas nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants⁶⁹. Ainsi, lorsque la Commission a dit qu'un «accord ultérieur» «constitu[ait] une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation»⁷⁰, elle n'est pas allée jusqu'à dire que cette interprétation était nécessairement concluante au sens de l'emporter sur tous les autres moyens d'interprétation.

⁶⁶ *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 216, par. 15) et voir aussi, p. 215, par. 13): «Le paragraphe 3 énumère comme *autres* (italiques ajoutées) éléments authentiques d'interprétation: a) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et b) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité»; de son côté, Sir Humphrey Waldock a expliqué que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation, *ibid.*, p. 59, par. 21).

⁶⁷ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 239, par. 8) et 9).

⁶⁸ M. E. Villiger, «The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The “Crucible” Intended by the International Law Commission», dans E. Cannizaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p. 105 et suiv., à la page 111; R. Gardiner, *supra*, note 23, p. 32; O. Dörr, «Commentary on Article 31 of the Vienna Convention» dans O. Dörr, K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2012), p. 521 et suiv., aux pages 553 et 554, par. 72 à 75; K. Skubiszewski, «Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter» dans R. Bernhardt *et al.* (dir. publ.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler* (Springer, 1983), p. 891 et suiv., à la page 898.

⁶⁹ H. Fox, «Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili Sedudu Island Case» dans M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 59 et suiv., aux pages 61 et 62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruylant, 2013), p. 313 à 315; M. Benatar, «From Probative Value to Authentic Interpretation: The Legal Effect of Interpretative Declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170 et suiv., aux pages 194 et 195; J. M. Sorel, B. Eveno, «Commentary on Article 31 of the Vienna Convention» dans O. Corten, P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Oxford University Press, 2011), vol. I, p. 804 et suiv., à la page 826, par. 42 et 43; voir également «Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time» dans Nolte, *supra*, note 29, [307], p. 375, par. 16.4.3.

⁷⁰ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 14).

5) Cela n'exclut pas que les parties à un traité puissent, si elles le souhaitent, parvenir à un accord contraignant concernant l'interprétation du traité. Le Rapporteur spécial sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock, a fait observer dans son troisième rapport qu'il pouvait être difficile de faire une distinction entre la pratique ultérieure des parties telle qu'envisagée dans ce qui allait devenir le paragraphe 3) a) et b) de l'article 31, – et dont il doit seulement être tenu compte, parmi d'autres moyens, dans le processus d'interprétation –, et un accord ultérieur que les parties considèrent comme contraignant:

«La pratique ultérieure, s'il s'agit d'une pratique constante et qui est le fait de toutes les parties, semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens qu'il convient d'attacher au traité, *en tous cas* lorsqu'il en ressort que les parties considèrent l'interprétation qu'elle traduit comme s'imposant à elles avec force obligatoire. En pareil cas, le rôle de la pratique ultérieure en tant qu'élément d'interprétation des traités et son rôle en tant qu'élément de formation d'un accord tacite tendent à se recouvrir, et le sens des termes, tel qu'il ressort de la pratique, devient interprétation authentique consacrée par voie d'accord.»⁷¹ (italiques ajoutées).

Si la position initiale de Sir Humphrey Waldock, selon laquelle une (simple) pratique ultérieure commune «semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens», n'a finalement pas été retenue dans la Convention de Vienne, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure établissant l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité doivent être concluants pour cette interprétation dès lors que les parties considèrent celle-ci «comme s'imposant à elles avec force obligatoire». Il est toujours possible, cependant, que certaines dispositions du droit interne interdisent au gouvernement d'un État de parvenir ainsi à un accord contraignant sans satisfaire à certaines exigences – le plus souvent procédurales – découlant de sa Constitution⁷².

6) La possibilité pour les parties de parvenir à un accord ultérieur contraignant concernant l'interprétation d'un traité est particulièrement évidente lorsque le traité la prévoit lui-même. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose à son article 1131, paragraphe 2, qu'«[u]ne interprétation par la Commission [intergouvernementale] d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section». L'existence d'une procédure spéciale de cette sorte ou d'un accord concernant une interprétation faisant autorité que les parties considèrent comme contraignante peut ou non exclure le recours supplémentaire aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31⁷³.

7) La Commission a conservé l'expression «moyens d'interprétation authentiques» pour expliquer que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 ne sont pas nécessairement concluants mais font plus ou moins autorité. Elle ne parle pas d'«interprétation authentique» ou d'«interprétation faisant autorité» dans le projet de conclusion 2, car ces notions sont souvent comprises comme impliquant l'existence, entre les parties, d'un accord nécessairement concluant, ou contraignant, à l'égard de l'interprétation d'un traité⁷⁴.

⁷¹ H. Waldock, troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 61, par. 25).

⁷² Cette question sera examinée plus en détail à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

⁷³ Cette question sera examinée plus en détail à un stade ultérieur des travaux sur le sujet; voir également l'article IX, par. 2, de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874, p. 3, et OMC, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Morceaux de poulet*, 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, par. 273; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Bananes III*, deuxième recours à l'article 21.5, 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU et WT/DS27/AB/RW/USA, par. 383 et 390.

⁷⁴ Voir, par exemple, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence définitive sur la compétence et sur le fond, 9 août

8) L'expression «moyens d'interprétation authentiques» recouvre un élément factuel et un élément juridique. L'élément factuel est exprimé par l'expression «preuve objective», alors que l'élément juridique est contenu dans la notion d'«accord des parties» [ou de «sens attribué par les parties»]. Ainsi, la Commission a dit qu'un «accord ultérieur» «constitu[ait] une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation»⁷⁵, puis que «de façon analogue» la pratique ultérieure «constitu[ait] une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité»⁷⁶. Un traité étant l'expression même de la volonté commune des parties qui l'ont conclu, la «preuve objective» de l'«accord des parties» [ou du «sens attribué par les parties»] revêt une autorité considérable comme moyen d'interprétation⁷⁷.

9) La distinction qui est faite entre «tout accord ultérieur» (art. 31, par. 3 a) et «toute pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties» (art. 31, par. 3 b)) ne traduit pas une différence entre le caractère authentique de l'un et de l'autre⁷⁸. La Commission considère plutôt qu'un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, alors que la «pratique ultérieure» n'a cet effet que si elle «traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes»⁷⁹. Ainsi, la différence entre un «accord ultérieur intervenu entre les parties» et une «pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties» tient à la manière dont est établi l'accord entre les parties concernant l'interprétation du traité, et précisément au degré de facilité avec lequel un accord est établi⁸⁰.

10) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques ne doivent pas être confondus avec l'interprétation qui est faite des traités par les juridictions internationales ou les organes conventionnels dans des cas précis. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3) a) et b) de l'article 31 sont des moyens d'interprétation «authentiques» parce qu'ils sont l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes. L'autorité des juridictions internationales et des organes conventionnels découle plutôt d'autres sources, le plus souvent du traité à interpréter. Les arrêts et autres décisions des juridictions internationales et des organes conventionnels peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques s'ils reflètent ces accords ultérieurs et cette pratique ultérieure ou s'ils les ont inspirés⁸¹.

2005, partie II, chap. H, par. 23 (renvoyant à Jennings et Watts (dir. publ.), *supra*, note 64, p. 1268, par. 630); Gardiner, *supra*, note 23, p. 32; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), p. 153; K. Skubiszewski, *supra*, note 68, p. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), p. 43; voir également «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte, *supra*, note 29, p. 213 et suiv., à la page 242, par. 4.5.

⁷⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 14).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 241 et 242, par. 15).

⁷⁷ R. Gardiner, *supra*, note 23, p. 32 et 354 et 355; U. Linderfalk, *supra*, note 74, p. 152 et 153.

⁷⁸ Premier rapport, p. 30.

⁷⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 15); W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), p. 294.

⁸⁰ *Île de Kasikili/Sedudu*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045 et suiv., à la page 1087, par. 63; voir également le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif.

⁸¹ Cette question sera examinée plus en détail à un stade ultérieur des travaux sur le sujet; voir par exemple «Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte, *supra*, note 29, p. 307 et suiv., aux pages 381 et suiv., par. 17.3.1.

11) Les projets de conclusions 1 et 4 font une distinction entre la «pratique ultérieure» par laquelle est établi l'accord des parties au sens du paragraphe 3) b) de l'article 31 de la Convention de Vienne et toute autre pratique ultérieure (au sens large) suivie par une ou plusieurs parties au traité – mais pas toutes – et qui peut être pertinente comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32⁸². Cette «autre» pratique ultérieure relative à l'interprétation qui n'établit pas un accord de toutes les parties ne peut constituer un moyen «authentique» d'interprétation du traité par toutes les parties et n'a donc pas le même poids aux fins de l'interprétation⁸³.

12) Il est dit clairement à la fin du projet de conclusion 2 que c'est toujours dans le cadre de l'application de la règle générale d'interprétation des traités, telle qu'énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure seront considérés comme des moyens d'interprétation authentiques.

Conclusion 3

L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 vise le rôle que peuvent jouer les accords ultérieurs et la pratique ultérieure lorsque se pose la question plus générale de savoir si le sens des termes d'un traité est susceptible d'évolution dans le temps.

2) Dans le cas des traités, la question qui se pose habituellement au sujet du droit dit «intertemporel»⁸⁴ est celle de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances existant au moment où il a été conclu (interprétation «contemporaine» ou «statique») ou des circonstances existant au moment où il est appliqué (interprétation «évolutive» ou «dynamique») ⁸⁵. La règle énoncée par le juge Max Huber dans la sentence arbitrale rendue en l'affaire de l'*Île de Palmas*, selon laquelle «un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque»⁸⁶, a conduit de nombreuses juridictions internationales, ainsi que de nombreux auteurs, à privilégier de manière générale l'interprétation contemporaine⁸⁷. Cela étant, dans l'affaire du *Rhin de fer*, le Tribunal

⁸² Voir notamment les paragraphes 22) à 36) du commentaire du projet de conclusion 4, par. 3).

⁸³ Voir plus en détail les paragraphes 9) à 11) et 4 3), et 34) du commentaire du projet de conclusion 1, par. 4).

⁸⁴ T. O. Elias, «The Doctrine of Intertemporal Law», *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 285 et suiv.; D. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); M. Fitzmaurice, «Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), p. 101 et suiv.; M. Kotzur, «Intertemporal Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com); U. Linderfalk, «Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static approaches should be taken in the interpretation of treaties», *International Community Law Review*, vol. 10 (2008), p. 109 et suiv.; A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (3^e éd., Duncker & Humblot, 1984), p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

⁸⁵ M. Fitzmaurice, *supra*, note 84, p. 101 et suiv.

⁸⁶ *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 829 et suiv., à la page 845.

⁸⁷ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 240, par. 11).

arbitral a déclaré qu'«une interprétation évolutive des traités recueillie à l'heure actuelle le suffrage des principaux auteurs»⁸⁸.

3) En 1966, dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission a considéré que «toute tentative de formuler une règle tenant compte de l'élément temporel, de manière complète et détaillée, ne manquerait pas de soulever des difficultés» et a donc «conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel»⁸⁹. De même, en 2006, le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a conclu à l'issue de ses débats qu'il était difficile de formuler et accepter de manière consensuelle une règle générale privilégiant le principe soit d'une interprétation contemporaine, soit d'une interprétation qui reconnaisse la nécessité de tenir compte de l'«évolution du sens» des traités⁹⁰.

4) Le projet de conclusion 3 ne doit pas être compris comme exprimant une quelconque position quant à l'opportunité de suivre une approche plus contemporaine ou au contraire plus évolutive dans l'interprétation des traités en général. Il insiste plutôt sur le fait que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tout autre moyen d'interprétation des traités, peuvent étayer une interprétation aussi bien contemporaine qu'évolutive, selon le cas. La Commission a ainsi conclu que ces moyens d'interprétation pouvaient «aider à déterminer» si une interprétation évolutive était «*ou non*» appropriée à l'égard d'un terme donné d'un traité.

5) On retrouve la même approche dans la jurisprudence des juridictions internationales qui, lorsqu'elles ont retenu une interprétation évolutive – à des degrés divers – semblent avoir procédé au cas par cas pour déterminer, en s'aidant des différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32, s'il convenait ou non d'attribuer à un terme d'un traité un sens susceptible d'évolution dans le temps.

6) La Cour internationale de Justice, en particulier, est réputée avoir suivi deux tendances dans sa jurisprudence, l'une en faveur d'une interprétation plus «contemporaine» et l'autre en faveur d'une interprétation plus «évolutive», comme l'a fait observer G. Guillaume, juge *ad hoc*, dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*⁹¹. C'est principalement lorsqu'elles concernent des termes spécifiques

⁸⁸ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35, par. 81; voir, par exemple, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd. (Cambridge University Press, 2007), p. 243 et 244; M. Fitzmaurice, *supra*, note 84, p. 29 à 31; G. Di Stefano, «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue générale de droit international public*, t. 115 (2011-II), p. 373 et suiv., aux pages 384 et suiv.; R. Higgins, «Some Observations on the Inter-Temporal Rule In international Law» dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), p. 173 et suiv., aux pages 174 et suiv.; J.-M. Sorel et V. Boré Eveno, *supra*, note 69, p. 808, par. 8; P.-M. Dupuy, «Evolutionary interpretation of treaties» dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p. 123 et suiv., aux pages 125 et suiv.; M. Kotzur, *supra*, note 84, par. 14.

⁸⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 242, par. 16); R. Higgins, *supra*, note 84.

⁹⁰ Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, 2006 (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 478.

⁹¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 2009*, p. 213, déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, [290], p. 294 et suiv., par. 9 et suiv.; voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 479; Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, 2006 (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 478; et la résolution de l'Institut de droit international sur «Le problème intertemporel en droit international public», *Annuaire de l'Institut de droit international (1975)*, p. 536 et suiv.

d'un traité («partage des eaux»⁹², «chenal principal/thalweg»⁹³, noms de lieux⁹⁴, «embouchure» d'une rivière⁹⁵) que les décisions privilégient une approche plus contemporaine. À l'inverse, celles qui préconisent une interprétation évolutive semblent concerner des termes plus généraux. Il en est ainsi, en particulier, des termes qui sont «par définition évolutifs», comme les expressions «les conditions particulièrement difficiles du monde moderne» ou «le bien-être et le développement de ces peuples» qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la Namibie, leur a donné un sens évolutif en prenant en considération l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination après la Seconde Guerre mondiale⁹⁶. Le caractère «générique» d'un terme donné⁹⁷ dans un traité et le fait qu'un traité ait été conclu «sans limite de durée»⁹⁸ peuvent aussi justifier un sens évolutif.

7) D'autres organes judiciaires internationaux retiennent eux aussi une interprétation évolutive dans certains cas, quoique en étant plus ou moins ouverts à l'égard de cette approche. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce n'y a eu que rarement recours, mais il a toutefois conclu, dans une affaire bien connue, que «[les termes] générique[s] “ressources naturelles” employé[s] dans l'article XX g) ne sont pas “statiques” mais plutôt “par définition évolutifs”»⁹⁹. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a estimé quant à elle que le sens attribué à certaines «obligations de veiller à»¹⁰⁰ pouvait changer avec le temps¹⁰¹, et a souligné que le régime de la responsabilité de l'État au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était ouvert à l'évolution du droit et n'était pas «considéré comme immuable»¹⁰². La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré de manière plus générale que «la Convention [était] un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles»¹⁰³. La Cour interaméricaine des droits de l'homme suit elle aussi de manière plus générale une approche évolutive en matière d'interprétation,

⁹² *Affaire concernant un litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili relatif à la ligne de démarcation entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, décision du 21 octobre 1994, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, p. 3 et suiv., à la page 43, par. 130; voir aussi pour ce qui concerne l'expression «partage des eaux», *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Fond*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv., aux pages 16 à 22.

⁹³ *Affaire concernant l'Île de Kasikili/Sedudu*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1056 et suiv., aux pages 1060 à 1062, par. 21 et 25.

⁹⁴ *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée c. Éthiopie)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 83, à la page 110, par. 3.5.

⁹⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria): Guinée équatoriale (intervenant)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 339, par. 48 et p. 346, par. 59.

⁹⁶ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16 et suiv., à la page 31, par. 53.

⁹⁷ *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 3 et suiv., à la page 32, par. 77; Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, 2006, A/CN.4/L.682 et Corr.1, par. 478.

⁹⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213 et suiv., à la page 243, par. 66.

⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, par. 130.

¹⁰⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31383, p. 3, art. 153 4) et art. 4 4) à l'annexe III.

¹⁰¹ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, au paragraphe 117.

¹⁰² *Ibid.*, par. 211.

¹⁰³ *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), arrêt, requête n° 5856/72, CEDH série A, n° 26, par. 31.

en particulier dans le cadre de son application du principe dit *pro homine*¹⁰⁴. Dans l'affaire du *Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a estimé que la nécessité de garantir la viabilité et l'efficacité d'un mécanisme ferroviaire transfrontalier multidimensionnel était une raison suffisamment importante pour que même des règles relativement techniques soient interprétées selon une approche évolutive¹⁰⁵.

8) En fin de compte, la plupart des juridictions internationales n'ont pas eu recours à l'interprétation évolutive comme une forme distincte d'interprétation, mais sont parvenues à cette interprétation dans leur application des différents moyens d'interprétation énumérés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, en appréciant certains critères (en particulier ceux mentionnés au paragraphe 6) ci-dessus) au cas par cas. Par conséquent, toute interprétation évolutive donnée au sens d'un terme dans le temps doit résulter du processus ordinaire d'interprétation des traités¹⁰⁶.

9) La Commission considère que cet état de fait va dans le sens de l'approche qu'elle a initialement suivie à l'égard de l'interprétation des traités:

«(...) la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties et que l'interprétation a pour objet d'élucider le sens du texte et non pas d'étudier *ab initio* les intentions supposées des parties (...) en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité.»¹⁰⁷.

C'est pourquoi, dans le projet de conclusion 3, l'expression «intention présumée» s'entend de l'intention des parties telle qu'elle a été déterminée par l'application des différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32. L'«intention présumée» n'est donc pas une volonté initiale susceptible d'être identifiée séparément, et les travaux préparatoires ne

¹⁰⁴ *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* [Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire], avis consultatif OC-16/99, 2 octobre 1999, par. 114 («Cette orientation est particulièrement pertinente pour le droit international des droits de l'homme, qui a considérablement progressé grâce à une interprétation évolutive des instruments internationaux de protection de ces droits. Une telle interprétation évolutive est compatible avec les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Aussi bien la présente Cour, dans son avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1989), que la Cour européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Marckx c. Belgique* (1979) et *Loizidou c. Turquie* (1995), entre autres, ont fait observer que les traités relatifs aux droits de l'homme étaient des instruments vivants dont l'interprétation devait tenir compte des temps qui changent et, en particulier, des conditions de vie actuelles» [notes de bas de pages]).

¹⁰⁵ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35 à 125, par. 80: «En l'espèce, il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique, mais plutôt de développements techniques nouveaux, relatifs à l'exploitation et à la capacité du chemin de fer»; voir également *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 3 et suiv., à la page 32, par. 77, et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, [119 à 213], p. 151 et 152, par. 85.

¹⁰⁶ Comme l'a fait observer le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, «il faut partir de l'idée que se prononcer sur [la] question [de l'interprétation évolutive] revient à interpréter le traité lui-même», Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, 2006 (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 478.

¹⁰⁷ *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 216, par. 15); et voir aussi p. 215, par. 13) (*ibid.*) «Le paragraphe 3 énumère comme autres éléments authentiques d'interprétation: a) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité; et b) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité.»; de son côté, Sir Humphrey Waldock a expliqué que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation, *ibid.*, p. 59, par. 21).

sont pas le premier élément sur lequel il convient de s'appuyer pour déterminer l'intention présumée des parties; comme l'indique l'article 32, ils ne sont qu'un moyen complémentaire d'interprétation. Et même si c'est l'intention des parties que l'on recherche par l'interprétation, celui qui interprète doit pour cela se fonder sur les moyens d'interprétation disponibles au moment de l'acte d'interprétation, parmi lesquels figurent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties au traité. Celui qui interprète doit donc répondre à la question de savoir si l'on peut présumer que les parties, au moment de la conclusion du traité, avaient l'intention de donner à l'un des termes employés un sens susceptible d'évoluer dans le temps.

10) Le projet de conclusion 3 n'exprime aucune position sur la question de savoir s'il convient de suivre une approche plus contemporaine ou plus évolutive dans l'interprétation des traités en général (voir plus haut, par. 4) du commentaire). Il faut toutefois comprendre qu'il appelle à faire preuve d'une certaine prudence avant de conclure en faveur d'une approche évolutive dans un cas particulier. À cette fin, il souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent donner à celui qui interprète des indications utiles pour évaluer, dans le cadre du processus ordinaire d'interprétation des traités, si le sens d'un terme est susceptible d'évolution dans le temps¹⁰⁸.

11) Cette approche s'appuie sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, qui vont dans le même sens. Dans son avis consultatif sur la Namibie, la Cour internationale de Justice a pris en considération la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies et des États pour formuler les conclusions qu'elle a tirées de la nature intrinsèquement évolutive du droit à l'autodétermination¹⁰⁹. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, elle a jugé «significatif» que le «sens naturel et générique», selon elle, de l'expression «statut territorial» fût confirmé par la pratique administrative de l'Organisation des Nations Unies et par le comportement de la partie qui avait invoqué une interprétation restrictive dans un contexte différent¹¹⁰. En tout état de cause, dans les décisions où elle a retenu une interprétation évolutive, la Cour internationale de Justice ne s'est pas écartée du sens possible du texte et de l'intention présumée des parties au traité, qui avaient été exprimés également dans les accords ultérieurs et la pratique ultérieure¹¹¹.

12) L'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* est un autre exemple de la manière dont les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties peuvent aider à déterminer s'il faut attribuer un sens susceptible d'évolution dans le temps. Appelée à interpréter le terme «comercio» dans un traité de 1858, la Cour a constaté ce qui suit:

«D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3 b) de la Convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été (...)

¹⁰⁸ Voir également Gardiner, *supra*, note 23, p. 253 et 254; R. Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruylant, 2006), p. 488 à 501; J. Arato, «Subsequent practice and evolutive interpretation», *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9 (2010), p. 443 et suiv., aux pages 444 et 445, et 465 et suiv.

¹⁰⁹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16 et suiv., aux pages 30 et 31, par. 49 à 51.

¹¹⁰ *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 3 et suiv., à la page 31, par. 74.

¹¹¹ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 119 à 213, p. 151 et 152, par. 85.

de conférer aux termes employés (...) un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international.»¹¹².

La Cour a ensuite relevé que le terme «comercio» était un «terme générique» dont «les parties ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps» et que «le traité en cause [avait] été conclu pour une très longue période», ce qui l'amenait à conclure que «les parties [devaient] être présumées (...) avoir eu l'intention de conférer» à ce terme «un sens évolutif»¹¹³. Dans son opinion individuelle, le juge Skotnikov, tout en ne souscrivant pas à ce raisonnement, est parvenu à la même conclusion en constatant l'existence d'une pratique ultérieure plus récente du Costa Rica sous la forme d'activités touristiques menées sur le fleuve San Juan «depuis au moins dix ans» contre lesquelles le Nicaragua n'avait «jamais protesté», ayant même «systématiquement autorisé la navigation touristique», ce qui indiquait selon lui que «les Parties [étaient] parvenues à un accord» concernant l'interprétation du traité¹¹⁴.

13) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a parfois pris en considération des formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions dans la législation des États qui, à leur tour, peuvent modifier l'interprétation de la définition des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal, à la recherche d'une définition du crime de viol tel qu'interdit par l'article 27 de la quatrième Convention de Genève, par l'article 76, paragraphe 1, du Protocole additionnel I et par l'article 4, paragraphe 2 e) du Protocole additionnel II¹¹⁵, a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques du monde et a relevé

«la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne, les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles»¹¹⁶.

14) Dans son approche consistant à considérer un instrument comme «vivant», la Cour européenne des droits de l'homme se fonde elle aussi, entre autres, sur différentes formes de pratique ultérieure¹¹⁷. Bien qu'elle ne recherche généralement pas «l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» au sens du paragraphe 3) b) de l'article 31, les décisions dans lesquelles elle adopte une approche évolutive sont régulièrement étayées par une description détaillée de la pratique ultérieure (pratique étatique et sociale, et pratique juridique internationale)¹¹⁸.

¹¹² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., à la page 242, par. 64.

¹¹³ *Ibid.*, par. 66 à 68.

¹¹⁴ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Skotnikov, p. 283 et suiv., à la page 285, par. 9 et 10.

¹¹⁵ *Le Procureur c. Furundžija*, Chambre de première instance, jugement, 10 décembre 1998, ICTY-95-17/1, par. 165 et suiv.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 179; *Le Procureur c. Alfred Musema*, Chambre de première instance I, jugement, 27 janvier 2000, ICTR-96-13-A, par. 220 et suiv., en particulier par. 228.

¹¹⁷ «Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte, *supra*, note 29, [213], aux pages 246 et suiv.

¹¹⁸ *Öcalan c. Turquie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 12 mai 2005, requête n° 46221/99, CEDH 2005-IV, par. 163; *Vo c. France* [GC], arrêt, 8 juillet 2004, requête n° 53924/00, CEDH 2004-VIII, par. 4 et 70; *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt, 18 décembre 1986, requête n° 9697/82, CEDH série A, n° 112, par. 53; *Bayatyan c. Arménie* [GC], arrêt, 7 juillet 2011, requête n° 23459/03, par. 63; *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, CEDH série A, n° 161, par. 103; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt, 4 octobre 2010, requête n° 61498/08, par. 119 et 120; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable), 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, CEDH 2008, par. 76.

15) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si elle ne se réfère qu'assez rarement à la pratique ultérieure, tient souvent compte d'évolutions plus générales dans la sphère internationale, une approche qui se situe quelque part entre le recours à la pratique ultérieure et le recours aux autres «règle[s] pertinente[s]» visées au paragraphe 3) c) de l'article 31¹¹⁹. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, par exemple, la Cour a fait observer que

«les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants [“instrumentos vivos”] dont l'interprétation doit s'adapter aux temps qui changent et, en particulier, aux conditions de vie actuelles»¹²⁰.

16) Le Comité des droits de l'homme suit aussi, dans certains cas, une approche évolutive fondée sur les changements survenus dans la pratique des États. Ainsi, dans l'affaire *Judge c. Canada*, il s'est écarté de sa jurisprudence établie par l'affaire *Kindler c. Canada*¹²¹ en expliquant que:

«Le Comité souligne que la décision invoquée comme jurisprudence a été rendue il y a plus de dix ans et que depuis lors il est apparu un consensus international grandissant en faveur de l'abolition de la peine capitale et, dans les États qui ne l'ont pas abolie, un consensus grandissant en faveur de la non-exécution de cette peine.»¹²².

Dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*, le Comité a souligné que le sens de tout droit énoncé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques évoluait dans le temps et a conclu que le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte offrait désormais à toute personne au moins une certaine protection contre l'obligation d'agir de manière contraire à ses croyances religieuses sincères. Le Comité tire cette conclusion du fait qu'«un nombre croissant d'États parties au Pacte qui maintiennent le service militaire obligatoire ont mis en place un dispositif de substitution à ce service»¹²³.

17) Enfin, les tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont souligné que la pratique ultérieure pouvait être un moyen particulièrement important aux fins d'interpréter certaines dispositions que les parties considéraient comme susceptibles d'évoluer à la lumière de leur pratique conventionnelle ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, le tribunal a déclaré ce qui suit:

«Aucune des parties n'a affirmé que la Convention [pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] contenait *a priori* une définition précise de l'“investissement”. Au contraire, la définition devait se dégager de la pratique ultérieurement suivie par les États, conservant ainsi son

¹¹⁹ Voir par exemple *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, arrêt, fond, 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4, par. 151; *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* [Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire], avis consultatif OC-16/99, 2 octobre 1999, par. 130 à 133 et 137.

¹²⁰ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (fond, réparations et dépens), arrêt du 31 août 2001, série C, n° 79, par. 146; voir également *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* [Interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme dans le cadre de l'article 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme], avis consultatif OC-10/89, 14 juillet 1989, série A, n° 10, par. 38.

¹²¹ *Kindler c. Canada*, constatations adoptées le 30 juillet 1993, communication n° 470/1991, CCPR/C/48/D/470/1991.

¹²² *Judge c. Canada*, constatations adoptées le 5 août 2002, communication n° 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, par. 10.3.

¹²³ *Yoon et Choi c. République de Corée*, constatations adoptées le 3 novembre 2006, communications n° 1321/2004 et n° 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, par. 8.4.

intégrité et sa souplesse et permettant par la suite un développement progressif du droit international dans le domaine de l'investissement.»¹²⁴.

18) La jurisprudence des juridictions internationales et autres organes conventionnels confirme par conséquent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 «peuvent aider à déterminer» s'il convient ou non d'attribuer à un «terme» un sens susceptible d'évolution dans le temps. Le vocable «terme» ne s'entend pas seulement de mots ou d'expressions spécifiques (tels que «commerce», «statut territorial», «viol» ou «investissement»), il peut s'appliquer également à des notions interdépendantes ou transversales (comme il en existe dans les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple celles que traduisent les expressions «par la loi» ou «nécessaires», employées respectivement aux articles 9 et 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Les «termes» d'un traité étant des éléments des règles contenues dans celui-ci, ils recouvrent les règles correspondantes.

Conclusion 4

Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure

1. Un «accord ultérieur» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a), est un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité.
2. Une «pratique ultérieure» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) b), est constituée par toute conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.
3. Toute autre «pratique ultérieure» en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 définit les trois différents moyens «ultérieurs» d'interprétation des traités qui sont mentionnés dans le projet de conclusion 1, paragraphes 3 et 4, à savoir l'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), la «pratique ultérieurement suivie» (ou «pratique ultérieure») au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), et toute autre «pratique ultérieurement suivie» (ou «pratique ultérieure») au sens de l'article 32.

2) Dans les trois cas, le terme «ultérieur» (ou l'expression «ultérieurement suivie») renvoie à des actes qui se produisent «après la conclusion d'un traité»¹²⁵. Ce moment est souvent antérieur à celui où le traité entre en vigueur (art. 24). Plusieurs dispositions de la Convention de Vienne (par exemple l'article 18) montrent qu'un traité peut être «conclu» avant son entrée en vigueur effective¹²⁶. Aux fins du présent sujet, la conclusion intervient

¹²⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), sentence et opinion individuelle concordante, 15 mars 2002, affaire CIRDI n° ARB/00/2, *ICSID Reports* (2004), vol. 6, p. 310, par. 33; voir de même *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, décision sur la compétence, 27 septembre 2001, affaire CIRDI n° ARB/00/5, *ICSID Reports* (2004), vol. 6, p. 419, par. 97.

¹²⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 221, par. 14).

¹²⁶ Brierly, «Deuxième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1951*, vol. II, p. 70 et suiv.; *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 115; S. Rosenne, «Treaties, Conclusion and Entry into Force» dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), p. 933: «Strictly speaking it is the negotiation that is concluded through a treaty»

dès lors que le texte définitif du traité a été établi. C'est après la conclusion d'un traité, et non uniquement après son entrée en vigueur, que des accords et une pratique ultérieurs peuvent intervenir. En effet, on ne voit pas pour quelle raison un accord ou une pratique intervenant entre le moment où le texte définitif d'un traité est établi et l'entrée en vigueur de ce traité ne devraient pas être pertinents aux fins de l'interprétation¹²⁷.

3) L'article 31, paragraphe 2), de la Convention de Vienne dispose que le «contexte» du traité comprend certains «accords» et «instruments»¹²⁸ qui «sont intervenus» ou «ont été établis» «à l'occasion de la conclusion du traité». L'expression «à l'occasion de la conclusion du traité» s'entend des accords et instruments qui sont intervenus ou ont été établis en étroite relation, temporelle et contextuelle, avec la conclusion du traité¹²⁹. S'ils sont intervenus ou ont été établis après cette période, ces «accords» et «instruments» convenus constituent des «accords ultérieurs» ou de la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3)¹³⁰.

4) *Le paragraphe 1 du projet de conclusion 4* donne la définition de l'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a).

5) À l'article 31, paragraphe 3) a), les termes «accord ultérieur», et non «traité ultérieur», ont été employés. Cela étant, un «accord ultérieur» n'est pas nécessairement moins solennel qu'un «traité». Alors qu'un traité au sens de la Convention de Vienne doit être «par écrit» (art. 2, par. 1) a)), le droit international coutumier relatif aux traités ne contient aucune prescription à ce sujet¹³¹. Le terme «accord» dans la Convention de Vienne¹³² et dans le droit international coutumier ne suppose aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention de Vienne, qui édicte la règle générale conformément à laquelle «[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties», a été expliqué par la Commission comme signifiant qu'«[u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité»¹³³. De la

[«au sens strict, c'est la négociation qui est conclue au moyen d'un traité»]; Villiger, *Commentary*, *supra*, note 44, p. 78 à 80, par. 9 à 14.

¹²⁷ Voir par exemple la Déclaration sur le mécanisme européen de stabilité (MES) dont sont convenues les parties au traité instituant le MES, 27 septembre 2012.

¹²⁸ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 13); la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé que ce terme peut s'entendre de déclarations unilatérales si l'autre partie ne s'y oppose pas, voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, *BVerfGE*, vol. 40, [141], p. 176; voir de manière générale Gardiner, *supra*, note 23, p. 215 et 216.

¹²⁹ Yasseen, *supra*, note 24, p. 38; Jennings et Watts (dir. publ.), *supra*, note 64, p. 1274, par. 632 («but, on the other hand, too long a lapse of time between the treaty and the additional agreement might prevent it being regarded as made in connection with 'the conclusion of' the treaty» [mais, d'un autre côté, un laps de temps trop long entre le traité et l'accord supplémentaire pourrait empêcher celui-ci d'être considéré comme étant intervenu à l'occasion de «la conclusion du» traité]).

¹³⁰ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 14); voir aussi Villiger, *Commentary*, *supra*, note 44, p. 431, par. 20 et 21; voir également K. J. Heller, «The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 229 et suiv., à la page 237.

¹³¹ Villiger, *Commentary*, *supra*, note 44, p. 80, par. 15; P. Gautier, «Commentary on Article 2 of the Vienna Convention» dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), p. 33 et suiv., p. 38 à 40, par. 14 à 18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996), p. 49 et 50; voir aussi A. Aust, «The Theory and Practice of Informal International Instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 (1986), p. 787 et suiv., aux pages 794 et suiv.

¹³² Voir art. 2, par. 1) a), 3, 24, par. 2), 39 à 41, 58 et 60.

¹³³ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 253; voir aussi Villiger, *Commentary*, *supra*, note 44, p. 513, par. 7; P. Sands, «Commentary on Article 39 of the Vienna Convention» dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. II (Oxford University Press, 2011), [963], p. 971 et 972, par. 31 à 34.

même manière, la Convention de Vienne ne prévoit aucune condition de forme particulière pour les accords et la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3) a) et b)¹³⁴.

6) S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. En effet, un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), est un élément dont il «sera» uniquement «tenu compte» aux fins de l'interprétation d'un traité. Par conséquent, cet accord n'a pas nécessairement un caractère contraignant. La question de savoir dans quelles circonstances un accord ultérieur entre les parties est contraignant, et dans quelles circonstances il est simplement un moyen d'interprétation parmi plusieurs autres, sera examinée à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

7) La Convention de Vienne fait une distinction entre un «accord ultérieur» en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a), et «toute pratique ultérieurement suivie (...) par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» en vertu de l'article 31, paragraphe 3) b). Cette distinction n'est pas toujours claire et la jurisprudence des organes juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à la faire valoir. Dans l'affaire *Libye c. Tchad*, la Cour internationale de Justice a employé l'expression «attitudes (...) adoptées par la suite» pour désigner à la fois ce qu'elle qualifie par la suite d'«accords ultérieurs» et d'«attitudes» unilatérales ultérieures¹³⁵. Dans l'affaire *Indonésie c. Malaisie*, elle ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'utilisation d'une carte particulière pouvait être considérée comme un accord ultérieur ou une pratique suivie ultérieurement¹³⁶. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'ont pas toujours distingué nettement entre les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3) a) et b)¹³⁷.

8) En revanche, le Tribunal de l'ALENA, dans l'affaire *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*¹³⁸, a traité plus explicitement de cette distinction.

¹³⁴ Le projet d'article 27, par. 3) b), de la Commission, qui est ensuite devenu l'article 31, par. 3) b), de la Convention de Vienne, contenait le terme «*understanding*» auquel «*agreement*» a été substitué à la Conférence de Vienne. Cette modification était «de pure forme», voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne 26 mars-24 mai 1968* (A/CONF.39/11), p. 184; Fox, *supra*, note 69, p. 63.

¹³⁵ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6 et suiv., à la page 34, par. 66 et suiv.

¹³⁶ *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 625 et suiv., à la page 656, par. 61; dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour parle de «positions adoptées ultérieurement» pour établir que «[l]es parties ont donc reconnu en pratique que les termes exprès du traité lui-même étaient négociables», *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 et suiv., à la page 77, par. 138, voir aussi *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt (compétence et recevabilité), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 6 et suiv., à la page 122, par. 28 («conduite ultérieure»).

¹³⁷ Voir «Lignes directrices pour l'établissement des listes» dans OMC, Rapport du Groupe spécial, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, 2 avril 2004, et dans Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005; pour l'interprétation de «Texte de conciliation de 1981» dans Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Traitement fiscal des «sociétés de vente à l'étranger»*, WT/DS108/R, 8 octobre 1999; «Code SMC du Tokyo Round» dans Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, 17 octobre 1996, et «dérogation» dans Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III, deuxième recours à l'article 21.5*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 novembre 2008.

¹³⁸ *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America (Award on Jurisdiction)*, arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (28 janvier 2008); voir aussi *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (Décision sur la demande de récusation du Président du Comité), CIRDI, affaire n° ARB/97/36 (3 octobre 2001), *ICSID Reports 2004*, [168], p. 174, par. 12; P. Merkouris et M. Fitzmaurice, «Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement» dans M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010) [153], p. 217 à 233.

Dans cette espèce, les États-Unis soutenaient qu'un certain nombre de mesures unilatérales prises par les trois parties à l'ALENA pouvaient, si elles étaient prises ensemble, constituer un accord ultérieur¹³⁹. Dans un premier temps, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3) a)¹⁴⁰. Dans un second temps, cependant, le Tribunal a conclu que ces mêmes éléments constituaient une pratique ultérieurement suivie pertinente qui établissait un accord entre les parties au sujet de l'interprétation:

«Reste à savoir s'il existe une "pratique ultérieurement suivie" par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31, paragraphe 3) b). Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique. Si, de l'avis du Tribunal, les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir l'existence d'un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions", les preuves produites par le défendeur démontrent qu'il existe néanmoins une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties" à l'égard de [l'interprétation du traité].»¹⁴¹.

9) Cette jurisprudence semble indiquer qu'une des différences entre l'«accord ultérieur» et la «pratique ultérieurement suivie» au sens de l'article 31, paragraphe 3), se trouve dans les diverses formes que peut prendre l'expression «authentique» de la volonté des parties. En effet, en faisant une distinction entre «tout accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), et la «pratique ultérieurement suivie (...) par laquelle est établi l'accord des parties» au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), de la Convention de Vienne, la Commission n'avait pas entendu distinguer entre leurs effets juridiques possibles¹⁴². En réalité, la différence entre ces deux notions tient au fait qu'un «accord ultérieur intervenu entre les parties» a pour effet *ipso facto* de constituer un moyen d'interprétation authentique du traité, alors qu'une «pratique ultérieurement suivie» n'a cet effet que si ses différents éléments, pris ensemble, traduisent «les vues communes aux parties sur le sens des termes»¹⁴³.

10) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3), sont donc distingués selon que l'on peut déceler l'accord des parties *en tant que tel* dans un acte commun ou qu'il est nécessaire de l'identifier en se fondant sur des actes individuels qui, pris ensemble, attestent une position commune. Un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), doit donc être «conclu» et présuppose un acte unique commun des parties par lequel celles-ci manifestent leurs vues communes au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.

11) La «pratique ultérieurement suivie» au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), quant à elle, regroupe toutes les (autres) formes de conduite ultérieure pertinente des parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord, ou des «vues»¹⁴⁴, des parties au sujet de l'interprétation du traité. Il arrive cependant que la «pratique» et l'«accord» coïncident dans

¹³⁹ *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America (Award on Jurisdiction), arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA* (28 janvier 2008), par. 174 à 177.

¹⁴⁰ *Ibid.*, par. 184 à 187.

¹⁴¹ *Ibid.*, par. 188 et 189; dans un sens analogue: *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie (accord bilatéral d'investissement Pays-Bas/Bolivie)*, Décision relative aux exceptions à la compétence soulevées par le défendeur, CIRDI, affaire n° ARB/02/3, 21 octobre 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), p. 450 et suiv., aux pages 528 et suiv., par. 251 et suiv.

¹⁴² *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241 et 242, par. 15).

¹⁴³ *Ibid.*; et Karl, *supra*, note 79, p. 294.

¹⁴⁴ Le terme «*understanding*» avait été employé par la Commission dans le projet d'article 27, par. 3) b), sur le droit des traités qui correspond à l'article 31, par. 3) b) (voir *supra*, note 134).

des cas particuliers et ne puissent pas être distingués. C'est pourquoi l'expression «pratique ultérieurement suivie» est parfois employée dans un sens plus général qui englobe les deux moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, paragraphe 3) a) et b)¹⁴⁵.

12) Un groupe d'accords ultérieurs distincts, intervenus chacun entre un nombre limité de parties, mais qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation du traité, n'est pas normalement «un» accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3) a). Le terme «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), devrait, par souci de clarté, être réservé à un accord unique intervenu entre toutes les parties. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité constituent une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3) b). Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, même pris ensemble, n'établissent pas un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 (voir ci-dessous les paragraphes 22) et 23)). En conséquence, l'emploi de l'expression «accord ultérieur» est réservé aux accords entre toutes les parties à un traité qui se manifestent par un accord unique – ou par un acte commun sous quelque forme que ce soit qui reflète l'accord de toutes les parties¹⁴⁶.

13) Un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), doit être un accord «au sujet de» l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. Les parties doivent donc viser, éventuellement entre autres objectifs, à clarifier le sens d'un traité ou la façon dont il doit être appliqué¹⁴⁷.

14) Le fait qu'un accord soit ou non «au sujet de» l'interprétation ou de l'application d'un traité peut parfois être déterminé par une référence qui lie l'«accord ultérieur» au traité en question. Cette référence peut aussi figurer dans un traité ultérieur. Dans l'affaire *Jan Mayen* opposant le Danemark et la Norvège, par exemple, la Cour internationale de Justice semble avoir accepté qu'un «traité signé par la suite» par les parties «dans le même domaine» pouvait être utilisé aux fins de l'interprétation du traité précédent. En l'espèce, toutefois, la Cour a finalement refusé de retenir à ces fins le traité signé par la suite parce qu'il ne «contenait aucune mention» du traité précédent¹⁴⁸. Dans l'affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes opposant le Costa Rica et le Nicaragua, M. le juge Guillaume a fait référence à la pratique effective du tourisme sur le fleuve San Juan conformément à un mémorandum d'accord entre les deux États¹⁴⁹. Rien n'indique clairement, cependant, si l'intention des parties était que ce mémorandum d'accord particulier constitue une interprétation du traité de délimitation à l'examen.

15) *Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4* ne vise pas à donner une définition générale de toute forme de pratique ultérieure susceptible d'être pertinente aux fins de l'interprétation des traités. Au contraire, le paragraphe 2 se limite à la pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation authentique, par laquelle est établi l'accord de toutes les

¹⁴⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires*, ordonnance, C.I.J. Recueil 2006, p. 113 et suiv., aux pages 127 et 128, par. 53: dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de «pratique ultérieure».

¹⁴⁶ Voir Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, par. 371. Cet aspect sera examiné plus tard à un stade ultérieur des travaux sur ce sujet.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 366 à 378, en particulier 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, *supra*, note 74, p. 164 et suiv.

¹⁴⁸ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, à la page 51, par. 28.

¹⁴⁹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, [290], p. 298 et 299, par. 16.

parties au traité, comme indiqué à l'article 31, paragraphe 3) b). Cette pratique ultérieure (dans son sens étroit) se distingue de l'autre «pratique ultérieure» (ou pratique ultérieurement suivie) (dans son sens large) par une ou plusieurs parties, par laquelle l'accord des parties n'est pas établi mais qui peut néanmoins être pertinente en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne¹⁵⁰.

16) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), peut consister en un «comportement». Le terme «comportement» est employé au sens de l'article 2 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁵¹. Il peut donc s'agir non seulement d'actions mais aussi d'omissions, y compris un silence pertinent, qui contribuent à établir l'accord¹⁵². La question de savoir dans quelles circonstances des omissions, ou le silence, peuvent contribuer à établir l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité sera examinée à un stade ultérieur des travaux.

17) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), doit être un comportement «dans l'application du traité». Elle comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, notamment pour en assurer le respect ou s'acquitter des obligations conventionnelles, mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité, comme les déclarations faites à une conférence diplomatique ou dans le cadre d'un différend d'ordre juridique, des décisions de juridictions nationales, les communications officielles auxquelles le traité donne lieu, ou l'adoption d'une législation nationale ou la conclusion d'accords internationaux aux fins de la mise en œuvre d'un traité avant même qu'un acte d'application particulier se produise au niveau national ou au niveau international.

18) On se souviendra qu'à une occasion, un groupe spécial de l'ALENA a rejeté l'idée que la législation interne puisse être utilisée comme un guide pour l'interprétation des traités:

«Enfin, comme les deux Parties contestantes ont fait mention de leurs législations respectives concernant les transports terrestres, le Groupe spécial juge nécessaire de rappeler le principe énoncé à l'article 27 de la Convention de Vienne, selon lequel “[u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité”. Cette disposition prescrit au Groupe spécial d'examiner, non pas les lois nationales, mais le droit international applicable. Par conséquent, il ne devrait être fait appel ni au droit interne des États-Unis ni aux lois mexicaines pour interpréter l'ALENA. Recourir au droit interne aux fins de l'interprétation reviendrait à appliquer un cadre juridique impropre à ces fins.»¹⁵³.

Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne est assurément valide et importante, elle ne signifie pas que la législation nationale ne puisse être prise en compte comme élément de la pratique ultérieurement suivie par l'État dans l'application du traité. Il y a une différence entre le fait d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité et le fait de se référer au droit interne pour interpréter les dispositions d'un traité.

¹⁵⁰ Sur la distinction entre les deux formes de pratique ultérieure voir plus loin, commentaire, par. 22) et 23).

¹⁵¹ *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 35 et 36, par. 2) à 4).

¹⁵² Waldock, troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 63 et 64, par. 32) et 33); *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv., à la page 23; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392 et suiv., à la page 410, par. 39; *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 53 et suiv., aux pages 186 et 187, par. 168 et 169.

¹⁵³ ALENA, Rapport final du Groupe spécial, *Des services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, dossier n° USA-MEX-98-2008-01, 6 février 2001, par. 224.

Les organes juridictionnels internationaux, en particulier l'Organe d'appel de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont d'ailleurs reconnu et établissent régulièrement une distinction entre, d'une part, les dispositions législatives nationales (et autres mesures d'application prises à l'échelle nationale) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes et autres mesures adoptés au plan national qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité¹⁵⁴. Il convient de noter, toutefois, qu'un élément de bonne foi est implicitement associé à toute «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité». À la différence d'une application de bonne foi (même erronée), une application fautive manifeste du traité ne constitue donc pas une «application du traité» au sens des articles 31 et 32.

19) En vertu de l'article 31, paragraphe 3) b), la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité doit être suivie «à l'égard de l'interprétation du traité»; cette disposition revêt le même sens que l'exigence parallèlement énoncée à l'article 31, paragraphe 3) a) (voir par. 13) et 14) ci-dessus). Il est souvent difficile de distinguer la pratique ultérieurement suivie qui concerne spécifiquement et délibérément un traité, c'est-à-dire «à l'égard de l'interprétation du traité», de toute autre pratique suivie «dans l'application du traité». La distinction est toutefois importante étant donné que seule la conduite adoptée par les parties «à l'égard de l'interprétation du traité» peut contribuer à une interprétation «authentique»; pareille exigence n'existe d'ailleurs pour aucune autre pratique ultérieure en vertu de l'article 32.

20) La question de savoir dans quelles circonstances un «accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» est établi sera abordée ultérieurement dans le cadre des travaux sur le sujet.

21) L'article 31, paragraphe 3) b), n'exige pas expressément que la pratique soit la conduite des parties au traité elles-mêmes. Toutefois, ce sont les parties elles-mêmes qui, agissant par l'intermédiaire de leurs organes¹⁵⁵, ou par la voie d'une conduite qui peut leur être attribuée, sont à l'origine de la pratique suivie dans l'application du traité par laquelle peut être établi leur accord. La question de savoir si d'autres acteurs peuvent établir une pratique ultérieure pertinente est abordée dans le projet de conclusion 5¹⁵⁶.

22) *Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4* porte sur «toute autre» pratique ultérieure, c'est-à-dire toute pratique autre que celle dont il est question à l'article 31, paragraphe 3) b). Il s'agit de la «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32», comme indiqué au paragraphe 4 du projet de conclusion 1. Cette forme de pratique ultérieure, qui n'exige pas l'accord de (toutes) les parties, a été initialement mentionnée par la Commission dans son commentaire en ces termes:

«Mais, en général, la pratique d'une seule partie ou de certaines parties seulement se situe, en tant qu'élément d'interprétation, sur un plan entièrement différent de la pratique concordante de toutes les parties indiquant leurs vues

¹⁵⁴ Par exemple, OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, par. 6.55; Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, 1^{er} octobre 2008, par. 7.173; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011, par. 335 et 336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Traité bilatéral d'investissement États-Unis/Argentine), décision du tribunal sur les objections à la compétence, 17 juillet 2003, affaire CIRDI n° ARB/01/8, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), p. 492, par. 47; *V. c. Royaume-Uni* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 16 décembre 1999, requête n° 24888/94, CEDH 1999-IX, par. 73; *Kart c. Turquie* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 3 décembre 2009, requête n° 8917/05, par. 54; *Sigurður A Sigurjónsson v. Iceland*, arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 30 juin 1993, requête n° 16130/90, série A, n° 264, par. 35.

¹⁵⁵ Karl, *supra*, note 79, p. 115 et suiv.

¹⁵⁶ Voir projet de conclusion 5, par. 2).

communes sur le sens d'un traité. La pratique ultérieure concordante de toutes les parties prouve l'accord de celles-ci concernant l'interprétation du traité et est analogue à un accord interprétatif. C'est la raison pour laquelle la Commission a jugé que la pratique ultérieure établissant les vues communes de toutes les parties sur l'interprétation d'un traité devait être mentionnée au paragraphe 3 [de ce qui est devenu par la suite l'article 31, paragraphe 3) de la Convention de Vienne] comme constituant un moyen authentique d'interprétation au même titre que les accords interprétatifs. En revanche, la pratique suivie par des États particuliers dans l'application d'un traité ne peut être considérée que comme l'un des «autres» moyens d'interprétation mentionnés à l'article 70.»¹⁵⁷.

23) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 ne prévoit pas, à la différence de l'article 31, paragraphe 3) b), que la pratique pertinente doit être suivie «à l'égard de l'interprétation du traité». Par conséquent, en vertu de ce paragraphe, toute pratique suivie dans l'application du traité qui pourrait fournir des indications sur la manière dont le traité devrait être interprété pourrait constituer un moyen complémentaire d'interprétation pertinent au sens de l'article 32.

24) Depuis l'adoption de la Convention de Vienne, cette «autre» pratique ultérieure est reconnue et utilisée par les tribunaux internationaux et d'autres organes juridictionnels en tant que moyen d'interprétation (voir par. 25) à 33) ci-dessous). Il convient toutefois de noter que l'Organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*¹⁵⁸, a formulé une définition de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité qui laisse entendre que seule la «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» «par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» peut être utile aux fins de l'interprétation du traité, contrairement à toute autre forme de pratique ultérieure d'une ou plusieurs parties:

«Une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations “concordants, communs et d'une certaine constance”, suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.»¹⁵⁹.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours ou tribunaux internationaux, et même de celle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC lui-même (voir par. 32) et 33) ci-dessous), que la pratique ultérieure qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3) b), de la Convention de Vienne n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui puisse être utile aux fins de l'interprétation du traité.

25) Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait «toujours conservé un caractère interne»¹⁶⁰, s'il ne pouvait être considéré comme constitutif d'une pratique ultérieurement suivie par laquelle était établi l'accord des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), de la Convention, «n'en étay[ait] pas moins les conclusions» auxquelles elle était parvenue par d'autres moyens d'interprétation¹⁶¹.

¹⁵⁷ *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 215, par. 13); voir également *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 242, par. 15).

¹⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, et Rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R, 11 juillet 1996.

¹⁵⁹ *Ibid.* (Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC), sect. E, p. 17.

¹⁶⁰ *Île de Kasikili/Sedudu*, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045 et suiv, à la page 1078, par. 55.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 1096, par. 80.

26) Les tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont eux aussi utilisé la pratique ultérieure des États comme un moyen d'interprétation au sens large¹⁶². Par exemple, considérant la question de savoir si les actionnaires minoritaires pouvaient accéder aux droits découlant des traités de protection de l'investissement et avaient qualité pour participer aux procédures du CIRDI, le tribunal, en l'affaire *CMS Gas v. Argentina*, a noté ce qui suit:

«La pratique des États confirme également le sens de ce scénario évolutif. (...) Les participations minoritaires ou sans pouvoir de contrôle ont ainsi été incluses dans la protection accordée ou ont été admises à faire valoir leurs prétentions en leur nom propre. La pratique contemporaine en matière d'indemnisation forfaitaire (...) entre autres exemples, témoigne d'une souplesse de plus en plus grande dans le traitement des réclamations internationales.»¹⁶³.

27) La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*¹⁶⁴, que sa manière de voir se trouvait «confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes»¹⁶⁵, c'est-à-dire par «la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes: les articles 25 et 46 ... de la Convention ne permett[ai]ent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu»¹⁶⁶. La CEDH se fonde le plus souvent sur la pratique ultérieure (pas nécessairement uniforme) des États et se réfère, à cet égard, à la législation et à la pratique administrative nationales en tant que moyen d'interprétation. Dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*¹⁶⁷, par exemple, elle a estimé que «quant à la pratique des États européens, on [pouvait] observer que, dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations [avait] été reconnu»¹⁶⁸ et que «les exceptions existantes ne [pouvaient] être justifiées que par des circonstances particulières»¹⁶⁹.

28) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, lorsqu'elle tient compte de la pratique ultérieure des parties, ne considère pas seulement les cas dans lesquels la pratique établit l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*¹⁷⁰, elle a estimé que l'imposition automatique de la peine de mort pour toute forme de comportement ayant entraîné la mort d'une autre personne était incompatible avec l'article 4, paragraphe 2), de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui limite l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves). À l'appui de cette interprétation, la Cour a indiqué qu'il était «utile de considérer des

¹⁶² O. K. Fauchald, «The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 301 et suiv., à la page 345.

¹⁶³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Traité bilatéral d'investissement États-Unis/Argentine), décision du tribunal sur les objections à la compétence, 17 juillet 2003, affaire CIRDI n° ARB/01/8, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), p. 492, par. 47.

¹⁶⁴ *Loizidou c. Turquie*, arrêt (exceptions préliminaires) du 23 mars 1995, requête n° 15318/89, CEDH série A, n° 310.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 79.

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. 81; il convient de noter que la Cour a jugé «cette pratique ... des États» «uniforme et cohérente» bien qu'elle ait reconnu que deux États pouvaient éventuellement faire exception à la règle (Chypre et le Royaume-Uni; «quel qu'en soit le sens»), par. 80 et 82.

¹⁶⁷ *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, CEDH 2008.

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 52.

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 151; également *Jorgic c. Allemagne*, arrêt du 12 juillet 2007, requête n° 74613/01, CEDH 2007-III, par. 69.

¹⁷⁰ *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 94.

exemples à cet égard, tirés de la législation des pays américains qui appliquent encore la peine de mort»¹⁷¹.

29) Le Comité des droits de l'homme, créé en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure au sens large lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'empiètements sur les droits énoncés dans le Pacte¹⁷². Interprétant les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3), du Pacte (restrictions licites à la liberté d'expression), il a observé qu'on pouvait «trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions»¹⁷³, et conclu que l'objectif poursuivi par la loi contestée ne sortait pas, en tant que tel, du cadre des buts envisagés à l'article 19, paragraphe 3), du Pacte¹⁷⁴.

30) Le Tribunal international du droit de la mer s'est quelquefois référé à la pratique ultérieure des parties, sans toutefois chercher à préciser si un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité était effectivement établi par celle-ci. Dans l'affaire du navire *SAIGA* (n° 2)¹⁷⁵, par exemple, il a examiné la pratique des États pour ce qui est du recours à la force pour stopper un navire en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁷⁶. En se fondant sur la «pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire», le Tribunal n'a pas précisé quelles étaient les pratiques respectives des États mais a supposé qu'il existait une certaine norme générale¹⁷⁷.

31) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, se référant à la Convention sur le génocide, a noté ce qui suit dans le jugement *Jelisić*:

«La Chambre de première instance (...) interprète les termes de la Convention conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. (...) La Chambre a tenu par ailleurs compte de la pratique ultérieure à laquelle la Convention a donné lieu. Une importance particulière a été accordée aux jugements rendus par le Tribunal pour le Rwanda. (...) La pratique des États, notamment par l'intermédiaire de leurs juridictions internes, ainsi que les travaux effectués en ce domaine par les instances internationales, ont aussi été pris en compte.»¹⁷⁸

32) Les organes de règlement des différends de l'OMC établissent parfois, eux aussi, une distinction entre la «pratique ultérieure» qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3) b), de la Convention de Vienne et les autres formes de pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, dont ils reconnaissent aussi la pertinence aux fins de l'interprétation du traité. Dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la loi sur le*

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 12.

¹⁷² *Jong-Cheol c. République de Corée*, constatations, 27 juillet 2005, communication n° 968/2001, CCPR/C/84/D/968/2001.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 8.3.

¹⁷⁴ *Ibid.*; voir également *Yoon et Choi c. République de Corée*, constatations, 3 novembre 2006, communications n°s 1321/2004 et 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, par. 8.4.

¹⁷⁵ *Affaire du navire «SAIGA» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt du 1^{er} juillet 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 10 et suiv., à la page 262, par. 155 et 156.

¹⁷⁶ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 293.

¹⁷⁷ *Affaire du navire «SAIGA» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt du 1^{er} juillet 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 10 et suiv., à la page 262, par. 155 et 156; voir également *Affaire du «Tomimaru» (Japon c. Fédération de Russie)*, prompt mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74, par. 72; *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, aux paragraphes 45 et 50.

¹⁷⁸ *Le Procureur c. Goran Jelisić*, Chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10-T, par. 61; voir également *Le Procureur c. Radislav Krstić*, Chambre de première instance, jugement du 2 août 2001, IT-98-33-T, par. 541.

*droit d'auteur*¹⁷⁹ (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une «doctrine des exceptions mineures» concernant le paiement des droits d'auteur¹⁸⁰. Ayant trouvé des preuves de l'existence d'une telle doctrine dans la législation nationale de plusieurs États Membres, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

«Nous rappelons que l'article 31, paragraphe 3), de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du contexte a) de tout accord ultérieur et b) de toute pratique ultérieure ou c) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures. À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparaît dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures.»¹⁸¹.

Le Groupe spécial a ajouté, en note, la mise en garde suivante:

«En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une "pratique ultérieure" au sens de l'article 31, paragraphe 3) b) de la Convention de Vienne»¹⁸².

33) Dans l'affaire *Communautés européennes – Matériels informatiques*, l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de n'avoir pas pris en considération les décisions du Comité du système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) en tant que pratique ultérieure pertinente:

«Pour formuler une interprétation correcte, il aurait fallu aussi examiner l'existence et la pertinence d'une pratique ultérieure. Nous notons que les États-Unis se sont référés, devant le Groupe spécial, aux décisions prises par le Comité du système harmonisé de l'OMD en avril 1997 concernant le classement de certains matériels de réseau local comme MATI. Singapour, tierce partie dans la procédure de groupe spécial, s'est également référée à ces décisions. Les Communautés européennes ont fait observer qu'elles avaient formulé des réserves au sujet de ces décisions (...) Toutefois, nous considérons que pour interpréter les concessions tarifaires reprises dans la Liste LXXX, les décisions de [l'OMD] peuvent être pertinentes.»¹⁸³.

Ainsi, à y regarder de plus près, les organes de règlement des différends de l'OMC admettent également qu'il existe une distinction entre la «pratique ultérieure» au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), et une notion plus large de pratique ultérieure qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité¹⁸⁴.

¹⁷⁹ OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000.

¹⁸⁰ Voir art. 9.1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

¹⁸¹ OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, par. 6.55.

¹⁸² *Ibid.*, note 68.

¹⁸³ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 90. Voir également I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), p. 342.

¹⁸⁴ Voir également, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – EPO*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012, par. 452.

34) Lorsqu'on utilise la pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à un traité, et non par toutes, comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32, il est impératif de se rappeler que «l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international»¹⁸⁵. En tout état de cause, la distinction entre la pratique ultérieure convenue, au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), en tant que moyen authentique d'interprétation, et d'autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) au sens de l'article 32 suppose qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative.

35) La distinction entre la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 apporte également des éléments de réponse à la question de savoir si la pratique ultérieure exige une action répétée à une certaine fréquence¹⁸⁶ ou si une application ponctuelle du traité suffit¹⁸⁷. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

«Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération.»¹⁸⁸

Toutefois, si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation du traité et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de «pratique ultérieure» au sens large (au sens de l'article 32)¹⁸⁹.

36) La «pratique ultérieure» au sens large (au sens de l'article 32) désigne donc toute application du traité par une ou plusieurs parties. Elle peut revêtir différentes formes¹⁹⁰. Cette «conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité» peut être constituée, en particulier, par une application directe du traité en question, conduite qui sera attribuable à un État partie en tant qu'application du traité, ou par une déclaration ou décision juridictionnelle au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité. Elle peut être constituée par des déclarations officielles au sujet du sens du traité, des objections quant à sa non-exécution ou une acceptation tacite des déclarations ou des actes d'autres parties¹⁹¹.

Conclusion 5

L'attribution d'une pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.
2. Toute autre conduite, y compris par des acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

¹⁸⁵ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, sentence, 28 septembre 2007, affaire CIRDI ARB/02/16, par. 385; voir également *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, sentence, 22 mai 2007, affaire CIRDI ARB/01/3, par. 337; OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, 31 mars 2011, par. 7.953, note 2420.

¹⁸⁶ Villiger, *Commentary, supra*, note 44, p. 431, par. 22.

¹⁸⁷ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties, supra*, note 74, p. 166.

¹⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, sect. E, p. 13.

¹⁸⁹ Kolb, *supra*, note 108, p. 506 et 507.

¹⁹⁰ Aust, *supra*, note 88, p. 239.

¹⁹¹ Karl, *supra*, note 79, p. 114 et suiv.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 5 concerne la question des auteurs d'une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. L'expression «en vertu des articles 31 et 32» indique clairement que ce projet de conclusion vise la pratique ultérieure aussi bien en tant que moyen authentique d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3) b) qu'en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 définit positivement l'auteur de la conduite dans l'application du traité pouvant constituer une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32, tandis que le paragraphe 2 indique négativement quelle conduite ne constitue pas une conduite ultérieure mais peut néanmoins être pertinente dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties au traité.

2) *Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5* emprunte le membre de phrase «toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international» à l'article 2 a) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁹². Ainsi, l'expression «*toute* conduite» s'entend des actes et des omissions et ne se limite pas à la conduite des organes de l'État mais englobe toute conduite attribuable de toute autre manière à une partie à un traité en vertu du droit international. La référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne va toutefois pas jusqu'à exiger que la conduite en question soit «internationalement illicite» (voir par. 8) ci-après).

3) Un exemple de conduite pertinente qui ne découle pas directement de la conduite des parties mais constitue néanmoins un exemple de pratique étatique a été identifié par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à l'*Île de Kasikili/Sedudu*. Dans cette affaire, la Cour a jugé que pour être considérée comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b) de la Convention de Vienne, il fallait que l'utilisation régulière d'une île située à la frontière entre la Namibie (ex-Sud-Ouest africain) et le Botswana (ex-Bechuanaland) par des membres d'une tribu locale, les Masubia,

«ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le Traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe; et, d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité.»¹⁹³.

4) Toutefois, s'il vise *toute* conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité, le paragraphe 1 ne signifie pas que toute conduite de ce type constitue nécessairement, dans un cas donné, une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité. C'est ce qu'indique l'expression «peut être constituée». Cette clarification est particulièrement importante s'agissant de la conduite d'organes d'un État susceptible d'aller à l'encontre de la position officielle exprimée par celui-ci sur une question particulière, et qui contribue de ce fait à rendre sa conduite équivoque.

5) La Commission s'est demandé si le projet de conclusion 5 devait traiter spécifiquement des conditions dans lesquelles la conduite d'organes inférieurs de l'État serait pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. À cet égard, plusieurs membres de la Commission ont fait observer qu'il était difficile de distinguer entre organes inférieurs et supérieurs de l'État, étant donné en particulier les différences marquées

¹⁹² Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 35 et 36, par. 4); la question de l'attribution aux organisations internationales d'une conduite ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation des traités sera examinée à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

¹⁹³ *Île de Kasikili/Sedudu, C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045 et suiv., à la page 1095, par. 74.

existant dans l'organisation interne de la gouvernance des États. On a aussi estimé que le critère pertinent était moins la position de l'organe dans la hiérarchie de l'État que le rôle qui était effectivement le sien dans l'interprétation et l'application d'un traité particulier. Étant donné la complexité et la diversité des situations possibles, la Commission a conclu que cette question ne devait pas être traitée dans le projet de conclusion 5 lui-même mais dans le commentaire.

6) La pratique ultérieure dans l'application d'un traité peut assurément être le fait des hauts représentants de l'État mentionnés à l'article 7 de la Convention de Vienne. Néanmoins, comme la plupart des traités ne sont généralement pas appliqués par ces hauts représentants, des juridictions internationales ont jugé que la conduite d'agents de l'État de rang moindre pouvait aussi, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. C'est ainsi que, dans *l'Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'article 95 de l'Acte d'Algésiras appelait une interprétation souple parce que la pratique des autorités douanières locales n'était pas toujours cohérente¹⁹⁴. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente peut être celle d'agents de l'État de rang inférieur. Dans la sentence relative à la *Dettes extérieures allemande*, le Tribunal arbitral a considéré qu'une lettre de la Banque d'Angleterre à l'Administration fédérale allemande de la dette constituait une pratique pertinente¹⁹⁵. Et dans l'affaire du *Régime fiscal applicable aux pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le Tribunal arbitral a accepté, dans son principe, la pratique de l'administration fiscale française de ne pas prélever d'impôt sur les pensions des fonctionnaires de l'UNESCO retraités comme constituant une pratique ultérieure pertinente. Le Tribunal a toutefois finalement considéré comme décisive la position officielle contraire exprimée par des autorités supérieures, à savoir le Gouvernement français¹⁹⁶.

7) Il apparaît ainsi que la pratique de fonctionnaires de rang inférieur ou locaux peut constituer une pratique ultérieure «dans l'application d'un traité» si elle est suffisamment univoque, s'il est légitime de considérer que le gouvernement a connaissance de cette pratique et s'il ne l'a pas contredite dans un délai raisonnable¹⁹⁷.

8) La Commission n'a pas jugé nécessaire de limiter la conduite pertinente en ajoutant l'expression «aux fins de l'interprétation du traité»¹⁹⁸. Le Rapporteur spécial avait proposé de le faire pour que l'expression «pratique ultérieure» ne s'entende pas également d'une conduite qui peut être attribuée à un État mais ne vise pas à exprimer la position de celui-ci concernant l'interprétation d'un traité¹⁹⁹. La Commission a toutefois considéré que l'expression «dans l'application du traité» limitait suffisamment la portée

¹⁹⁴ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 176 et suiv., à la page 211.

¹⁹⁵ *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e), de l'annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIX, p. 103 et 104, par. 31.

¹⁹⁶ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV, [231], p. 257, par. 66 et p. 259, par. 74.

¹⁹⁷ Voir Chanaki, *supra*, note 69, p. 323 à 328; Gardiner, *supra*, note 23, p. 239; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours*..., vol. 310 (2004), p. 9 et suiv., aux pages 142 à 144; Dörr, *supra*, note 68, p. 555 et 556, par. 78.

¹⁹⁸ Voir le premier rapport, p. 55, par. 144 (projet de conclusion 4, par. 1).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 46, par. 120.

de la conduite pouvant être pertinente. Comme la notion d'«application d'un traité» sous-entend une conduite de bonne foi, une application fautive manifeste d'un traité ne relève pas de cette notion²⁰⁰.

9) *Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5* comporte deux phrases. La première indique qu'une conduite autre que celle envisagée au paragraphe 1, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32. Les mots «autre conduite» ont été utilisés pour faire une distinction nette entre la conduite envisagée au paragraphe 2 et celle envisagée au paragraphe 1. Dans le même temps, la Commission a estimé qu'une conduite ne relevant pas du paragraphe 1 pouvait être pertinente dans «l'évaluation» de la pratique ultérieure des parties à un traité.

10) La «pratique ultérieure dans l'application d'un traité» sera le fait de ceux qui sont appelés à appliquer le traité, qui sont normalement les États parties eux-mêmes. La règle générale a été formulée dans les termes suivants par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis d'Amérique:

«Un principe reconnu de l'interprétation des traités veut que l'on tienne compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieure dans l'application d'un traité international. Cette pratique doit toutefois être une pratique des parties au traité et établir l'accord des parties en ce qui concerne l'interprétation de ce traité. Si l'un des participants aux négociations de règlement, à savoir la Banque Markazi, est une entité de l'Iran dont la pratique peut donc être attribuée à l'Iran en sa qualité de partie aux Déclarations d'Alger, les autres participants aux négociations de règlement et aux règlements eux-mêmes, à savoir les banques des États-Unis, ne sont pas des entités du Gouvernement des États-Unis, et leur pratique ne peut en tant que telle être attribuée aux États-Unis en sa qualité d'autre partie aux Déclarations d'Alger.»²⁰¹.

11) La première phrase du second paragraphe du projet de conclusion 5 énonce cette règle générale. Elle souligne le rôle de premier plan des États parties à un traité, qui sont maîtres de celui-ci et responsables en dernier ressort de son application. Ceci n'exclut pas que la conduite d'acteurs non étatiques puisse également constituer une forme d'application du traité si elle peut être attribuée à un État partie²⁰².

12) Au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, l'«autre conduite» peut être celle de différents acteurs. Elle peut en particulier être la pratique des parties qui ne s'inscrit pas «dans l'application du traité» ou être constituée par des déclarations d'un État qui n'est pas partie au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci²⁰³, par une

²⁰⁰ Voir projet de conclusion 4, commentaire par. 18).

²⁰¹ *États-Unis d'Amérique et autres et République islamique d'Iran et autres*, sentence du 25 janvier 1984, n° 108-A-16/582/591 FT, 5 Iran-USCTR (1984), [57], p. 71; de même *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*, sentence interlocutoire, 9 septembre 2004, n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), 38 Iran-USCTR (2004-2009), [77], p. 124 et 125, par. 127 et 128; voir également *International Schools Services, Inc. (ISS)* et *National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, sentence interlocutoire (opinion dissidente du Président Lagergren), 6 avril 1984, n° ITL 37-111-FT, 5 Iran-USCTR (1984), [338], p. 348, p. 353: «la disposition de la Convention de Vienne relative aux accords ultérieurs vise les accords entre les États parties à un traité, et un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut guère être considéré comme équivalant à un accord entre les deux États qui sont parties au traité, même si la République islamique d'Iran était en l'espèce l'une des parties à l'arbitrage».

²⁰² Voir, par exemple, *États-Unis d'Amérique et autres et République islamique d'Iran et autres*, opinion dissidente de Parviz Ansari, 24 septembre 1985, n° 108-A-16/582/591-FT, 9 Iran-USCTR (1985), [97], p. 99 (sentence reproduite dans 5 Iran-USCTR (1984), p. 57).

²⁰³ Voir, par exemple, *Les observations des États-Unis d'Amérique sur l'observation générale n° 33 du Comité des droits de l'homme: Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se*

position adoptée par un organe de surveillance de l'application du traité concerné ou un organe de règlement des différends relatifs à l'interprétation de ce traité²⁰⁴, par des actes d'organes techniques chargés par une conférence des États parties de donner des avis sur l'application des dispositions conventionnelles, ou par différentes formes de conduite ou déclarations d'acteurs non étatiques.

13) L'expression «évaluation de la pratique ultérieure» figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 2 doit être entendue au sens large à la fois comme l'identification de l'existence d'une pratique ultérieure et la détermination de son importance juridique. Des déclarations ou la conduite d'autres acteurs, par exemple des organisations internationales ou des acteurs non étatiques, peuvent traduire, ou instaurer, une pratique ultérieure pertinente des parties à un traité²⁰⁵. Cette traduction ou instauration d'une pratique ultérieure des parties par la conduite d'autres acteurs ne devrait toutefois pas être assimilée à la pratique des parties au traité elles-mêmes, y compris celle qui peut leur être attribuée. Les activités d'acteurs autres que les États parties peuvent seulement contribuer à l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

14) Les décisions, résolutions et autres manifestations de la pratique des organisations internationales peuvent en elles-mêmes être pertinentes pour l'interprétation des traités. C'est ce qu'atteste, par exemple, l'article 2 j) de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales et entre organisations internationales, qui mentionne la «pratique établie de l'organisation» comme l'une des formes des «règles de l'organisation»²⁰⁶. Le projet de conclusion 5 ne concerne que la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut révéler une pratique pertinente des États parties à un traité.

15) Les rapports d'organisations internationales à vocation universelle, qui sont établis sur la base d'un mandat prescrivant à ces organisations de rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier, peuvent jouir d'une autorité considérable s'agissant d'évaluer cette pratique. Par exemple, le Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés établi par le HCR (le «Guide») est un document important qui rend compte de la pratique des États et fournit donc des indications en ce qui la concerne²⁰⁷. Il en va de même du tableau 1540, qui est une

rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 22 décembre 2008, p. 1, par. 3, disponible à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/138852.pdf>. Dans la mesure où la déclaration des États-Unis a trait à l'interprétation du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par rapport auquel les États-Unis ne sont ni une partie ni un État contractant, cette déclaration constitue une «autre conduite» au regard de la conclusion 5, par. 2.

²⁰⁴ Voir, par exemple, Association de droit international, Comité du droit international des droits de l'homme et de la pratique en la matière «Rapport final sur l'impact des conclusions des organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme», *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 71 (2004), p. 621, par. 21 et suiv.

²⁰⁵ Voir Gardiner, *supra*, note 23, p. 239.

²⁰⁶ Cet aspect de la pratique ultérieure relative à un traité sera envisagé à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

²⁰⁷ Voir HCR, «Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés» (janvier 1992, réédité), HCR/IP/4/FRE/REV.1, préface, par. VII; l'opinion selon laquelle le Guide du HCR lui-même exprime la pratique des États a à juste titre été rejetée par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus v. The Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), arrêt, 14 avril 1999, par. 5 à 13; le Guide n'en a pas moins une valeur probante considérable en tant qu'énoncé exact de la pratique ultérieure des États. Il tire son autorité de l'article 35, par. 1) de la Convention relative au statut des réfugiés, aux termes duquel «[l]es États contractants s'engagent à

compilation systématique, par le Comité du Conseil de sécurité de l'ONU créé par la résolution 1540 (2004) du Conseil, des mesures prises par les États Membres pour appliquer cette résolution²⁰⁸. Dans la mesure où le tableau 1540 a trait à l'application de la Convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction²⁰⁹, et de la Convention de 1993 sur les armes chimiques²¹⁰, il atteste la pratique ultérieure des États parties à ces traités et vaut évaluation de cette pratique²¹¹.

16) D'autres acteurs non étatiques peuvent également jouer un rôle important dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties dans l'application d'un traité. Un exemple pertinent est celui du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)²¹². Outre qu'il s'acquiesce du mandat d'ordre général qui lui a été conféré par les Conventions de Genève et les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²¹³, le CICR, fort d'un mandat qu'il tient des Statuts du Mouvement, donne à l'occasion des indications sur l'interprétation des Conventions de Genève et de leurs Protocoles facultatifs²¹⁴. L'alinéa g) du paragraphe 2 de l'article 5 de ces statuts dispose:

«Selon ses Statuts, le Comité international a notamment pour rôle ... g) de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels.».

Dans le cadre de ce mandat, le CICR a par exemple publié en 2009 un «Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire»²¹⁵. Ce guide est l'aboutissement d'un «processus de consultations d'experts» qui repose sur l'analyse de la pratique conventionnelle et coutumière des États, et «il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le DIH existant devrait être interprété»²¹⁶. Il importe toutefois de noter dans ce contexte que les États ont réaffirmé que c'est à eux qu'incombait au premier chef le développement du droit international humanitaire. La résolution 1 adoptée lors de la XXXI^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, tenue en 2011, tout en rappelant les «rôles

coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette convention».

²⁰⁸ Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité de l'ONU du 28 avril 2004, par. 8 c), on peut lire sur le site Internet du Comité 1540: «Depuis son adoption au début de 2005, ce tableau constitue le principal outil utilisé par le Comité 1540 pour organiser les informations relatives à l'application par les États Membres de la résolution 1540 du Conseil de sécurité de l'ONU...», <http://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/matrix.shtml> (consulté le 24 juillet 2013).

²⁰⁹ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1015, n° 14860, p. 163.

²¹⁰ 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, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1974, n° 33757, p. 317.

²¹¹ Voir, de manière générale, Gardiner, *supra*, note 23, p. 239.

²¹² H.-P. Gasser, «International Committee of the Red Cross (ICRC)», dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>, par. 20.

²¹³ *Ibid.*, par. 25.

²¹⁴ Adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006.

²¹⁵ CICR, «Participation directe aux hostilités (2009)», p. 10.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

importants» du CICR, a «soulign[é] le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire»²¹⁷.

17) Un autre exemple de conduite d'acteurs non étatiques pouvant être pertinente pour évaluer la pratique ultérieure des États parties est fourni par l'«Observatoire des mines», une initiative conjointe de la «Campagne internationale pour interdire les mines» et la «Coalition contre les bombes à sous-munitions». L'«Observatoire» fait fonction de «mécanisme de surveillance *de facto*»²¹⁸ de l'application de la Convention de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Convention d'Ottawa)²¹⁹ et de la Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions (Convention de Dublin)²²⁰. L'Observatoire des armes à sous-munitions reproduit les déclarations et la pratique des États parties et des signataires en la matière et recense notamment les questions d'interprétation concernant la Convention de Dublin²²¹.

18) Les exemples du CICR et de l'«Observatoire» montrent que des acteurs non étatiques peuvent fournir des éléments de preuve précieux quant à la pratique ultérieure des parties, contribuer à l'évaluation de ces éléments et même solliciter l'avènement d'une telle pratique. Mais ils peuvent aussi poursuivre leurs propres objectifs, parfois différents de ceux des États parties. Leurs évaluations doivent donc être examinées d'un œil critique.

19) La Commission s'est demandé si elle devait également mentionner, dans le texte du projet de conclusion 5, la «pratique sociale» comme exemple d'«autre conduite ... [qui] peut ... être pertinente dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité»²²². Compte tenu des préoccupations exprimées par plusieurs membres quant à la signification et la pertinence de cette notion, la Commission a jugé préférable de traiter de la question de la pertinence éventuelle de la «pratique sociale» dans le commentaire.

20) La Cour européenne des droits de l'homme a à l'occasion considéré qu'«une acceptation sociale accrue»²²³ et «l'évolution de la société»²²⁴ étaient pertinentes aux fins de l'interprétation des traités. Toutefois, en dernière analyse, l'invocation de «l'évolution de la société» ou d'«une acceptation sociale accrue» par la Cour demeure liée à la pratique des États²²⁵. Ceci est vrai en particulier des affaires importantes comme *Dudgeon c. Royaume-Uni*²²⁶ et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*²²⁷. Dans l'affaire *Dudgeon*

²¹⁷ CICR, XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2011: résolution I, Le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés, 1^{er} décembre 2012.

²¹⁸ Voir <http://www.the-monitor.org> (consulté le 24 juillet 2013).

²¹⁹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2056, n° 35597.

²²⁰ Convention sur les armes à sous-munitions, Nations Unies, *Recueil des traités*, n° 47713.

²²¹ Voir, par exemple, *Cluster Munitions Monitor 2011*, p. 24 à 31.

²²² Voir le premier rapport, par. 129 et suiv.

²²³ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], arrêt (fond et satisfaction équitable), 11 juillet 2002, requête n° 28957/95, CEDH 2002-VI, par. 85.

²²⁴ *Ibid.*, par. 100.

²²⁵ Voir également *I. c. Royaume-Uni* [GC], arrêt (fond et satisfaction équitable), 11 juillet 2002, requête n° 25680/94, par. 65; *Burden et Burden c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 12 décembre 2006, requête n° 13378/05, par. 57; *Shackell c. Royaume-Uni*, décision sur la recevabilité, 27 avril 2000, requête n° 45851/99, par. 1; *Schalk et Kopf c. Autriche*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 24 juin 2010, requête n° 30141/04, CEDH 2010, par. 58.

²²⁶ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt (fond), 22 octobre 1981, requête n° 7525/76, CEDH série A, n° 45, en particulier par. 60.

c. Royaume-Uni, la Cour a jugé qu'il y avait «plus de tolérance envers» «le comportement homosexuel» en soulignant que «dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on av[ait] cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale», et que «la législation interne y av[ait] subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne pouv[ait] négliger»²²⁸. La Cour a de plus relevé qu'«[e]n Irlande du Nord même, les autorités [avaient] évité ces dernières années d'engager des poursuites»²²⁹. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné l'importance qu'elle attachait «à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés»²³⁰.

21) Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si la pratique des États rend effectivement compte de l'évolution sociale. Tel a été le cas, par exemple, dans des affaires concernant le statut d'enfants nés hors mariage²³¹, ou dans lesquelles il était allégué que certains Roms (les «gitans») avaient le droit d'avoir un lieu de résidence temporaire assigné par les municipalités pour pouvoir mener leur style de vie itinérant²³².

22) On peut en conclure qu'une simple pratique sociale (ultérieure) ne suffit pas en tant que telle à constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. La pratique sociale a toutefois été à l'occasion considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme contribuant à l'évaluation de la pratique des États.

²²⁷ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], arrêt (fond et satisfaction équitable), 11 juillet 2002, requête n° 28957/95, CEDH 2002-VI, en particulier par. 85.

²²⁸ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt (fond), 22 octobre 1981, requête n° 7525/76, série A, n° 45, par. 60.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], arrêt (fond et satisfaction équitable), 11 juillet 2002, requête n° 28957/95, CEDH 2002-VI, par. 85, voir également par. 90.

²³¹ *Mazurek c. France*, arrêt, 1^{er} février 2000, requête n° 34406/97, CEDH 2000-II, par. 52; voir également *Marckx c. Belgique*, arrêt, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, série A, n° 31, par. 41; *Inze c. Autriche*, arrêt, 28 octobre 1987, requête n° 8695/79, série A, n° 126, par. 44; *Brauer c. Allemagne*, arrêt (fond), 28 mai 2009, requête n° 3545/04, par. 40.

²³² *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 18 janvier 2001, requête n° 27238/95, CEDH 2001-I, par. 70 et 93; voir également *Lee c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 18 janvier 2001, requête n° 25289/94, par. 95 et 96; *Beard c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 18 janvier 2001, requête n° 24882/94, par. 104 et 105; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 18 janvier 2001, requête n° 24876/94, par. 107 et 108; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], arrêt, 18 janvier 2001, requête n° 25154/94, par. 100 et 101.

Chapitre V

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

40. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet²³³. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session²³⁴.

41. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)²³⁵. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)²³⁶.

42. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission. À la même session, elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale nouvellement désignée²³⁷.

B. Examen du sujet à la présente session

43. La Commission était saisie du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661). Elle a examiné le rapport de sa 3164^e à sa 3168^e séance et à sa 3170^e séance, les 15, 16, 17, 21, 22 et 24 mai 2013, respectivement.

44. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a fait fond sur les approches méthodologiques et le plan de travail général exposés dans son rapport préliminaire (A/CN.4/654), en tenant compte des débats tenus en 2012 à la Commission du droit international et à la Sixième Commission. Ce rapport traitait de: a) la portée du sujet et le champ d'application du projet d'articles; b) les notions d'immunité et de juridiction; c) la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*; et d) la détermination des éléments normatifs du régime de l'immunité *ratione personae*. À partir de cette analyse, six projets d'article ont été présentés pour examen par la Commission. Ces projets d'article portaient sur le champ d'application du projet d'articles

²³³ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 376). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de la résolution 62/66 en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail de la Commission au cours de sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

²³⁴ *Ibid.*, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1.

²³⁵ A/CN.4/601 (rapport préliminaire); A/CN.4/631 (deuxième rapport); et A/CN.4/646 (troisième rapport).

²³⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 207; et *ibid.*, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), par. 343.

²³⁷ A/CN.4/654 (rapport préliminaire).

(projet d'article 1)²³⁸; les immunités exclues du champ d'application du projet d'articles (projet d'article 2)²³⁹; les définitions de la juridiction pénale, de l'immunité de juridiction pénale étrangère, de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* (projet d'article 3)²⁴⁰; la portée subjective de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 4)²⁴¹; le champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 5)²⁴²; et le champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 6)²⁴³.

²³⁸ Le projet d'article 1 était libellé comme suit:

Champ d'application du projet d'articles

Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État.

²³⁹ Le projet d'article 2 était libellé comme suit:

Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles

Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles:

- a) Les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale;
- b) Les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents;
- c) Les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux *ad hoc*;
- d) Toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ceux-ci se trouvent sur son territoire.

²⁴⁰ Le projet d'article 3 était libellé comme suit:

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles:

- a) On entend par «juridiction pénale» l'ensemble des compétences, formalités, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de «juridiction pénale», le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent;
- b) On entend par «immunité de juridiction pénale étrangère» la protection dont jouissent certains représentants de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers;
- c) On entend par «immunité *ratione personae*» l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à certains représentants de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur confère directement et automatiquement une fonction de représentation de l'État dans les relations internationales;
- d) On entend par «immunité *ratione materiae*» l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache aux représentants de l'État pour les actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions et qui peuvent être qualifiés d'«actes officiels».

²⁴¹ Le projet d'article 4 était libellé comme suit:

Portée subjective de l'immunité *ratione personae*

Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants.

²⁴² Le projet d'article 5 était libellé comme suit:

Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, que ceux-ci ont accomplis avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.
2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme

45. À l'issue de son débat sur le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale, la Commission, à sa 3170^e séance, le 24 mai 2013, a décidé de renvoyer les six projets d'article qui figuraient dans le rapport au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci tiendrait compte des points de vue exprimés au cours du débat en séance plénière.

46. À sa 3174^e séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire trois projets d'article (voir sect. C.1 ci-dessous).

47. De sa 3193^e à sa 3196^e séance, les 6 et 7 juillet 2013, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets d'article adoptés à titre provisoire à la présente session (voir sect. C.2 ci-dessous).

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission

1. Textes des projets d'article

48. Le texte des projets d'article adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après.

Première partie

Introduction

Article 1

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants²⁴⁴ de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

...

d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre.

²⁴³ Le projet d'article 6 était libellé comme suit:

Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae*

1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions.

²⁴⁴ L'emploi du terme «représentants» fera l'objet d'un réexamen.

Deuxième partie
Immunité *ratione personae*

Article 3
Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 4
Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session

49. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixante-cinquième session est reproduit ci-après.

Première partie
Introduction

Article 1
Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants²⁴⁵ de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

...

Commentaire

- 1) Le projet d'article 1 est consacré à la délimitation du champ d'application du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il intègre dans une unique disposition la double perspective proposée à l'origine par la Rapporteuse spéciale dans deux projets d'article distincts²⁴⁶. Le paragraphe 1 définit le

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ Voir A/CN.4/661, projets d'articles 1 et 2. Voir également les paragraphes 19 à 34.

cadre dans lequel s'applique le projet d'articles, tandis que le paragraphe 2 contient une clause de sauvegarde, ou clause «sans préjudice», énumérant les situations qui, en vertu du droit international, sont soumises à des régimes spéciaux qui ne sont pas affectés par le présent projet d'articles. Bien que, dans le passé, la Commission ait eu recours à des méthodes différentes pour définir cette double dimension du champ d'application d'un projet d'articles²⁴⁷, elle a jugé préférable à cette occasion de l'exprimer dans une disposition unique, ce qui offre en particulier l'avantage d'autoriser un traitement parallèle des deux dimensions en question sous un seul intitulé. Cette formule permet également d'éviter d'employer dans le titre d'un projet d'article autonome des expressions comme «ne s'applique pas», «sont exclus» ou «n'affectent pas», lesquelles, de l'avis de certains membres de la Commission, ne sont pas suffisamment compatibles avec l'utilisation d'une clause «sans préjudice».

2) Le paragraphe 1 énonce le champ d'application du projet d'articles dans sa dimension positive. À cette fin, la Commission a décidé d'employer dans ce paragraphe la formule «le présent projet d'articles s'applique à», qui correspond à celle utilisée récemment dans d'autres projets d'articles adoptés par la Commission contenant une disposition relative à leur champ d'application²⁴⁸.

La Commission a considéré par ailleurs que le champ d'application du projet d'articles doit être défini de la façon la plus simple possible de sorte qu'il serve de cadre au reste des projets d'article sans préjuger d'autres questions qui seront abordées ultérieurement dans d'autres dispositions du projet d'articles et sans avoir aucune autre incidence à cet égard. C'est pourquoi la Commission a décidé d'évoquer le champ d'application d'une manière descriptive, énumérant les éléments de l'intitulé même du sujet à l'examen. C'est pour la même raison qu'a été exclue de la définition du champ d'application l'expression «à l'exercice de», suggérée à l'origine par la Rapporteuse spéciale. Cette expression avait été interprétée de manière différente, voire contradictoire, par plusieurs membres de la Commission pour ce qui est des conséquences qu'elle pouvait avoir lorsqu'il s'agirait de définir la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Il a également été tenu compte du fait que l'expression «à l'exercice de» figure dans d'autres projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale²⁴⁹. En conséquence, la Commission a considéré que cette expression n'était pas nécessaire aux fins de la définition de la portée générale du projet d'articles et l'a réservée à d'autres projets d'article où elle sera plus appropriée²⁵⁰.

²⁴⁷ Dans le *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, la Commission a choisi d'aborder la double dimension du champ d'application dans deux projets d'article distincts, ce qui a finalement été reflété dans la Convention adoptée en 2004 (voir Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, résolution 59/38 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004, annexe, art. 1 et 3). En revanche, dans la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (A/CONF.67/16, 1975) et dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997 (résolution 51/229 de l'Assemblée générale, en date du 21 mai 1997, annexe), les différents aspects du champ d'application ont été définis dans un seul article, qui fait également référence aux régimes spéciaux. Pour sa part, le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, adopté en première lecture par la Commission en 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, chap. IV), aborde également la question du champ d'application dans un seul article de deux paragraphes, mais comporte d'autres dispositions autonomes visant à préserver certains régimes spéciaux dans des domaines précis.

²⁴⁸ Cette formule a été employée, par exemple, dans le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.

²⁴⁹ Voir, en particulier, les projets d'articles 3 b) et 4 proposés à l'origine par la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/661, par. 46 et 67).

²⁵⁰ Voir le projet d'article 3 adopté par la Commission (Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*).

3) Le paragraphe 1 expose les trois éléments définissant l'objet du présent projet d'articles, à savoir: a) qui sont les personnes jouissant de l'immunité (les représentants de l'État); b) quel type de juridiction serait affecté par l'immunité (la juridiction pénale); et c) le plan sur lequel s'exerce la juridiction pénale en question (la juridiction pénale d'un autre État ou juridiction pénale étrangère).

4) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la Commission a choisi de circonscrire le projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier les personnes qui représentent l'État ou agissent en son nom. Dans les travaux antérieurs de la Commission, les personnes jouissant de l'immunité étaient désignées par le terme «représentants»²⁵¹. Cependant, l'emploi de ce terme – et de ses équivalents dans les autres versions linguistiques – soulève certains problèmes que la Rapporteuse spéciale a signalés dans ses rapports²⁵² et qu'ont également évoqués certains membres de la Commission. Il convient de noter, tout d'abord, que les termes employés dans les différentes versions linguistiques ne sont pas nécessairement interchangeables et synonymes. Il convient de tenir compte ensuite du fait que ces termes ne sont peut-être pas adéquats pour désigner chacune des personnes auxquelles s'applique le présent projet d'articles. C'est pourquoi la Commission considère que la définition de «représentant» (et des termes retenus dans les autres versions linguistiques), ainsi que le choix des termes à employer pour désigner les personnes auxquelles s'applique l'immunité sont des questions qui nécessitent un examen approfondi, lequel, comme l'a proposé la Rapporteuse spéciale, devrait être effectué à un stade ultérieur, en particulier au moment d'analyser l'immunité *ratione materiae*. Par conséquent, au stade actuel des travaux, la Commission a décidé de conserver la terminologie initiale, étant entendu que celle-ci fera l'objet d'un réexamen. C'est ce qui est indiqué dans la note de bas de page correspondant au paragraphe 1 du projet d'article 1. La même réserve s'applique à l'emploi du terme «représentant» dans les commentaires.

5) Deuxièmement, la Commission a décidé de circonscrire le champ d'application du présent projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale. Le présent projet d'article n'a pas pour objectif de définir la notion de juridiction pénale, que la Commission examine actuellement en lien avec un autre projet d'article²⁵³. La Commission a cependant discuté de la portée de la «juridiction pénale» au sens des actes qui relèveraient de celle-ci, s'agissant en particulier de l'extension de l'immunité à certains actes étroitement liés à la notion d'inviolabilité de la personne, comme l'arrestation ou la détention. Compte tenu de ce qui précède, et sous réserve de développements ultérieurs dans le traitement de ce sujet par la Commission, la référence à la juridiction pénale étrangère aux fins de la définition du champ d'application du présent projet d'articles doit s'entendre comme désignant l'ensemble des actes liés à l'activité judiciaire ayant pour but d'établir la responsabilité pénale d'une personne, y compris les actes coercitifs pouvant être accomplis à l'égard des personnes jouissant de l'immunité dans ce contexte.

²⁵¹ Les termes employés dans les versions linguistiques sont les suivants: «officials» (anglais), **المسؤولون** (arabe), **官员** (chinois), «funcionarios» (espagnol), «représentants» (français) et **должностные лица** (russe).

²⁵² Voir A/CN.4/654, par. 66, et A/CN.4/661, par. 32.

²⁵³ Il convient de signaler que la Rapporteuse spéciale a proposé une définition de la juridiction pénale dans son deuxième rapport, dans le cadre d'un projet d'article consacré aux termes employés (A/CN.4/661, projet d'article 3. Voir également les paragraphes 36 à 41 de ce rapport). Le projet d'article en question a été renvoyé au Comité de rédaction qui, après un débat général, a décidé de l'aborder de manière progressive tout au long du quinquennat, sans prendre de décision à son sujet au stade actuel des travaux.

6) Troisièmement, la Commission a décidé de circonscrire le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de juridiction pénale «étrangère», ce qui reflète la relation horizontale entre deux États. Cela signifie que le projet d'articles s'appliquera uniquement à l'immunité de juridiction pénale «d'un autre État». En conséquence, les immunités devant les tribunaux pénaux internationaux, qui sont soumises à leur propre régime juridique, demeureront exclues du champ d'application du projet d'articles. Cette exclusion doit être comprise comme signifiant qu'aucune des règles régissant l'immunité devant ces tribunaux ne doit être affectée par le contenu du présent projet d'articles.

Néanmoins, la nécessité de prendre en considération la problématique spéciale que représente l'existence des tribunaux pénaux dits «mixtes» ou «internationalisés» a été évoquée. De même, une question a été soulevée concernant l'incidence qu'auraient sur le présent projet d'articles les normes internationales existantes qui imposent aux États l'obligation de coopérer avec les tribunaux pénaux internationaux. Bien que différentes opinions aient été exprimées sur ces deux points, il est impossible à ce stade de trancher sur ces aspects.

7) Il convient de souligner que le paragraphe 1 se réfère à «l'immunité (...) au regard de la juridiction pénale d'un autre État». L'emploi de l'expression «au regard de» établit une relation entre les notions d'«immunité» et de «juridiction pénale étrangère» (ou de juridiction «d'un autre État») qui doit être dûment prise en compte. À ce sujet, la Commission considère que les notions d'immunité et de juridiction pénale étrangère sont étroitement liées, vu qu'il est impossible d'appréhender l'immunité en termes abstraits et sans la mettre en rapport avec une juridiction pénale étrangère qui, bien qu'elle existe, ne sera pas exercée par l'État du for précisément en raison de la présence de l'immunité. Ou, comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice, «ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence»²⁵⁴.

8) La Commission considère que l'immunité de juridiction pénale étrangère est de nature procédurale. Par conséquent, l'immunité de juridiction pénale étrangère ne saurait constituer un moyen de ne pas subordonner la responsabilité pénale d'une personne jouissant de l'immunité aux normes primaires du droit pénal et cette responsabilité subsiste indépendamment du fait qu'un État ne puisse exercer sa compétence pour établir son existence à un moment précis et concernant une personne donnée. Au contraire, l'immunité de juridiction pénale étrangère est, au sens strict, un obstacle procédural à l'exercice de la juridiction pénale d'un État à l'encontre des représentants d'un autre État. Cette position a été affirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁵⁵, et suivie majoritairement dans la pratique étatique et la doctrine.

9) Le paragraphe 2 du projet d'article se réfère aux cas dans lesquels il existe des règles spéciales de droit international relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Cette catégorie de règles spéciales trouve sa manifestation la plus connue et la plus citée dans le régime de privilèges et d'immunités conférés par le droit international aux agents

²⁵⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, par. 46. Voir également le commentaire de la Commission relatif à l'article 6 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, en particulier les paragraphes 1), 2) et 3) (*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie)).

²⁵⁵ *Mandat d'arrêt ...*, par. 60. La même position a été maintenue par la Cour internationale de Justice à propos de l'immunité de l'État: voir *Immunités juridictionnelles de l'État: Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*, arrêt du 3 février 2012, C.I.J. Recueil 2012, par. 58 et 100.

diplomatiques et aux fonctionnaires consulaires²⁵⁶. Il existe toutefois d'autres exemples dans le droit international contemporain, conventionnel et coutumier, lesquels, de l'avis de la Commission, doivent également être pris en compte aux fins de la définition du champ d'application du présent projet d'articles. Pour ce qui est des régimes spéciaux cités, la Commission considère qu'il s'agit de régimes juridiques bien établis en droit international et que le présent projet d'articles ne devrait affecter ni leur contenu ni leur application. Cela étant, il convient de rappeler que, même si c'était dans un autre contexte, la Commission elle-même a déjà reconnu l'existence de régimes spéciaux en matière d'immunité à l'occasion de l'élaboration du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, se référant expressément à ces régimes à l'article 3, sous l'intitulé «Privilèges et immunités non affectés par les présents articles»²⁵⁷.

La relation entre le régime de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État établi dans le présent projet d'articles et les régimes spéciaux susmentionnés a été définie par la Commission au moyen de l'insertion, au paragraphe 2, d'une clause de sauvegarde en vertu de laquelle les dispositions du projet d'articles sont «sans préjudice» des dispositions des régimes spéciaux en question, suivant la formule qu'employa en son temps la Commission dans le *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*.

10) La Commission a utilisé l'expression «règles spéciales» comme synonyme de l'expression «régimes spéciaux» employée dans des travaux antérieurs. Bien que la Commission n'ait pas donné de définition de la notion de «régime spécial», il convient d'appeler l'attention sur les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, en particulier les conclusions 2 et 3²⁵⁸. Aux fins du présent projet d'articles, la Commission entend par «règles spéciales» les règles internationales, conventionnelles ou coutumières, qui régissent l'immunité de juridiction pénale étrangère des personnes exerçant leurs activités dans des domaines précis des relations internationales. La Commission considère que ces «règles spéciales» coexistent avec le régime défini dans le présent projet d'articles, le régime spécial s'appliquant en cas de conflit entre les deux régimes²⁵⁹. En tout état de cause, la Commission considère que les régimes spéciaux en question sont uniquement ceux établis par des «règles (...) du droit international», cette référence au droit international constituant un élément essentiel aux fins de la définition de la portée de la clause «sans préjudice»²⁶⁰.

11) Les régimes spéciaux inclus dans le paragraphe 2 se réfèrent à trois pans de la pratique internationale où a été identifiée l'existence de normes qui régissent l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir: a) la présence extérieure de l'État à travers les missions diplomatiques, les postes consulaires et les missions spéciales; b) les diverses

²⁵⁶ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, n° 7310, p. 95), art. 31, et la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261), art. 43.

²⁵⁷ Voir *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), commentaire relatif à l'article 3.

²⁵⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 251.

²⁵⁹ Dans son commentaire relatif à l'article 3 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, la Commission s'y référerait dans les termes suivants: «[l']article vise à préserver les régimes particuliers en vigueur, notamment à l'égard des personnes attachées aux missions qui y sont mentionnées» (par. 5) du commentaire. Voir également le paragraphe 1) dudit commentaire.

²⁶⁰ Cette référence à l'assujettissement au droit international a été incluse également par la Commission dans l'article 3 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, déjà cité. Il convient de souligner que la Commission a appelé particulièrement l'attention sur ce point dans le commentaire de cet article 3, en particulier dans les paragraphes 1) et 3).

activités de représentation ou d'un autre type liées aux organisations internationales; et c) la présence des forces armées d'un État à l'étranger. Bien que dans ces trois secteurs il soit possible d'identifier des normes de nature conventionnelle qui établissent un régime d'immunité de juridiction pénale étrangère, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'inclure dans le paragraphe 2 une référence expresse à ces conventions et instruments internationaux²⁶¹.

Le premier groupe comprend les règles spéciales relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère applicables aux personnes exerçant une fonction de représentation ou de protection des intérêts de l'État dans un autre État, de forme permanente ou non, du fait de leur affectation à une mission diplomatique, à un poste consulaire ou à une mission spéciale. La Commission est d'avis que les règles contenues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur les relations consulaires et la Convention sur les missions spéciales, ainsi que les règles de droit coutumier applicables, entrent dans cette catégorie.

Le deuxième groupe comprend les règles spéciales applicables à l'immunité de juridiction pénale dont bénéficient les personnes qui exercent une activité en lien avec une organisation internationale ou dans le cadre de celle-ci. Il s'agit des règles spéciales applicables aux personnes attachées à une mission auprès d'une organisation internationale, aux délégations aux organes des organisations internationales ou à une délégation à une conférence internationale²⁶². La Commission estime qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans ce groupe de règles spéciales celles qui s'appliquent de manière générale aux organisations internationales *per se*. Par contre, elle a considéré que les normes qui s'appliquent aux agents de l'organisation internationale, en particulier dans les cas où ceux-ci ont été mis à disposition de l'organisation par un État et conservent le statut de représentants de l'État pendant la période où ils agissent au nom et pour le compte de l'organisation, font bien partie de la catégorie en question. Pour ce qui est du deuxième groupe de régimes spéciaux, la Commission a tenu compte de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, ainsi que d'autres normes conventionnelles et coutumières applicables dans ce domaine.

Dans le troisième groupe de règles spéciales ont été incluses celles qui reconnaissent l'immunité de juridiction pénale aux personnes attachées aux forces armées d'un État lorsque celles-ci se trouvent à l'étranger. Cette catégorie comprend l'ensemble de règles applicables en cas de stationnement de troupes sur le territoire d'un État tiers, que ce soit en vertu d'accords sur le statut des forces (SOFA), d'accords de siège ou de traités de coopération militaire qui prévoient le stationnement de troupes. Sont inclus également les accords conclus à l'occasion d'activités ponctuelles des forces armées à l'étranger.

12) L'énumération des règles spéciales décrites dans le paragraphe 2 est précédée de l'expression «en particulier», ce qui indique que la clause ne s'applique pas exclusivement à ces règles spéciales. À ce propos, plusieurs membres de la Commission ont appelé l'attention sur le fait que, dans la pratique, il est possible de rencontrer des règles spéciales qui s'appliquent dans d'autres domaines, en particulier dans le cadre de l'établissement, sur le territoire d'un État, d'institutions et de centres étrangers œuvrant à la coopération

²⁶¹ Il convient de rappeler que la Commission n'a pas énuméré non plus ces conventions dans le *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*. Cependant, dans le commentaire relatif à l'article 3 (par. 2), elle s'est référée aux domaines dans lesquels existent les régimes spéciaux en question, citant expressément certaines des conventions les établissant.

²⁶² Cette énumération est alignée sur celle que la Commission avait faite en son temps à l'article 3.1 a) du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*.

économique, technique, scientifique ou culturelle, habituellement en vertu d'accords de siège spécifiques. Cependant, bien que la Commission ait accepté de manière générale l'existence de ces régimes spéciaux, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de les mentionner au paragraphe 2.

13) Enfin, il convient d'indiquer que la Commission a étudié la possibilité d'inclure dans le paragraphe 2 la pratique qui consiste pour un État à conférer au représentant d'un État étranger une immunité de juridiction pénale étrangère de manière unilatérale. Cependant, la Commission a décidé de ne pas le faire. Cette question sera peut-être réexaminée à un stade ultérieur de l'examen des travaux sur le sujet.

14) La Commission a estimé par ailleurs que la formulation du paragraphe 2 devait être alignée sur le paragraphe 1 du projet d'article. Il convient donc de garder présent à l'esprit que le présent projet d'articles se réfère à l'immunité de juridiction pénale étrangère de certaines personnes qualifiées de «représentants» et que, par conséquent, cet élément subjectif devrait être reflété également dans la clause «sans préjudice». C'est pourquoi, il est fait expressément mention des «personnes attachées» dans ledit paragraphe 2. L'expression «personnes attachées» est celle employée dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (art. 3). La portée de la notion de «personnes attachées» sera fonction de la teneur des règles définissant le régime spécial qui leur est applicable, raison pour laquelle il est impossible de formuler *a priori* une définition unique pour cette catégorie. Il en va de même pour le personnel civil attaché aux forces armées de l'État, qui ne sera couvert par le régime spécial que dans la mesure où l'instrument juridique applicable dans chaque cas en dispose ainsi.

15) La combinaison de la notion de «personnes attachées» et de celle de «règles spéciales» est essentielle pour déterminer la portée et la signification de la clause de sauvegarde ou «sans préjudice» figurant au paragraphe 2. Ainsi, la Commission considère que les personnes visées dans ce paragraphe (agents diplomatiques, fonctionnaires consulaires, membres d'une mission spéciale, agents d'une organisation internationale ou membres des forces armées d'un État) ne sont pas automatiquement exclues du champ d'application du présent projet d'articles du simple fait qu'elles appartiennent à cette catégorie de représentants mais parce que dans une situation donnée elles sont couvertes par l'un des régimes spéciaux auxquels fait référence le paragraphe 2 du projet d'article 1. En pareille circonstance, l'immunité de juridiction pénale étrangère dont peuvent bénéficier ces personnes en vertu des régimes spéciaux qui leur sont applicables ne sera pas affectée par les dispositions du présent projet d'articles.

Deuxième partie

Immunité *ratione personae*

Article 3

Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Commentaire

1) Le projet d'article 3 contient la liste des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, à savoir: le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Le texte se borne à identifier les personnes auxquelles s'applique ce type d'immunité, sans se référer à la portée subjective de celui-ci, laquelle fera l'objet d'autres projets d'article.

2) La Commission considère qu'il y a deux raisons, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, d'accorder l'immunité *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques²⁶³. Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave²⁶⁴. Il importe peu que ces représentants aient ou non la nationalité de l'État dans lequel ils occupent le poste de chef de l'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères.

3) L'affirmation selon laquelle les chefs d'État jouissent de l'immunité *ratione personae* n'est pas contestée, les règles de droit international coutumier qui établissent ce principe étant bien reconnues. En outre, diverses conventions contiennent des dispositions qui font directement référence à l'immunité de juridiction du chef de l'État. On retiendra à cet égard le paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, qui reconnaît expressément que le chef de l'État, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, en plus de celles accordées par la Convention, des immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle. De même, le paragraphe 1 de l'article 50 de la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, fait référence aux autres «immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État». Dans le même esprit, quoique sur un plan différent, la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens fait expressément référence, dans la clause de sauvegarde que constitue le paragraphe 2 de l'article 3, aux immunités que le droit international reconnaît aux chefs d'État.

L'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État a également été reconnue dans la jurisprudence, au niveau tant international que national. Ainsi, la Cour internationale de Justice a mentionné l'immunité de juridiction pénale étrangère du chef de l'État dans l'*Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*²⁶⁵ et dans l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*²⁶⁶. Il y a lieu de souligner que, selon une jurisprudence constante, bien que peu abondante, les juridictions nationales considèrent que les chefs d'État bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, que ce soit dans le cadre de procédures portant sur l'immunité du chef de l'État ou dans le raisonnement suivi pour décider si l'immunité de juridiction pénale s'applique à d'autres représentants de l'État²⁶⁷.

²⁶³ Selon la Cour internationale de Justice, «c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions». [*Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, par. 46.]

²⁶⁴ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, par. 53 et 54, dans lequel la Cour internationale de Justice développe tout particulièrement ce deuxième élément à propos du ministre des affaires étrangères.

²⁶⁵ *Mandat d'arrêt ...*, par. 51.

²⁶⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil, 2008, par. 170.

²⁶⁷ Les juridictions nationales ont à diverses reprises admis l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de l'État pour le fondement de leur décision quant au fond, et ont considéré qu'il n'était pas possible d'engager des poursuites au pénal contre un chef d'État en exercice. Voir à cet égard: *Re Honecker*, Cour suprême fédérale, deuxième Chambre criminelle (République fédérale d'Allemagne), arrêt du 14 décembre 1984 (affaire n° 2 ARs 252/84) [reproduit dans *International Law Reports*, vol. 80, p. 365 et 366]; *Roi du Maroc, Audiencia Nacional* (Espagne), décision de la Chambre pénale du 23 décembre 1998; *Khadafi*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt n° 1414 du 13 mars 2001 [reproduit dans *Revue générale de droit international public*, t. 105

La Commission considère que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* du chef de l'État est reconnue exclusivement aux personnes qui exercent effectivement cette fonction, et que, aux fins du présent projet d'articles, le titre conféré au chef de l'État dans les différents États, les conditions d'accession au statut de chef d'État (en tant que souverain ou autrement), et le caractère individuel ou collégial de la fonction sont sans incidence²⁶⁸.

4) La reconnaissance de l'immunité *ratione personae* du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères est due au fait que, en vertu du droit international, leurs fonctions de représentation de l'État ont été reconnues comme étant proches de celles

(2001), p. 474; traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 508 à 510]; *Fidel Castro, Audiencia Nacional* (Espagne), décision de la Chambre pénale plénière du 13 décembre 2007 (la *Audiencia Nacional* s'était déjà prononcée de la même manière au sujet de deux plaintes déposées contre Fidel Castro en 1998 et 2005); *Affaire contre Paul Kagame*, Audiencia Nacional, quatrième juridiction d'instruction (Espagne), acte d'accusation du 6 février 2008. Again in the context of criminal proceedings, but this time as *obiter dicta*, various courts have on numerous occasions recognized immunity *ratione personae* from foreign criminal jurisdiction in general. Toujours dans le cadre de poursuites pénales, mais à titre de remarque incidente, divers tribunaux ont reconnu d'une manière générale l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* en diverses occasions. Dans ces cas-là, le tribunal national n'a pas effectivement reconnu l'immunité d'un chef d'État soit parce que la personne avait achevé son mandat et n'était plus chef d'État en exercice, soit parce qu'elle n'était pas chef d'État et ne l'avait jamais été. Voir: *Pinochet (demande d'extradition)*, Audiencia Nacional, cinquième juridiction d'instruction (Espagne), décision relative à la demande d'extradition du 3 novembre 1998; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet n° 3)*, Chambre des lords (Royaume-Uni), arrêt du 24 mars 1999 [reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 à 663]; *H. S. A. et al. c. S. A. et al. (action publique c. Ariel Sharon et consorts)*, Cour de cassation (Belgique), arrêt du 12 février 2003 (P-02-1139) [reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 596 à 605]; *Scilingo, Audiencia Nacional*, Troisième Chambre pénale (Espagne), décision du 27 juin 2003; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «FONVAC SOS catastrophe»/Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, Chambre criminelle (France), arrêt du 19 janvier 2010 (09-84818); *Khurst 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 2012 ((2011) EWHG 2020 (Admin)); *Nezzar*, Tribunal pénal fédéral (Suisse), arrêt du 25 juillet 2012 (BB.2011-140). Il y a lieu de souligner que les tribunaux nationaux n'ont jamais nié qu'un chef d'État jouit de l'immunité de juridiction pénale et que cette immunité lui est due *ratione personae*. Il y a lieu de noter également que les tribunaux civils ont toujours reconnu l'immunité de juridiction *ratione personae* des chefs d'État, et le nombre de décisions rendues à cet égard est plus élevé. Voir à titre d'exemple: *Kline v. Kaneko*, Cour suprême de l'État de New York, arrêt du 31 octobre 1988 (141 Misc.2d 787); *Mobutu c. SA Coton*, tribunal civil de Bruxelles, jugement du 29 décembre 1988; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal fédéral (Suisse), arrêt du 2 novembre 1989; *Lafontant v. Aristide*, tribunal du district de New York (États-Unis), jugement du 27 janvier 1994; *W v. Prince of Liechtenstein*, Cour suprême (Autriche), arrêt du 14 février 2001 (7 Ob 316/00x); *Tachiona v. Mugabe («Tachiona I»)*, tribunal du district de New York (États-Unis), jugement du 30 octobre 2001 (169 F.Supp.2d.259); *Fotso v. Republic of Cameroon*, tribunal du district de l'Oregon (États-Unis), décision du 22 février 2013 (6:12CV 1415-TC).

²⁶⁸ Il est intéressant à cet égard de rappeler les dispositions de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 50, par. 1) et de la Convention sur les missions spéciales de 1969 [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1400, n° 23431, p. 231] (art. 21, par. 1), qui s'appliquent aux organes collégiaux exerçant les fonctions de chef de l'État. La Commission quant à elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire mention de cette catégorie dans 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 (voir *Annuaire ... 1972*, vol. II, commentaire relatif à l'article premier, par. 2), et cette catégorie ne figure pas dans le texte définitif de la Convention.

du chef de l'État. On peut citer à titre d'exemple de ce rapprochement la reconnaissance des pleins pouvoirs au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères pour conclure les traités²⁶⁹, ainsi que l'égalité de traitement de ces trois personnalités en matière de protection internationale²⁷⁰ ou en ce qui concerne leur participation à la représentation de l'État²⁷¹. Il a été fait référence à l'immunité des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères dans la Convention de Vienne sur les missions spéciales, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et, de manière implicite, dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens²⁷². La mention du ministre des affaires étrangères dans la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, est d'autant plus importante que, dans son projet d'articles sur le sujet, la Commission avait décidé de ne pas inscrire les membres du gouvernement sur la liste des personnes jouissant d'une protection internationale²⁷³, alors que le ministre des affaires étrangères figure dans le texte final de la Convention adopté par les États.

Tous les exemples cités sont le résultat de travaux de la Commission, qui s'est penchée à diverses reprises sur la question de savoir s'il y avait lieu ou non de viser expressément les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans des instruments internationaux. À cet égard, il a été observé que dans l'article 3 de la Convention sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, le chef de l'État était spécifiquement mentionné alors qu'il n'y avait aucune référence expresse du chef de gouvernement ni au ministre des affaires étrangères. Quoi qu'il en soit, il paraît impossible de déduire des exemples qui viennent d'être cités que la Commission devrait traiter différemment les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères dans le présent projet d'article, et plus encore, qu'elle ne devrait pas viser les chefs de gouvernement et le ministre des affaires étrangères dans le projet d'article 3.

²⁶⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), art. 7, par. 2 a). La Cour internationale de Justice a adopté une position analogue au sujet de la capacité du chef de l'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères d'engager l'État par des actes unilatéraux (*Activités armées...*, par. 46).

²⁷⁰ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques de 1973 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, n° 15410, p. 167), art. 1, par. 1 a).

²⁷¹ Voir, à cet égard, la Convention sur les missions spéciales (art. 21) et la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 50.

²⁷² L'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, outre le chef d'État, mentionne le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères, même s'ils figurent dans des paragraphes différents (le paragraphe 1 est consacré au chef de l'État et le paragraphe 2 au chef du gouvernement, au ministre des affaires étrangères et aux autres personnalités de rang élevé). La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel suit le même modèle et mentionne également les autres personnes de rang élevé dans des paragraphes différents. En revanche, la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens ne mentionne *eo nomine* que le chef de l'État (art. 3, par. 2), et les deux autres catégories de personnalités sont considérées comme étant comprises dans les «représentants de l'État» figurant à l'article 2, par. 1 a) iv). Voir les paragraphes 6 et 7 du commentaire relatif à l'article 3 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie).

²⁷³ Voir *Annuaire ... 1972*, vol. II, commentaire de l'article 1, par. 3). À noter que la Commission a décidé de ne pas mentionner ces personnes en l'absence de «règle généralement acceptée du droit international», tout en reconnaissant qu'une personne «membre du cabinet aura évidemment droit à une protection spéciale chaque fois qu'elle se trouvera dans un État étranger en liaison avec une activité officielle» (*Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 340, cette phrase figure dans la version anglaise et dans la version française de commentaire et a été omise dans la version espagnole).

Divers éléments doivent être pris en compte à cet égard. Premièrement, le présent projet d'articles porte exclusivement sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, alors que la Convention sur les missions spéciales et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel portent sur les immunités quelles qu'elles soient, dont peuvent jouir les chefs d'État, les chefs de gouvernement ou les ministres des affaires étrangères. Deuxièmement, la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens porte sur l'immunité des États et l'immunité de juridiction pénale n'entre pas dans son champ d'application²⁷⁴; il faut ajouter que la Commission n'a pas rejeté l'idée que des immunités puissent être accordées aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères, bien au contraire. Elle a reconnu, en fait, leur existence, mais n'a simplement pas mentionné expressément ces catégories au paragraphe 2 de l'article 3 «car il serait difficile d'en dresser une liste exhaustive, et leur énumération soulèverait en outre la question de la base et de l'étendue de l'immunité juridictionnelle dont jouissent les intéressés»²⁷⁵. Troisièmement, il faut également garder à l'esprit que tous les exemples cités sont antérieurs à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*.

5) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la Cour internationale de Justice a expressément déclaré qu'«il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales»²⁷⁶. Cette affirmation a été reprise par la Cour dans l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*²⁷⁷. L'un et l'autre de ces arrêts ont suscité d'amples discussions au sein de la Commission à propos, en particulier, du ministre des affaires étrangères. Lors du débat, la majorité des membres ont exprimé l'avis que l'affaire du *Mandat d'arrêt* reflétait l'état actuel du droit international et qu'il y avait donc lieu de conclure à l'existence d'une règle coutumière selon laquelle le ministre des affaires étrangères jouit d'une immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Selon ces membres, la position du ministre des affaires étrangères et les fonctions particulières qu'il exerce dans les relations internationales constituent la base de la reconnaissance de cette immunité de juridiction pénale étrangère. En revanche, certains membres de la Commission ont souligné que l'arrêt de la Cour ne constituait pas une base suffisante pour conclure à l'existence d'une règle coutumière, car il ne contenait pas d'analyse approfondie de la pratique et que plusieurs juges avaient exprimé des opinions différentes de celle de la majorité²⁷⁸. Néanmoins, selon un membre de la Commission qui estimait que l'arrêt de la Cour ne démontrait pas l'existence d'une règle coutumière, vue que cet arrêt n'avait pas suscité d'opposition parmi les États, l'absence d'une telle règle n'empêchait pas la Commission d'inclure le ministre des affaires étrangères parmi les personnes jouissant de l'immunité de juridiction pénale étrangère

²⁷⁴ L'expression «ne couvre pas les poursuites au pénal» a été proposée par le Comité spécial créé à cet effet par l'Assemblée générale et a finalement été insérée au paragraphe 2 du dispositif de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004 en vertu de laquelle la Convention a été adoptée.

²⁷⁵ Voir le paragraphe 7) du commentaire relatif à l'article 3 du projet d'articles [*Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie)].

²⁷⁶ *Mandat d'arrêt...*, par. 51.

²⁷⁷ *Certaines questions...*, par. 170.

²⁷⁸ Voir en particulier l'opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal; l'opinion dissidente de M. Al-Kasawneh; et l'opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert, juge *ad hoc*.

ratione personae, à titre de développement progressif du droit international, compte tenu des fonctions que ce ministre exerçait dans les relations internationales.

6) Pour ce qui est de la pratique des juridictions nationales, la Commission a aussi considéré que s'il n'y a qu'un très petit nombre de décisions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* pour le chef du gouvernement et pratiquement aucune décision concernant le ministre des affaires étrangères, il n'en est pas moins vrai que les juridictions nationales qui ont eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet ont toujours considéré que ces représentants de rang élevé jouissent effectivement de l'immunité de juridiction pénale étrangère durant leur mandat²⁷⁹.

7) Au terme du débat, la Commission a constaté l'existence de motifs suffisants dans la pratique et en droit international pour conclure que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères jouissent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il a donc été décidé de les inclure dans le projet d'article 3.

8) La Commission a aussi examiné si d'autres représentants de l'État pourraient figurer sur la liste des personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*. Cette possibilité a été évoquée par certains membres de la Commission compte tenu de l'évolution des relations internationales, en particulier du fait que des personnalités de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères participent de plus en plus aux travaux d'instances internationales et se déplacent fréquemment hors du territoire national. Pour justifier leur position en faveur de l'inclusion d'autres représentants de rang élevé dans le projet d'article 3, certains membres de la Commission ont renvoyé à l'affaire du *Mandat d'arrêt*, en interprétant l'expression «telles que» comme visant à étendre le régime de l'immunité *ratione personae* à de hauts représentants de l'État, autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministres des affaires étrangères, qui exercent des responsabilités importantes au sein de l'État et qui participent à la représentation de l'État dans leurs domaines d'activité respectifs. Certains membres de la Commission ont ainsi suggéré qu'un ministre de la défense ou un ministre du commerce international jouit d'une immunité *ratione personae*. En revanche, d'autres membres de la Commission ont considéré que l'emploi de l'expression «telles que» ne vise pas à élargir la catégorie des personnes qui jouissent de ce type d'immunité, car la Cour l'utilise dans le contexte d'un différend particulier qui met en cause l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un ministre des affaires étrangères. Plusieurs membres de la Commission ont enfin appelé l'attention sur le fait qu'il est intrinsèquement difficile de déterminer quelles sont les autres personnes censées être d'«autres personnalités de rang élevé», car cela

²⁷⁹ S'agissant de la reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un chef de gouvernement et d'un ministre des affaires étrangères, voir les affaires suivantes, tant au pénal qu'au civil, dans lesquelles les juridictions nationales ont exprimé une opinion à ce sujet, soit pour motiver des décisions sur le fond, soit de manière incidente: *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Cour d'appel de Paris (France), arrêt du 28 avril 1961 (reconnaissant implicitement, a contrario, l'immunité d'un ministre des affaires étrangères) [reproduit dans *Revue générale de droit international public* (1962), p. 418, traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 47, p. 275 à 277, à la page 276]; *Chong Boon Kim v. Kim Tong Shik and David Kim*, tribunal du premier circuit (État de Hawaï) (États-Unis), jugement du 9 septembre 1963 [reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), p. 186 et 187]; *Saltany and others v. Reagan and others*, tribunal du district de Columbia (États-Unis), jugement du 23 décembre 1988 (702 F.Supp. 319); *Tachiona v. Mugabe* («*Tachiona I*»), tribunal du district sud de New York (États-Unis), jugement du 30 octobre 2001 (169 F.Supp.2d.259); *H. S. A. et al. c. S. A. et al.* (action publique contre Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts), Cour de cassation (Belgique), arrêt du 12 février 2003 (P-02-1139.f).

dépend en grande partie de la structure organique de l'État et de la répartition des compétences, qui diffèrent d'un État à l'autre²⁸⁰.

9) Dans l'*Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour internationale de Justice est revenue sur la question de l'immunité de fonctionnaires de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. La Cour a examiné séparément l'immunité du chef de l'État de Djibouti et de deux autres personnes de rang élevé, à savoir le Procureur de la République et le chef de la sécurité nationale de Djibouti. S'agissant du chef de l'État, la Cour a affirmé très clairement que de manière générale, celui-ci jouit de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*, bien que cette immunité n'ait pas été applicable en l'espèce puisque l'invitation à témoigner émanant des autorités françaises n'avait pas un caractère coercitif²⁸¹. Pour les autres personnes occupant des postes de rang élevé, la Cour a considéré que les actes qui leur étaient attribués n'avaient pas été accomplis dans le cadre de leurs fonctions²⁸²; après avoir dit ne pas bien comprendre si Djibouti invoque l'immunité de l'État, une immunité personnelle ou quelque autre type d'immunité, elle conclut: «[L]a Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la Convention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce»²⁸³.

10) Dans la pratique des juridictions nationales, un certain nombre de décisions traitent de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* d'autres fonctionnaires de rang élevé. Cependant, les décisions en question ne sont pas concluantes. Si certaines sont favorables à l'immunité *ratione personae* de hauts représentants de l'État comme le ministre de la défense ou le ministre du commerce international²⁸⁴, dans d'autres décisions,

²⁸⁰ Il faut rappeler que cette difficulté a déjà été signalée par la Commission elle-même, dans son commentaire de l'article 3 du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens* (voir par. 7), *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie). Les mêmes problèmes ont été soulignés par la Commission au paragraphe 3 du commentaire de l'article premier du 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 (*Annuaire ... 1972*, vol. II); et par. 3) du commentaire de l'article 21 du projet d'articles sur les missions spéciales (*Annuaire ... 1967*, vol. II).

²⁸¹ *Certaines questions...*, par. 170 à 180.

²⁸² *Ibid.*, par. 191.

²⁸³ *Ibid.*, par. 194. Voir, en général, par. 181 à 197.

²⁸⁴ Voir, à ce propos, l'affaire *Re General Shaul Mofaz* (Ministre israélien de la défense), tribunal de district de Bow Street (Royaume-Uni), jugement du 12 février 2004, et l'affaire *Re Bo Xilai* (Ministre chinois du commerce international), tribunal d'instance de Bow Street, jugement du 8 novembre 2005, dans lequel l'immunité de M. Bo Xilai a été reconnue, non parce qu'il a été simplement considéré comme un représentant de rang élevé, mais, spécifiquement, parce qu'il était en mission spéciale au Royaume-Uni. Un an plus tard, dans une affaire civile, un tribunal des États-Unis a estimé que M. Bo Xilai jouissait de l'immunité, de nouveau parce qu'il était en mission spéciale, aux États-Unis: *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, tribunal du district de Columbia, jugement du 24 juillet 2006 (Civ. No. 04-0649). Dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «FONVAC SOS catastrophe»/Association des familles des victimes du Joola* (Cour de cassation, Chambre criminelle, France), arrêt du 19 janvier 2010 (09-84818), la Cour a affirmé de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère, mais n'a reconnu en l'espèce qu'une immunité *ratione materiae*, la personne en cause n'occupant plus ce poste. Dans l'affaire *Nezzar* (Tribunal pénal fédéral, Suisse, décision du 25 juillet 2012 (BB.2011-140)), le Tribunal a déclaré de manière générale qu'un ministre de la défense en exercice jouit de l'immunité *ratione personae* à l'égard de la juridiction pénale étrangère mais il n'a pas reconnu cette immunité,

la juridiction nationale conclut que la personne en cause ne jouit pas de l'immunité, soit parce qu'elle n'est pas un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, soit parce qu'elle n'appartient pas au cercle étroit de représentants qui méritent ce type de traitement²⁸⁵, ce qui montre qu'il est très difficile d'identifier les personnalités de rang élevé autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères qui peuvent incontestablement être considérées comme jouissant de l'immunité *ratione personae*. En revanche, il convient aussi de souligner que, dans certaines de ces décisions, l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de rang élevé est analysée sous différents angles (immunité *ratione personae*, immunité *ratione materiae*, immunité de l'État, immunité au titre de la participation à une mission spéciale), ce qui montre les incertitudes liées à la détermination précise de l'immunité de juridiction pénale étrangère dont pourraient bénéficier des représentants de

en l'espèce, parce que M. Nezzar n'était plus en fonctions et que les faits commis constituaient des crimes internationaux, ce qui le privait aussi de l'immunité *ratione materiae*.

²⁸⁵ Comme exemple d'une telle décision, voir l'affaire *Khurst 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)) dans lequel le tribunal estime, en se fondant sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que le droit international coutumier reconnaît à certaines personnes occupant des postes de rang élevé le bénéfice de l'immunité *ratione personae* durant l'exercice de leurs fonctions dès lors qu'elles appartiennent au cercle étroit de personnes auxquelles il doit être possible d'accorder un statut similaire à celui du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères visés dans l'arrêt précité. Après avoir analysé les fonctions exercées par M. Khurst Bat, le tribunal conclut que celui-ci n'appartient pas à ce cercle étroit. Auparavant, la Cour d'appel de Paris avait refusé de reconnaître l'immunité de M. Ali Ali Reza au motif que la qualité de ministre d'État de l'Arabie saoudite, et non de ministre des affaires étrangères, ne suffisait pas à lui assurer le bénéfice de cette immunité (voir *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961). Dans l'affaire *United States of America v. Manuel Antonio Noriega*, la cour d'appel du onzième circuit, dans son arrêt du 7 juillet 1997 (appels n^{os} 92-4687 et 96-4471), a affirmé que M. Noriega, ancien commandant en chef des forces armées panaméennes, ne pouvait être compris dans la catégorie des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, en rejetant l'argument de M. Noriega selon lequel, à l'époque des faits, il était chef d'État ou chef de fait du Panama. Un autre tribunal, dans l'affaire *Republic of Philippines v. Marcos* (tribunal du district nord de Californie, jugement du 11 février 1987 (665F.Supp. 793)) a estimé que le Procureur général des Philippines ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione personae*. Dans l'affaire *I. T. Consultants, Inc. v. The Islamic Republic of Pakistan* (cour d'appel du circuit du district de Columbia, arrêt du 16 décembre 2003), la cour a refusé de reconnaître l'immunité du Ministre de l'agriculture pakistanais. De même, dans la récente affaire *Fotso c. République du Cameroun*, le tribunal a estimé que le Ministre de la défense et le Secrétaire d'État auprès du Ministre de la défense ne jouissaient pas de l'immunité *ratione personae*, dont il a néanmoins reconnu le bénéfice au Président du Cameroun. Il faut garder à l'esprit que les trois affaires précitées mettaient en cause l'exercice de la compétence civile. Il faut aussi noter que dans certains cas, les juridictions nationales n'ont pas reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction à des personnes occupant des postes de rang élevé dans des entités constitutives d'un État fédéral. Voir à ce propos les affaires suivantes: *R. (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, tribunal du banc de la Reine (tribunal divisionnaire) (Royaume-Uni), décision du 25 novembre 2005 (EWHC (QB) 2704), refusant de reconnaître l'immunité du Gouverneur et chef de l'exécutif de l'État de Bayelsa au sein de la République fédérale du Nigéria; et *Ministère public (Tribunal de Naples) c. Milo Djukanovic*, Cour de cassation (troisième Chambre criminelle) (Italie), arrêt du 28 décembre 2004, dans lequel la Cour a refusé le bénéfice de l'immunité au Président du Monténégro avant l'accession à l'indépendance de ce pays. Enfin, dans l'affaire *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral (Suisse), décision du 22 décembre 2005, le tribunal a refusé le bénéfice de l'immunité à un ancien ministre de l'énergie atomique de la Fédération de Russie dans une affaire d'extradition, reconnaissant cependant dans une déclaration incidente la possibilité de reconnaître cette immunité à des représentants de haut rang sans préciser lesquels.

rang élevé autres que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères²⁸⁶.

11) Sur un autre plan, il faut rappeler que la Commission s'est déjà intéressée à l'immunité des personnes de rang élevé dans son projet d'articles sur les missions spéciales et son projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel²⁸⁷. Il faut toutefois rappeler que ces instruments ne visent qu'à maintenir à ces personnes le bénéfice des immunités qui leur sont accordées en vertu du droit international en dehors du cadre de ces instruments. Cependant, ni dans le texte des projets d'articles ni dans les commentaires y relatifs de la Commission, il n'est clairement indiqué en quoi consistent ces immunités et si elles comprennent ou non une immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. Il faut aussi souligner que bien que ces personnes de rang élevé puissent être considérées comme faisant partie de la catégorie des «représentants de l'État» visés au paragraphe 1 a) iv) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, cet instrument – comme il a déjà été indiqué – ne couvre pas «les poursuites au pénal». Néanmoins, certains membres de la Commission ont affirmé que les personnalités de rang élevé bénéficient du régime d'immunité lié aux missions spéciales, y compris l'immunité de juridiction pénale étrangère, lorsqu'elles sont en visite officielle dans un État tiers dans l'exercice de fonctions de représentation de l'État et dans le cadre de leurs fonctions propres. Il a été dit que c'était là un moyen de garantir la bonne exécution des fonctions sectorielles de cette catégorie de personnalités de rang élevé au niveau international.

12) Au vu de ce qui précède, la Commission considère que les autres «personnalités de rang élevé» ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* aux fins du présent projet d'articles, mais que cela est sans préjudice des règles relatives à l'immunité *ratione materiae* et du fait que lorsqu'elles sont en visite officielle, ces personnalités de haut rang bénéficient de l'immunité de juridiction pénale étrangère en vertu des règles du droit international relatives aux missions spéciales.

13) Dans le projet d'article, l'expression «à l'égard de l'exercice» vise à la fois l'immunité *ratione personae* et la juridiction pénale étrangère. La Commission a décidé de ne pas employer la même expression dans le projet d'article 1 (Champ d'application du présent projet d'articles) afin de ne pas préjuger des aspects de fond de l'immunité,

²⁸⁶ La décision rendue dans l'affaire *Khurts Bat* précitée en fournit un bon exemple. Dans l'affaire *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «FONVAC SOS catastrophe»/Association des familles des victimes du Joola* (Cour de cassation, Chambre criminelle, France), arrêt du 19 janvier 2010 (09-84818), la Cour s'est prononcée simultanément, et sans faire suffisamment la distinction entre elles, sur l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Dans l'affaire *Nezzar*, après avoir procédé à une analyse générale de l'immunité *ratione personae*, le Tribunal pénal fédéral suisse a également examiné si l'immunité *ratione materiae* ou l'immunité diplomatique revendiquée par l'intéressé pouvait s'appliquer. Dans d'autres affaires, les arguments avancés par les juridictions nationales sont encore plus imprécis, comme dans l'affaire *Kilroy v. Windsor*, tribunal du district nord de l'Ohio (division Est), qui, dans sa décision du 7 décembre 1978 en matière civile (Civ. No. C-78-291), a reconnu le bénéfice d'une immunité *ratione personae* au Prince de Galles en raison de sa qualité de membre de la famille royale britannique et d'héritier de la Couronne, mais aussi parce qu'il était en mission officielle aux États-Unis. Dans l'affaire *Bo Xilai*, il faut souligner que si les juridictions du Royaume-Uni et des États-Unis ont toutes deux reconnu le bénéfice de l'immunité de juridiction au Ministre chinois du commerce, c'était parce que celui-ci était en visite officielle et jouissait d'une immunité liée à sa participation à une mission spéciale.

²⁸⁷ En d'autres occasions, la Commission a employé l'expression «personnalité officielle» (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) et «autres personnalités de rang élevé» (projet d'articles sur les missions spéciales).

en particulier sa portée, qui fera l'objet d'autres projets d'article²⁸⁸. Dans le présent projet d'article, la Commission a décidé de conserver l'expression «à l'égard de l'exercice» qui montre bien la relation entre l'immunité et la juridiction pénale étrangère et souligne le caractère essentiellement procédural de l'immunité qui joue par rapport à l'exercice du pouvoir de juridiction pénale à l'égard d'un comportement donné²⁸⁹.

Article 4

Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 traite de la portée de l'immunité *ratione personae* dans une double perspective, temporelle et matérielle. Pour comprendre la portée de l'immunité *ratione personae*, il convient de tenir compte à la fois de l'aspect temporel (par. 1) et de l'aspect matériel (par. 2). Bien que chacun de ces aspects soit une notion autonome, la Commission a décidé de les faire figurer dans un même article afin de donner une vue plus complète de la signification et de la portée de l'immunité dont bénéficient les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Elle a décidé de traiter d'abord de l'aspect temporel, car cela permet de mieux comprendre la portée matérielle de l'immunité *ratione personae*, qui est limitée à une période déterminée.

2) En ce qui concerne la portée temporelle de l'immunité *ratione personae*, la Commission a jugé nécessaire d'ajouter l'adverbe «uniquement» afin de souligner l'idée que ce type d'immunité s'applique aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères exclusivement pendant la période où ils exercent leur mandat. Cela est cohérent avec la raison même qui fonde la reconnaissance de cette immunité, qui n'est autre que la position particulière dans laquelle se trouvent les personnes occupant ces postes au sein de la structure de l'État, et qui les place, en vertu du droit international, dans une situation particulière où elles ont un double lien, représentatif et fonctionnel, avec l'État dans le cadre des relations internationales. En conséquence, l'immunité *ratione personae* perd son sens lorsque la personne qui en jouit cesse d'exercer l'une de ces fonctions.

Cette position a été confirmée par la Cour internationale de Justice, qui, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, a indiqué que «(...) dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui,

²⁸⁸ Voir ci-dessus, par. 2) du commentaire cité.

²⁸⁹ Voir *Mandat d'arrêt...*, par. 60, et *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, par. 58.

bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.»²⁹⁰. Bien que la Cour fasse référence au ministre des affaires étrangères, le même raisonnement s'applique, *a fortiori*, au chef de l'État et au chef de gouvernement. En outre, la limitation de l'immunité *ratione personae* à la période pendant laquelle les personnes qui jouissent de cette immunité sont dans l'exercice de leurs fonctions se retrouve aussi dans les conventions qui établissent un régime spécial d'immunité *ratione personae*, en particulier la Convention de Vienne sur les relations consulaires diplomatiques et la Convention sur les missions spéciales²⁹¹. La Commission elle-même, dans les commentaires du *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, a affirmé que «[l]es immunités *ratione personae*, à l'inverse des immunités *ratione materiae* qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions»²⁹². La portée temporelle stricte de l'immunité *ratione personae* est également confirmée par diverses décisions de juridictions nationales²⁹³.

En conséquence, la Commission considère qu'au terme du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, l'immunité *ratione personae* prend fin. Elle n'a pas jugé nécessaire d'indiquer les critères particuliers qui doivent être pris en compte pour déterminer le moment où commence et celui où s'achève le mandat des personnes qui jouissent de cette immunité, car cela dépend de l'ordre juridique de chaque État et la pratique varie dans ce domaine.

3) Pendant la durée du mandat – et uniquement pendant cette période – l'immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes accomplis par le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, que ces actes aient été accomplis à titre privé ou à titre officiel. L'immunité *ratione personae* est donc conçue comme une «immunité totale»²⁹⁴ qui couvre tout acte accompli par l'une quelconque des personnes mentionnées ci-dessus. Cette conception reflète la pratique des États²⁹⁵.

²⁹⁰ *Mandat d'arrêt...*, par. 61.

²⁹¹ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 39 2), et la Convention sur les missions spéciales, art. 43 2).

²⁹² Elle a ajouté: «[t]outes les activités des souverains et des ambassadeurs qui sont sans rapport avec leurs fonctions officielles peuvent être soumises à la juridiction locale une fois que le souverain ou l'ambassadeur a quitté son poste», *Annuaire ... 1991*, vol. II (2^e partie), par. 19) du commentaire relatif à alinéa b) v) du paragraphe 1 du projet d'article 2.

²⁹³ De telles décisions ont souvent été rendues au civil dans lesquelles le même principe visant à limiter l'immunité dans le temps s'applique. Voir, par exemple, Cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 juin 1872; Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 juillet 1916; Cour d'appel de Paris, *Ex-roi d'Égypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, 11 avril 1957, reproduit dans *Journal du droit international* (1957), p. 716 à 718; Tribunal de grande instance de la Seine, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 juin 1963 [reproduit dans *Clunet*, 1964, p. 285, traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 33, p. 37 et 38]; *United States of America v. Noriega* (1990) 746 F.Supp. 1506; *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994); et la demande d'extradition de l'Espagne du 3 novembre 1998 dans l'affaire *Pinochet (Auto de solicitud de extradición de Pinochet, Madrid, 3 November 1998)*.

²⁹⁴ La Cour internationale de Justice qualifie de «totale» la portée matérielle de l'immunité *ratione personae* (*Mandat d'arrêt*, par. 54). Pour sa part, la Commission a affirmé, au sujet de l'immunité *ratione personae* des agents diplomatiques, que «[l]'immunité de la juridiction criminelle est totale» (Voir *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 101 et 102, par. 4) du commentaire relatif à l'article 29 du *Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques*).

²⁹⁵ Voir, par exemple, *Arafat e Salah*, dans *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), p. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de police*, ATF 115 Ib 496 [reproduit en partie dans *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), p. 534 à 537; traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 102, p. 198 à 205]; Chambre des lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 mars 1999 (reproduit

Comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, en faisant référence en particulier à un ministre des affaires étrangères, l'extension de l'immunité aux actes accomplis à titre privé comme à titre officiel est nécessaire pour garantir que les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* ne sont pas empêchées de s'acquitter des tâches inhérentes à leurs fonctions, car «[l]es obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves (...) [que l'arrestation] concerne des actes qu[e le ministre] aurait accomplis à titre "officiel" ou des actes qu'il aurait accomplis à titre "privé"»²⁹⁶. En conséquence, «il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui l'auraient été à titre "privé"»²⁹⁷. Le même raisonnement doit s'appliquer, *a fortiori*, au chef d'État et au chef du gouvernement.

4) En ce qui concerne la terminologie employée pour désigner les actes qui sont couverts par l'immunité *ratione personae*, il convient de garder à l'esprit que l'on ne trouve pas de formulation unique ni uniforme dans la pratique. Par exemple, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ne distingue pas expressément entre les actes accomplis à titre privé et ceux accomplis à titre officiel lorsqu'elle fait référence aux actes auxquels s'étend l'immunité de juridiction pénale des agents diplomatiques, mais il est entendu que cette immunité s'applique aux deux catégories d'actes²⁹⁸. En outre, la terminologie employée dans d'autres instruments, documents et décisions judiciaires, ainsi que dans la doctrine, n'est pas constante puisqu'on y trouve, entre autres, les termes «actes officiels et actes privés», «actes accomplis dans l'exercice des fonctions», «actes relatifs aux tâches inhérentes aux fonctions» ou «actes accomplis à titre officiel et à titre privé». La Commission a jugé préférable d'employer dans le présent article l'expression «actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel», suivant les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*.

Cela étant, la Commission n'a pas jugé nécessaire de se prononcer pour le moment sur les types d'actes qui doivent être considérés comme des «actes accomplis à titre officiel», car cette catégorie sera examinée à un stade ultérieur, dans le cadre de l'analyse de l'immunité *ratione materiae*, et il ne convient pas d'en préjuger.

dans *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, p. 592); Cour d'appel de Paris (Chambre d'accusation), *Affaire Kadhafi*, arrêt du 20 octobre 2000 (traduction anglaise dans *International Law Reports*, vol. 125, p. 495, à la page 509); *H. S. A. et al. v. S. A. et al.*, décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et autres, n° P.02.1139.f, 12 février 2003 [reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 42, n° 3 (2003), p. 596, à la page 599]; Cour suprême de la Sierra Leone, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, arrêt du 14 octobre 2005, SC n° 1/2003; *Affaire contre Paul Kagame*, Espagne, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), p. 156 et 157. Parmi les affaires plus récentes, voir *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «Fenvac SOS catastrophe»*, *Association des familles des victimes du Joola et al.*, France, Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris, arrêt du 16 juin 2009, confirmé par la Cour de cassation, arrêt du 19 janvier 2010; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, arrêt du 29 juillet 2011 ([2011] EWHG 2020 (Admin), par. 55); et *Nezzar*, Tribunal pénal fédéral, Suisse, arrêt du 25 juillet 2012 (affaire BB.2011-140, considérant en droit 5.3.1). Voir également *Cour d'appel de Paris, Pôle 7, Deuxième chambre d'instruction*, arrêt du 13 juin 2013.

²⁹⁶ *Mandat d'arrêt...*, par. 55.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ C'est ce qu'il convient de déduire de la lecture conjointe des articles 31 1) et 39 2) de la Convention. Les articles 31 1) et 43 2) de la Convention sur les missions spéciales doivent être interprétés dans le même sens.

En outre, il faut noter que lorsqu'elle a approuvé le paragraphe 2, la Commission n'a pas examiné la question des exceptions possibles à l'immunité, qui sera traitée plus tard.

5) La Commission entend par «actes» aussi bien des actions que des omissions. Bien que la terminologie employée ait fait l'objet de discussions, elle a décidé d'employer le terme «actes» conformément à la version anglaise des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à l'article premier duquel on trouve le terme «act», étant entendu qu'un acte «peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions, ou en une combinaison d'actions et d'omissions»²⁹⁹. En outre, l'emploi du terme «acte» est courant en droit pénal international pour définir les comportements (actifs ou passifs) à partir desquels la responsabilité pénale est établie. Ainsi, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le terme «actes» a été employé au sens général dans les articles 6, 7 et 8, sans que l'on se demande si ce terme recouvre aussi bien les actions que les omissions, car cela dépend de chaque infraction pénale particulière. Les Statuts des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda emploient aussi le terme «acte» pour désigner les comportements, actifs et passifs, qui constituent une infraction relevant de la compétence de ces tribunaux. Le même terme a été employé en outre dans divers traités internationaux qui ont pour objet d'imposer des obligations aux États mais définissent néanmoins des comportements qui peuvent faire naître une responsabilité pénale. C'est le cas, par exemple, de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (art. 2), et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 1).

6) Les actes auxquels s'étend l'immunité *ratione personae* sont ceux qu'un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères ont accomplis au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci. Cela s'explique par l'objectif que vise l'immunité *ratione personae*, qui a trait à la fois à la protection de l'égalité souveraine de l'État et à la garantie que les personnes jouissant de ce type d'immunité peuvent exercer leurs fonctions de représentation de l'État sans obstacle tout au long de leur mandat. Dans cette optique, il n'est pas nécessaire de donner des précisions supplémentaires sur l'applicabilité de l'immunité *ratione personae* aux actes accomplis par ces personnes au cours de leur mandat. Quant aux actes accomplis antérieurement au mandat, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique à eux que si la juridiction pénale d'un État tiers doit être exercée pendant la période au cours de laquelle le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères sont en fonctions. Et ce, parce que, comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, «[...] il n'est pas possible d'opérer de distinction (...) entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ces fonctions. C'est ainsi que, si un ministre des affaires étrangères est arrêté dans un autre État à la suite d'une quelconque inculpation, il se trouvera à l'évidence empêché de s'acquitter des tâches inhérentes à ses fonctions. Les obstacles ainsi apportés à l'exercice de telles fonctions officielles ont des conséquences aussi graves, que (...) [l'arrestation] concerne des actes qu[e la personne] aurait accomplis avant d'occuper le poste de ministre des affaires étrangères ou des actes accomplis dans le cadre de ses fonctions.»³⁰⁰.

²⁹⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 65, par. 1) du commentaire relatif à l'article premier. Il convient de noter que si l'on trouve des termes différents pour faire référence à la même catégorie d'actes dans les versions espagnole et française («hecho» et «fait», respectivement), les termes employés coïncident dans l'extrait du commentaire de la Commission reproduit ci-dessus.

³⁰⁰ *Mandat d'arrêt...*, par. 55.

En tout état de cause, il convient de noter que, comme la Cour internationale de Justice l'a également indiqué dans la même affaire, l'immunité *ratione personae* revêt un caractère procédural et ne saurait être interprétée comme une exonération de la responsabilité pénale d'un chef de l'État, d'un chef de gouvernement ou d'un ministre des affaires étrangères qui peut être recherchée pour des actes commis pendant leur mandat ou antérieurement, mais uniquement comme une forme de suspension de l'exercice de la juridiction étrangère pendant la durée du mandat de ces hauts représentants³⁰¹. En conséquence, lorsque le mandat prend fin, les actes accomplis pendant l'exercice de ces fonctions ou antérieurement cessent d'être couverts par l'immunité *ratione personae* et peuvent, dans certains cas, être soumis à la juridiction pénale qui ne pouvait pas s'exercer pendant le mandat.

Enfin, il convient de noter que l'immunité *ratione personae* ne s'applique en aucun cas aux actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères après la fin de leur mandat. Puisqu'ils sont alors considérés comme un «ancien» chef d'État, un «ancien» chef de gouvernement ou un «ancien» ministre des affaires étrangères, cette immunité se sera éteinte lorsque le mandat aura pris fin.

7) Le paragraphe 3 traite de ce qu'il advient, après la fin du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, des actes qu'ils ont accomplis à titre officiel pendant qu'ils étaient en fonctions. Ce paragraphe part du principe que l'immunité *ratione personae* s'éteint lorsque le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères quittent ses fonctions. Par conséquent, rien ne subsiste de l'immunité *ratione personae*, après la fin du mandat de la personne qui en jouissait. Il faut cependant garder à l'esprit que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères peuvent avoir accompli à titre officiel, pendant leur mandat, des actes qui ne perdent pas ce caractère du seul fait que le mandat a pris fin et qui peuvent donc être couverts par l'immunité *ratione materiae*. Ce point n'est pas contesté sur le fond, même s'il trouve son expression sous des formes diverses dans la pratique étatique, conventionnelle et judiciaire³⁰².

Ainsi le paragraphe 3 contient une clause «sans préjudice» concernant l'applicabilité, dans certains cas, de l'immunité *ratione materiae* à ces actes. Cela ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* est prolongée après la fin du mandat des personnes qui en jouissaient, ce qui serait incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 du projet d'article. Et cela ne signifie pas non plus que l'immunité *ratione personae* devient une nouvelle forme d'immunité *ratione materiae* qui s'appliquerait automatiquement en vertu des dispositions du paragraphe 3. La Commission comprend la clause «sans préjudice» comme laissant simplement ouverte la possibilité que l'immunité *ratione materiae* s'applique à des actes accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères en leur qualité officielle et pendant leur mandat, lorsque cela est possible en vertu des règles régissant cette catégorie d'immunité. Le paragraphe 3 ne préjuge pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui sera développé dans la Troisième partie du présent projet d'articles.

³⁰¹ «L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale» (*Mandat d'arrêt...*, par. 60).

³⁰² Par exemple, en ce qui concerne l'immunité des membres de la mission diplomatique, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoit expressément que «l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission» (art. 39 2)), formule reprise dans la Convention sur les missions spéciales (art. 43 1)). En ce qui concerne la jurisprudence des États, les expressions employées sont très diverses, puisqu'il est parfois question d'une «immunité résiduelle» ou de la «continuité de l'immunité au titre des actes officiels» ou de formules analogues. Voir à ce sujet l'analyse réalisée par le secrétariat dans son étude de 2008 (A/CN.4/596, par. 137 et suiv.).

Chapitre VI

La protection des personnes en cas de catastrophe

A. Introduction

50. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La protection des personnes en cas de catastrophe» et a nommé M. Eduardo Valencia-Ospina Rapporteur spécial pour le sujet³⁰³. À la même session, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude sur le sujet, limitée dans un premier temps aux catastrophes naturelles.

51. À sa soixantième session (2008), la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/598), qui retraçait l'historique de la protection des personnes en cas de catastrophe et présentait les sources du droit sur le sujet ainsi que les précédents travaux de codification et de développement du droit en la matière. Le rapport contenait aussi une description générale des différents aspects du sujet, de façon à déterminer les grandes questions juridiques à couvrir et d'avancer des conclusions provisoires sans préjuger de l'issue des débats que le rapport était censé susciter entre les membres de la Commission. La Commission était également saisie d'une étude du Secrétariat axée principalement sur les catastrophes naturelles (A/CN.4/590 et Add.1 à 3), qui donnait un aperçu général des instruments et des textes juridiques en vigueur s'appliquant aux divers aspects de la prévention des catastrophes et des secours, ainsi que de la protection des personnes en cas de catastrophe.

52. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/615 et Corr.1), qui analysait la portée du sujet *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis*, examinait les questions relatives à la définition du terme «catastrophe» aux fins du sujet, et abordait l'étude de l'obligation fondamentale de coopérer. Le rapport proposait en outre trois projets d'article. La Commission était également saisie des réponses écrites du Bureau de la coordination des affaires humanitaires du Secrétariat de l'ONU et de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge aux questions qui leur avaient été adressées par la Commission en 2008.

53. À sa soixante-deuxième session (2010), à la 3057^e séance tenue le 4 juin 2010, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 1^{er} (Champ d'application), 2 (Objet), 3 (Définition du terme «catastrophe»), 4 (Relation avec le droit international humanitaire) et 5 (Obligation de coopérer), qui avaient été examinés lors de la précédente session. La Commission était également saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/629), qui donnait un aperçu des avis des États sur les travaux effectués par la Commission, examinait les principes sur lesquels se fonde la protection des personnes en cas de catastrophe et analysait la question de la responsabilité de l'État affecté. Le rapport proposait en outre trois autres projets d'article.

³⁰³ À sa 2929^e séance, le 1^{er} juin 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 375). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe D de son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10)).

54. À sa soixante-troisième session (2011), à la 3102^e séance tenue le 11 juillet 2011, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 6 (Principes humanitaires de la réaction en cas de catastrophe), 7 (Dignité humaine), 8 (Droits de l'homme) et 9 (Rôle de l'État affecté), qui avaient été examinés lors de la précédente session. La Commission était également saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/643 et Corr.1), qui examinait, entre autres, la responsabilité de l'État affecté de rechercher l'assistance quand ses moyens sont insuffisants, l'obligation de l'État affecté de ne pas refuser arbitrairement son consentement à recevoir l'assistance extérieure, et le droit de la communauté internationale d'offrir son assistance. Le rapport proposait trois autres projets d'article. La Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 10 (Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance) et 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure) à la 3116^e séance tenue le 2 août 2011, mais n'a pas été en mesure de conclure l'examen du projet d'article 12, faute de temps.

55. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/652), qui donnait un aperçu des avis des États sur les travaux effectués par la Commission, exposait brièvement la position du Rapporteur spécial sur la question posée par la Commission au chapitre III.C de son rapport annuel de 2011, et présentait de nouveaux développements sur l'obligation de coopérer. Le rapport contenait aussi un examen des conditions de la fourniture d'assistance et de la question de la cessation de l'assistance. Le Rapporteur spécial y proposait trois projets d'article supplémentaires. À sa 3152^e séance, le 30 juillet 2012, la Commission a pris note des projets d'articles 5 *bis* et 12 à 15, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.812).

B. Examen du sujet à la présente session

56. À la présente session, la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/662) consacré aux différents aspects de la prévention dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe, dont la prévention des risques de catastrophe, la prévention en tant que principe du droit international, et la coopération internationale en matière de prévention. Le rapport présentait en outre un aperçu des lois et politiques nationales. Le Rapporteur spécial proposait deux projets d'article: le projet d'article 5 *ter* (Coopération en matière de réduction des risques de catastrophe)³⁰⁴ et le projet d'article 16 (Obligation de prévention)³⁰⁵.

57. La Commission a examiné le sixième rapport de sa 3175^e à sa 3180^e séance, du 8 au 16 juillet 2013.

58. À sa 3180^e séance, le 16 juillet 2013, la Commission a renvoyé les projets d'articles 5 *ter* et 16 au Comité de rédaction.

³⁰⁴ Le projet d'article 5 *ter* se lisait comme suit:

Coopération en matière de réduction des risques de catastrophe

La coopération consistera dans l'adoption de mesures censées réduire les risques de catastrophe.

³⁰⁵ Le projet d'article 16 se lisait comme suit:

Obligation de prévention

1. Les États entreprennent de réduire les risques de catastrophe en adoptant des mesures appropriées pour définir les responsabilités et les mécanismes de responsabilisation et établir les dispositifs institutionnels afin de prévenir de telles catastrophes, d'en atténuer les effets et de s'y préparer.

2. Ces mesures appropriées consistent notamment dans la réalisation d'évaluations multirisques, la collecte et la diffusion d'informations concernant les pertes et risques, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.

59. À la 3162^e séance, le 10 mai 2013, la Commission a adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 5 *bis* et 12 à 15, qui avaient été examinés lors de la précédente session. Elle a en outre adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 5 *ter* et 16, à sa 3187^e séance, le 26 juillet 2013 (sect. C.1 ci-dessous).

60. À ses 3190^e et 3191^e séances, les 2 et 5 août 2013, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles 5 *bis*, 5 *ter* et 12 à 16 (sect. C.2 ci-dessous).

C. Texte des projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

61. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après³⁰⁶.

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique à la protection des personnes en cas de catastrophe.

Article 2

Objet

L'objet du présent projet d'articles est de faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes, répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits.

Article 3

Définition du terme «catastrophe»

On entend par «catastrophe» une calamité ou une série d'événements provoquant des pertes massives en vies humaines, de graves souffrances humaines et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société.

Article 4

Relation avec le droit international humanitaire

Le présent projet d'articles ne s'applique pas aux situations auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables.

Article 5

Obligation de coopérer

En application du présent projet d'articles, les États doivent, selon le cas, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec les autres organisations non gouvernementales pertinentes.

³⁰⁶ Pour les commentaires des projets d'articles 1 à 5, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 331. Pour les commentaires des projets d'articles 6 à 11, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 289.

Article 5 bis**Formes de coopération**

Aux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques.

Article 5 ter**Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe**

La coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe.

Article 6**Principes humanitaires de la réaction en cas de catastrophe**

La réaction en cas de catastrophe intervient conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de la non-discrimination mais en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables.

Article 7**Dignité humaine**

En réagissant aux catastrophes, les États, les organisations intergouvernementales compétentes et les organisations non gouvernementales pertinentes respectent et protègent la dignité inhérente à la personne humaine.

Article 8**Droits de l'homme**

Les personnes affectées par les catastrophes ont droit au respect de leurs droits de l'homme.

Article 9**Rôle de l'État affecté**

1. L'État affecté a, en vertu de sa souveraineté, le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance sur son territoire.
2. L'État affecté a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision de tels secours et assistance.

Article 10**Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance**

Dans la mesure où une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention, l'État affecté a l'obligation de rechercher l'assistance d'autres États, de l'Organisation des Nations Unies, d'autres organisations intergouvernementales compétentes et d'organisations non gouvernementales pertinentes, selon qu'il y a lieu.

Article 11**Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure**

1. La fourniture de l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État affecté.
2. Le consentement à l'assistance extérieure ne peut pas être refusé arbitrairement.
3. Lorsqu'une assistance lui est offerte conformément au présent projet d'articles, l'État affecté doit, dans la mesure du possible, faire connaître sa décision au sujet de l'assistance offerte.

Article 12
Offres d'assistance

Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté pour faire face à une catastrophe. Les organisations non gouvernementales pertinentes peuvent aussi offrir leur assistance à l'État affecté.

Article 13
Conditions de fourniture de l'assistance extérieure

L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles applicables du droit international et au droit national de l'État affecté. Ces conditions doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes affectées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État affecté doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

Article 14
Facilitation de l'assistance extérieure

1. L'État affecté prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier:

a) Le personnel de secours civil et militaire, dans des domaines comme les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation; et

b) Les biens et l'équipement, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.

2. L'État affecté s'assure que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

Article 15
Cessation de l'assistance extérieure

L'État affecté et l'État qui lui prête assistance, et si nécessaire les autres acteurs qui lui prêtent assistance, se consultent au sujet de la cessation de l'assistance extérieure et de ses modalités. L'État affecté, l'État qui lui prête assistance, ou les autres acteurs qui lui prêtent assistance qui souhaitent cesser cette activité le notifient de manière appropriée.

Article 16
Obligation de prévention des risques de catastrophe

1. Chaque État prévient les risques de catastrophe en adoptant les mesures nécessaires et appropriées, y compris d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer.

2. Les mesures de prévention des risques de catastrophe incluent notamment la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.

2. Texte des projets d'article et commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-cinquième session

62. Le texte des projets d'article, ainsi que des commentaires y relatifs, provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-cinquième session est reproduit ci-après.

Article 5 *bis*

Formes de coopération

Aux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques.

Commentaire

1) Le projet d'article 5 *bis* vise à clarifier les diverses formes que peut revêtir la coopération entre les États affectés, les États qui leur prêtent assistance et les autres acteurs qui leur prêtent assistance, dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe. La coopération est définie en termes généraux dans le projet d'article 5, en tant que principe de base et obligation fondamentale de la protection des personnes en cas de catastrophe, car elle joue un rôle central dans les opérations de secours. Ce rôle essentiel de la coopération donne lieu à différentes formes de coopération pertinentes dans le contexte visé, qu'il convient de définir de manière plus détaillée. Le présent projet d'article vise donc à préciser le sens du projet d'article 5, sans créer d'obligations juridiques supplémentaires.

2) La liste des formes de coopération énumérées au projet d'article 5 *bis* – aide humanitaire, coordination des opérations de secours et communications internationales, et mise à disposition de personnel de secours, de matériel et fournitures de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques – s'inspire plus ou moins de la deuxième phrase du paragraphe 4 du projet d'article 17 du projet d'articles final sur le droit des aquifères transfrontières, qui élargit l'obligation générale de coopérer, énoncée à l'article 7 dudit projet d'articles, en décrivant la coopération requise dans les situations d'urgence³⁰⁷. Cette deuxième phrase du paragraphe 4 du projet d'article 17 se lit comme suit:

«Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.»³⁰⁸

Cette disposition ayant été rédigée par référence à un contexte similaire – la nécessité de coopérer lorsqu'une situation d'urgence touche un aquifère transfrontière –, la Commission a estimé que les termes employés constituaient un point de départ utile pour la rédaction du projet d'article 5 *bis*. Le texte de ce dernier a toutefois été adapté de sorte qu'il reflète convenablement le contexte et l'objet du présent projet d'articles, et qu'il couvre les principaux domaines de coopération visés dans les instruments internationaux régissant les interventions en cas de catastrophe. On retrouve un libellé analogue dans la Déclaration de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) relative à l'entraide mutuelle en cas de catastrophes naturelles, en date du 26 juin 1976, dans laquelle il est dit que les pays membres, en fonction de leurs capacités respectives, contribuent à améliorer les voies de communications entre eux pour faciliter les alertes en cas de catastrophe, les échanges

³⁰⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), chap. IV.E, par. 53 et 54.

³⁰⁸ *Ibid.*

d'experts et de stagiaires, l'échange d'informations et de documents, la distribution de matériel médical et la fourniture de services et de secours d'urgence³⁰⁹. Dans le même esprit, l'Assemblée générale énonce dans sa résolution 46/182 les domaines dans lesquels il serait utile que l'Organisation des Nations Unies assume un rôle de coordonnateur et encourage la coopération, et recommande ainsi d'établir une coordination en ce qui concerne «les personnels spécialisés et équipes de spécialistes techniques, ainsi que [l]es fournitures, matériels et services d'urgence»³¹⁰.

3) Le début du projet d'article 5 *bis* indique que les formes de coopération sont définies «aux fins du présent projet d'articles». Par conséquent, le projet d'article 5 *bis*, qui doit être lu à la lumière des autres projets d'article, vise l'objet du sujet dans son ensemble, tel qu'il est énoncé au projet d'article 2, à savoir «faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes, répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits». Dans le contexte du sujet considéré, le but ultime de l'obligation de coopérer et, partant, de toutes les formes de coopération mentionnées au projet d'article 5 *bis*, est la protection des personnes touchées par les catastrophes.

4) Si le projet d'article 5 *bis* met en avant certaines formes précises de coopération, la liste qu'il donne ne se veut pas exhaustive, mais indicative des principaux domaines dans lesquels la coopération peut être opportune en fonction des circonstances. Le caractère non exhaustif de la liste est mis en évidence par les termes «inclut notamment» et leur équivalent dans les autres langues officielles. La Commission a estimé que les formes de coopération mentionnées dans ce projet d'article correspondaient aux principaux domaines dans lesquels une coopération pouvait être justifiée, et qu'elles étaient suffisamment larges pour englober une grande variété d'activités de coopération. La coopération peut donc comprendre les activités mentionnées, mais pas exclusivement; d'autres formes de coopération non précisées dans le projet d'article ne sont pas exclues, comme l'aide financière, le transfert de technologie (dont l'imagerie satellite), la formation, le partage d'informations, les exercices de simulation conjoints et la planification commune.

5) Le projet d'article 5 *bis* indique les différentes formes de coopération possibles et n'entend pas imposer aux États affectés ou aux acteurs qui leur prêtent assistance une quelconque obligation juridique supplémentaire d'entreprendre des activités données. Les formes que prendra la coopération seront nécessairement fonction de divers facteurs, y compris, entre autres, de la nature de la catastrophe, des besoins des personnes sinistrées, et des capacités de l'État affecté et des acteurs de l'assistance. Tout comme le principe même de la coopération, les formes de coopération énoncées au projet d'article 5 *bis* impliquent une réciprocité, la coopération n'étant pas un acte unilatéral, mais un acte exigeant un comportement collaboratif de la part de plusieurs parties³¹¹. Ainsi, l'objet du projet d'article n'est pas d'énumérer les activités que peut entreprendre un État qui prête assistance, mais d'indiquer les domaines dans lesquels il peut être opportun d'harmoniser, par la concertation, les initiatives menées par l'État affecté et par les acteurs de l'assistance.

6) En outre, la coopération dans les domaines mentionnés doit s'opérer dans le respect des autres projets d'article. Par exemple, de même que la coopération visée au projet d'article 5, les formes de coopération visées au projet d'article 5 *bis* doivent être compatibles avec le projet d'article 9, qui reconnaît à l'État affecté, «en vertu de sa souveraineté», le rôle principal dans les opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe. La coopération doit également respecter l'exigence du consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure (projet d'article 11), ainsi que le droit qui est reconnu à

³⁰⁹ ASEAN Documents Series 1976.

³¹⁰ Par. 27.

³¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 331, commentaire du projet d'article 5, par. 6).

l'État affecté de poser des conditions opportunes à la fourniture de l'assistance extérieure, en particulier en ce qui concerne les besoins identifiés des personnes sinistrées et la qualité de l'assistance (projet d'article 13). La coopération est également visée au projet d'article 14, qui reconnaît à l'État affecté un rôle à jouer pour faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure aux personnes touchées par une catastrophe. Ainsi, et dans la mesure où le projet d'article 5 *bis* ne crée pas d'obligations juridiques supplémentaires, la relation entre l'État affecté, les États qui lui prêtent assistance et les autres acteurs de l'assistance, dans le cadre des formes de coopération susmentionnées, sera conforme aux autres dispositions du présent projet d'articles.

7) L'aide humanitaire est délibérément placée au premier rang des formes de coopération mentionnées au projet d'article 5 *bis*, car la Commission considère qu'elle revêt une importance primordiale dans le contexte des secours en cas de catastrophe. La deuxième catégorie – coordination des opérations de secours et communications internationales – se veut suffisamment large pour englober la plupart des initiatives de coopération entreprises durant la phase des secours et peut inclure la coordination, la supervision et la facilitation, du point de vue logistique, des activités et des déplacements du personnel de secours ainsi que du transport du matériel de secours et de l'échange d'informations relatives à la catastrophe. L'échange d'informations est souvent évoqué dans les instruments visant à favoriser la coopération pendant la phase de préparation aux catastrophes³¹², en tant que moyen de prévention permettant de réduire les risques de catastrophe, mais la communication et l'information sont utiles également pendant la phase des secours, pour surveiller l'évolution de la situation et faciliter la coordination des opérations de secours entre les différents acteurs. Plusieurs instruments couvrent la question des communications et du partage d'informations dans le contexte des secours en cas de catastrophe³¹³. Par «mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques», on entend la fourniture de toutes les ressources nécessaires aux interventions en cas de catastrophe. La référence au «personnel» peut viser la mise à disposition d'équipes – ou la coopération avec de telles équipes – de professionnels de la santé, de sauveteurs, d'ingénieurs et techniciens, de traducteurs et interprètes ou d'autres personnes participant aux activités de secours au nom d'un intervenant – l'État affecté, un État lui prêtant assistance ou un autre acteur de l'assistance. Le terme «ressources» englobe les compétences et les connaissances scientifiques, techniques et médicales ainsi que les équipements, les instruments, les médicaments et tout autre matériel pouvant être utile aux opérations de secours.

8) Le projet d'article 5 *bis* donne une liste des formes de coopération auxquelles il est possible d'avoir recours durant la phase des secours, ou durant la phase d'après catastrophe. Par conséquent, la teneur du projet d'article est sans préjudice de toute règle applicable à la

³¹² Voir, par exemple, l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (26 juillet 2005), ASEAN Documents Series 2005, p. 157 («l'Accord de l'ASEAN»), art. 18, par. 1.

³¹³ Voir, par exemple, la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, p. 5 («la Convention de Tampere»), art. 3 (qui recommande la «mise en œuvre d'équipement de télécommunication de Terre et par satellite pour prévoir et surveiller les risques naturels, les risques sanitaires et les catastrophes et pour fournir des informations y relatives» et le «partage des informations concernant les risques naturels, les risques sanitaires et les catastrophes entre les États parties et avec d'autres États et des entités autres que des États, et la diffusion de ces informations auprès du public et notamment des communautés exposées»), ainsi que les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe («Directives d'Oslo»), telles que révisées en 2006, par. 54. Voir également l'étude du Secrétariat, A/CN.4/590, par. 159 à 172.

coopération établie durant la phase antérieure à la catastrophe, notamment les activités de prévention des catastrophes, de préparation en prévision des catastrophes et d'atténuation de leurs conséquences.

Article 5 *ter*

Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe

La coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe.

Commentaire

1) Si le projet d'article 5 *bis* concerne les diverses formes que peut prendre la coopération durant la phase des secours ou celle qui suit la catastrophe, le projet d'article 5 *ter* indique que le champ d'application *ratione temporis* de l'obligation de coopérer, consacrée en termes généraux au projet d'article 5, englobe aussi la phase précédant la catastrophe. Ainsi, tandis que le projet d'article 5 *bis* traite de l'intervention face à une catastrophe, le projet d'article 5 *ter* porte sur la prévention des risques de catastrophe.

2) Cette disposition indique que la coopération visée concerne «l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe». Ce libellé doit être compris à la lumière des deux paragraphes du projet d'article 16, et en particulier de son paragraphe 2 qui envisage une série de mesures visant spécifiquement à prévenir les risques de catastrophe.

3) Le projet d'article 5 *ter* a été provisoirement adopté étant entendu que son adoption était sans préjudice de la place qui sera la sienne dans l'ensemble des projets d'article, y compris, en particulier, de la possibilité de l'incorporer en même temps que le projet d'article 5 *bis* dans un nouveau projet d'article 5 révisé. Ces questions ont été laissées en suspens et seront réglées lors de la phase finale de la première lecture des projets d'article.

Article 12

Offres d'assistance

Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté pour faire face à une catastrophe. Les organisations non gouvernementales pertinentes peuvent aussi offrir leur assistance à l'État affecté.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 traduit l'intérêt que la communauté internationale porte à la protection des personnes en cas de catastrophe, et qu'il faut considérer comme complémentaire du rôle principal reconnu à l'État affecté dans le projet d'article 9. C'est une expression du principe de solidarité qui sous-tend l'ensemble du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe et, en particulier, du principe de coopération consacré aux projets d'article 5 et 5 *bis*.

2) Le projet d'article 12 ne vise que les «offres» d'assistance, et non la «fourniture» proprement dite de cette assistance. Les offres, qu'elles soient faites de manière unilatérale ou en réponse à une demande, sont essentiellement volontaires et ne doivent pas être interprétées comme la reconnaissance de l'existence d'une quelconque obligation juridique de prêter assistance. L'offre d'assistance ne crée pas non plus pour l'État affecté une obligation d'acceptation. Conformément au principe fondamental de la souveraineté sur lequel repose l'ensemble du projet d'articles, un État affecté peut accepter en totalité ou en

partie, ou ne pas accepter, sous réserve de l'article 11, les offres d'assistance émanant d'États ou d'acteurs non étatiques³¹⁴.

L'obligation de faire les offres d'assistance «conformément au présent projet d'articles» signifie, entre autres, que lesdites offres ne peuvent pas avoir un caractère discriminatoire ni être subordonnées à des conditions inacceptables pour l'État affecté.

3) Les offres d'assistance qui sont conformes au présent projet d'articles ne peuvent être considérées comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'État affecté. Cette conclusion concorde avec la résolution sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, adoptée en 1989 par l'Institut de droit international:

«L'offre, par un État, un groupe d'États, une organisation internationale ou un organisme humanitaire impartial tel que le Comité international de la Croix-Rouge [...], de secours alimentaires ou sanitaires à un État dont la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé ne saurait être considérée comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de cet État.»³¹⁵

4) Le projet d'article 12 aborde la question des offres d'assistance faites par des tiers aux États affectés, en énumérant dans deux phrases distinctes les acteurs les plus susceptibles de formuler de telles offres lorsqu'une catastrophe s'est produite. Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes sont mentionnés dans la première phrase, tandis que les organisations non gouvernementales le sont dans la seconde. La Commission a décidé d'employer une formulation différente dans chacune des deux phrases. Dans la première, elle choisit de dire que les acteurs en question «ont le droit d'offrir leur assistance», afin d'insister sur ce point. Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales non seulement ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté, mais sont également encouragés à le faire. Par contre, s'agissant des organisations non gouvernementales, dans la deuxième phrase, la Commission choisit de dire que celles-ci «peuvent aussi offrir leur assistance à l'État affecté», de façon à souligner la distinction de nature et de statut juridique qui existe entre ces organisations et les États et organisations intergouvernementales.

5) La deuxième phrase du projet d'article 12 reconnaît le rôle important des organisations non gouvernementales qui, de par leur nature, leur présence et leurs compétences, sont bien placées pour fournir une assistance dans une situation de catastrophe. La place des acteurs non gouvernementaux et autres dans la conduite des opérations de secours n'est pas une nouveauté en droit international. Les Conventions de Genève de 1949 prévoyaient déjà que dans les situations de conflit armé:

«Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.»³¹⁶

³¹⁴ Pour les vues exprimées au sujet du projet d'article 12, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 278 à 283. Voir également *ibid.*, par. 44 et A/CN.4/652, par. 55 à 78.

³¹⁵ Institut de droit international, session de Saint-Jacques de Compostelle, «La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États», 13 décembre 1989, art. 5.

³¹⁶ Voir, par exemple, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 970, p. 31, art. 3 (par. 2).

De même, le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève dispose que:

«Les sociétés de secours situées dans le territoire de la Haute Partie contractante, telles que les organisations de la Croix-Rouge (Croissant-Rouge, Lion-et-Soleil-Rouge) pourront offrir leurs services en vue de s'acquitter de leurs tâches traditionnelles à l'égard des victimes du conflit armé. La population civile peut, même de son propre chef, offrir de recueillir et soigner les blessés, les malades et les naufragés»³¹⁷.

L'importante contribution des organisations non gouvernementales, qui agissent pour des motifs strictement humanitaires, aux interventions en cas de catastrophe a été soulignée par l'Assemblée générale dans sa résolution 43/131 en date du 8 décembre 1988, intitulée «Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre», dans laquelle l'Assemblée, entre autres, invite tous les États affectés à «faciliter la mise en œuvre par ces organisations de l'assistance humanitaire, notamment l'apport de nourriture, de médicaments et de soins médicaux, pour lesquels un accès aux victimes est indispensable» et lance un appel «à tous les États pour qu'ils apportent leur appui à ces mêmes organisations dans leur action d'assistance humanitaire, là où elle est nécessaire, aux victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre»³¹⁸.

Article 13 **Conditions de fourniture de l'assistance extérieure**

L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles applicables du droit international et au droit national de l'État affecté. Ces conditions doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes affectées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État affecté doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 vise les cas où les États affectés posent des conditions à la fourniture d'une assistance extérieure sur leur territoire. Il réaffirme le droit qu'ont ces États d'imposer des conditions à une telle assistance, dans le respect du présent projet d'articles et des règles applicables du droit international et national. Il précise la manière dont ces conditions doivent être établies. La nature des conditions doit être définie en fonction des besoins identifiés des personnes sinistrées et de la qualité de l'assistance. Le projet d'article exige également de l'État affecté qu'il indique, lorsqu'il formule des conditions, la portée et le type de l'assistance requise.

2) Le projet d'article 13 renforce le principe consacré au projet d'article 9, qui reconnaît le rôle premier de l'État affecté dans la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours et de l'assistance sur son territoire. En disant que l'État affecté «peut poser des conditions», ce qui est conforme au caractère consensuel de la fourniture de l'assistance, le projet d'article 13 reconnaît le droit de cet État d'établir des conditions à ladite assistance, de préférence avant la survenance d'une catastrophe, mais aussi à l'égard de formes spécifiques d'assistance fournies par des acteurs particuliers au cours de la phase d'intervention. La Commission qualifie ici l'assistance d'«extérieure», parce que la présente disposition vise l'assistance fournie par des États tiers ou d'autres acteurs prêtant

³¹⁷ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17513, p. 609, art. 18 (par. 1).

³¹⁸ Voir la résolution 43/131 de l'Assemblée générale en date du 8 décembre 1988, par. 4 et 5.

assistance, comme les organisations internationales, mais non pas celle qui est fournie par des sources internes, telles que les organisations non gouvernementales nationales.

3) Le projet d'article 13 limite le droit d'un État affecté de poser des conditions à l'assistance, ce droit devant être exercé conformément aux règles de droit applicables. La deuxième phrase définit le cadre juridique dans lequel les conditions peuvent être imposées, à savoir «[le] présent projet d'articles, [les] règles applicables du droit international et [le] droit national de l'État affecté». La Commission a ajouté «le présent projet d'articles» afin de souligner que toutes les conditions posées doivent être compatibles avec les principes énoncés dans les articles précédents et suivants, sans qu'il soit nécessaire d'énumérer de nouveau les principes humanitaires et juridiques déjà traités ailleurs, tels que, notamment, la bonne foi, la souveraineté et les principes humanitaires visés au projet l'article 6, à savoir l'humanité, la neutralité, l'impartialité et la non-discrimination.

4) La référence au droit national rappelle que les lois nationales font autorité dans la zone sinistrée. Cependant, elle n'implique pas l'existence préalable d'une législation nationale réglementant expressément les conditions susceptibles d'être posées par un État affecté en cas de catastrophe. Même s'il n'est pas nécessaire qu'une législation nationale spécifique existe déjà lorsque les conditions sont fixées, celles-ci doivent néanmoins être conformes à toute disposition interne pertinente en vigueur dans l'État affecté.

5) L'État affecté et l'acteur qui lui prête assistance doivent tous deux se conformer aux règles applicables du droit national. L'État affecté ne peut imposer que des conditions compatibles avec ces règles, et l'acteur qui lui prête assistance doit respecter celles-ci à tout moment pendant toute la durée de l'assistance. Cette réciprocité n'est pas mentionnée de manière explicite dans le projet d'article car elle est inhérente au principe général du respect du droit national. Les accords internationaux existants confirment l'obligation des acteurs de l'assistance de se conformer au droit national. Par exemple, l'Accord de l'ASEAN dispose à son article 13 (par. 2) que «[l]es membres de l'opération d'assistance respectent et observent toutes les lois et réglementations nationales». Plusieurs autres accords internationaux exigent des acteurs prêtant assistance qu'ils respectent le droit national³¹⁹ ou qu'ils agissent conformément au droit de l'État affecté³²⁰.

6) Le devoir de respecter le droit national qui incombe aux acteurs de l'assistance implique que les participants aux opérations de secours observent les lois et réglementations nationales de l'État affecté³²¹, que le responsable des opérations de secours prenne toutes les mesures voulues pour assurer le respect des lois et réglementations nationales de l'État affecté³²², et que le personnel prêtant assistance coopère avec les

³¹⁹ Voir, par exemple, la Convention interaméricaine visant à faciliter l'assistance en cas de catastrophe, 1991, art. VIII et XI d), et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, 1986, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1457, n° 24643, p. 133, art. 8 (par. 7).

³²⁰ *Ibid.*; Accord entre les Gouvernements des États membres de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire relatif à la collaboration en matière d'aide et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe naturelle ou due à l'homme, 1998, art. 5 et 9.

³²¹ Voir, par exemple, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, 17 mars 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2105, n° 36605, p. 457, annexe X (par. 1) («Le personnel participant à l'opération d'assistance agit conformément à la législation pertinente de la Partie qui demande l'assistance»).

³²² Voir, par exemple, l'Accord de l'ASEAN, dont l'article 13 (par. 2) dispose que «[l]e responsable de l'opération d'assistance prend toutes les mesures voulues pour assurer le respect de la législation et de la réglementation nationales».

autorités nationales³²³. L'obligation de respecter les lois et de coopérer avec les autorités nationales de l'État affecté est conforme au principe général de la souveraineté de l'État affecté et du principe de coopération.

7) Le droit de poser des conditions à l'assistance traduit le droit qui est reconnu à l'État affecté de refuser une assistance non souhaitée ou non nécessaire et de déterminer quelle assistance est appropriée et à quel moment. La troisième phrase du projet d'article 13 explique ce qui est attendu des conditions posées par les États affectés, à savoir qu'elles doivent «prendre en compte» non seulement les besoins identifiés des personnes touchées par la catastrophe, mais aussi la qualité de l'assistance. Néanmoins, l'expression «prendre en compte» n'implique pas que les conditions liées aux besoins identifiés et à la qualité de l'assistance soient les seules que les États puissent poser à la fourniture de l'assistance extérieure.

8) La Commission a ajouté le terme «identifiés» pour indiquer que les besoins doivent être apparents au moment où les conditions sont posées, et qu'ils peuvent changer à mesure que la situation sur le terrain évolue et que de nouvelles informations sont disponibles. Cela signifie que les conditions posées ne doivent pas être arbitraires mais formulées dans le but de protéger les personnes touchées par la catastrophe. Le terme «identifiés» indique qu'il doit y avoir une procédure quelconque permettant de connaître les besoins, par exemple une évaluation, conduite de préférence en concertation avec les acteurs de l'assistance. La procédure d'identification des besoins n'est toutefois pas prédéterminée et l'État affecté reste libre de suivre la plus appropriée. Il s'agit là d'une obligation flexible qui sera remplie en fonction des circonstances de la catastrophe et des capacités de l'État affecté. Les besoins identifiés ne devraient en aucun cas entraver ou retarder la fourniture prompte et effective de l'assistance. La disposition énoncée à la troisième phrase du projet d'article 13 vise à «répon[dre] aux besoins essentiels des personnes intéressées» en cas de catastrophe, ainsi que le requiert le projet d'article 2, et doit être vue comme une protection supplémentaire des droits et des besoins des victimes de catastrophes. La référence aux «besoins» dans ces deux projets d'article est suffisamment large pour comprendre les besoins spécifiques des femmes, des enfants, des personnes âgées, des handicapés et des groupes ou personnes vulnérables ou défavorisés.

9) La notion de «qualité» a été introduite pour garantir aux États affectés le droit de refuser une assistance qui n'est pas nécessaire ou qui peut être néfaste. Les conditions posées peuvent consister en restrictions motivées par des questions de sécurité, de sûreté, d'alimentation et de pertinence culturelle, entre autres.

10) Le projet d'article 13 contient une disposition concernant «la portée et le type de l'assistance requise», dans le même esprit que les dispositions similaires qui sont énoncées dans des accords internationaux antérieurs³²⁴. Le projet d'article souligne qu'il incombe à l'État affecté de préciser le type et la portée de l'assistance requise, en disant qu'il «doit [les] indiquer», lorsqu'il pose des conditions à la fourniture de cette assistance. En même temps, cela laisse entendre qu'une fois fixés, le type et la portée de l'assistance seront communiqués aux autres acteurs susceptibles de fournir celle-ci, ce qui facilitera la concertation. Cela permettra de rendre la procédure d'assistance plus efficace, et de garantir que l'assistance voulue parvienne en temps utile à ceux qui en ont besoin.

³²³ Voir, par exemple, Peter MacAlister-Smith, *Projet de directives internationales pour les opérations d'aide humanitaire* (Heidelberg, Allemagne: Institut Max Planck de droit public comparé et de droit international, 1991), par. 22 b): «à tout moment au cours des opérations d'assistance humanitaire, le personnel chargé de cette assistance ... coopère avec l'autorité compétente désignée du pays bénéficiaire».

³²⁴ Voir, par exemple, la Convention de Tampere, art. 4 (par. 2): «Un État partie demandeur d'une assistance en matière de télécommunication précise l'ampleur et le type d'assistance requise.».

11) La Commission a examiné plusieurs possibilités pour le choix du verbe correspondant au terme «conditions». Elle a décidé d'en employer deux différents, «poser» et «formuler», pour des considérations stylistiques qui n'impliquent aucune différence de sens.

Article 14

Facilitation de l'assistance extérieure

1. L'État affecté prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier:

a) Le personnel de secours civil et militaire, dans des domaines comme les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation; et

b) Les biens et l'équipement, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.

2. L'État affecté s'assure que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 traite de la facilitation de l'assistance extérieure. Il vise à garantir que la législation nationale permette la fourniture d'une assistance prompte et effective. À cet effet, il demande à l'État affecté de s'assurer également que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux acteurs de l'assistance.

2) Le projet d'article dispose que les États affectés doivent prendre «des mesures nécessaires» pour faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance. Les «mesures nécessaires», que l'État concerné doit prendre «dans le cadre de son droit national», peuvent être notamment d'ordre législatif, exécutif et administratif. Il peut s'agir également d'actions entreprises en vertu de la législation d'urgence, ainsi que de l'adaptation ou de la suspension acceptable, à titre temporaire, de l'application de certaines lois ou réglementations nationales, le cas échéant. En formulant ainsi le projet d'article, la Commission encourage les États à permettre la non-application temporaire du droit national en cas de catastrophe, ainsi que l'ajout de dispositions appropriées dans le droit national, de façon à ne pas créer une incertitude juridique pendant la période critique qui suit une catastrophe, lorsque des dispositions d'urgence de cette sorte sont nécessaires.

3) Le projet d'article 14 donne des exemples de domaines d'assistance dans lesquels le droit national devrait permettre que les mesures voulues soient prises. L'expression «en particulier», avant l'énumération des exemples, montre qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, mais plutôt une illustration des différents domaines auxquels le droit national devrait s'intéresser afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance.

4) L'alinéa a) concerne le personnel de secours. En mentionnant explicitement le personnel de secours tant civil que militaire, la Commission reconnaît que l'armée joue souvent un rôle clef dans les interventions en cas de catastrophe. Les personnels de secours militaire sont ceux qui participent à la fourniture d'une assistance humanitaire. Les exemples de domaines donnés dans cet alinéa permettent d'avoir une idée de la façon dont on peut faciliter la participation de ce personnel. L'octroi de privilèges et immunités aux acteurs de l'assistance est une mesure importante, prévue par nombre d'accords internationaux pour encourager les travailleurs humanitaires étrangers à apporter leur

concours³²⁵. La suppression ou l'accélération des formalités de visa, d'entrée sur le territoire et de permis de travail sont des mesures nécessaires pour garantir qu'une assistance soit fournie sans délai³²⁶. En l'absence de régime spécial, les travailleurs humanitaires risquent d'être retenus aux frontières ou de ne pas pouvoir travailler légalement pendant les jours critiques qui suivent une catastrophe, ou être contraints de partir et revenir continuellement afin de ne pas dépasser la durée de leur visa. La liberté de circulation signifie que les travailleurs humanitaires doivent pouvoir se déplacer librement à l'intérieur de la zone sinistrée pour s'acquitter convenablement de leurs fonctions expressément convenues³²⁷. Les États affectés peuvent restreindre l'accès à certains endroits sensibles tout en autorisant une libre circulation dans la zone concernée. En restreignant sans nécessité les déplacements du personnel de secours, on réduit la capacité de celui-ci de fournir une assistance modulable.

5) L'alinéa b) concerne les biens et l'équipement, ce qui englobe la totalité des fournitures, outils, machines, denrées alimentaires, médicaments et autres objets nécessaires aux opérations de secours. La Commission considère qu'il convient d'inclure dans cette catégorie les chiens de recherche, habituellement assimilés aux biens et équipements, plutôt que de créer une catégorie distincte pour les animaux. Les biens et l'équipement sont essentiels pour faciliter une assistance effective, et les législations nationales doivent être souples à cet égard pour répondre aux besoins des personnes victimes d'une catastrophe et garantir la prompte fourniture de l'assistance. La réglementation douanière et les droits de douane, ainsi que les règles en matière d'imposition, devraient être supprimés ou réduits afin de diminuer les coûts et d'éviter les retards dans l'acheminement des biens³²⁸. Les biens et l'équipement peuvent perdre rapidement de leur utilité s'ils arrivent en retard, et des procédures normales mises en place pour protéger les intérêts économiques d'un État peuvent devenir un obstacle lorsqu'elles s'appliquent à du matériel de secours qui peut sauver des vies ou apporter une aide nécessaire.

6) Le deuxième paragraphe du projet d'article 14 dispose que toutes les législations et réglementations pertinentes doivent être facilement accessibles aux acteurs de l'assistance. Par l'expression «facilement accessibles», on entend que les lois en question doivent être faciles d'accès sans que l'État affecté se voie pour autant imposer la charge de fournir physiquement cette information à tous les acteurs de l'assistance individuellement.

³²⁵ Voir, par exemple, la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile, du 22 mai 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2172, n° 38131, p. 213, art. 4 (par. 5): «L'État bénéficiaire accordera, dans le cadre de ses lois nationales, tous les privilèges, immunités et facilités nécessaires à l'accomplissement de l'assistance.».

³²⁶ La Ligue des sociétés de la Croix-Rouge a noté de longue date que les dispositions en matière de visa et d'entrée sur le territoire imposaient «une procédure requérant beaucoup de temps, qui souvent retarde l'envoi de délégués et d'équipes de cette nature», retardant de ce fait l'aide indispensable que l'État affecté a le devoir de fournir. Résolution du Conseil des gouverneurs de la Ligue des sociétés de la Croix-Rouge, adoptée à sa trente-troisième session, Genève, 28 octobre-1^{er} novembre 1975.

³²⁷ Voir la règle 16 des Règles types pour les opérations de secours en cas de catastrophe, 1982, Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche, *Policy and Efficacy Studies n° 8* (numéro de vente: E.82.XV.PE/8), annexe A, qui dispose que l'État affecté doit assurer au personnel d'assistance la liberté d'accès aux zones sinistrées et la liberté de circulation à l'intérieur de celles-ci, dans la mesure où il en a besoin pour s'acquitter de ses fonctions expressément convenues.

³²⁸ Plusieurs traités internationaux insistent sur ce point; voir, par exemple, la Convention de Tampere (art. 9, par. 4), et l'Accord de l'ASEAN (art. 14 b)).

Article 15

Cessation de l'assistance extérieure

L'État affecté et l'État qui lui prête assistance, et si nécessaire les autres acteurs qui lui prêtent assistance, se consultent au sujet de la cessation de l'assistance extérieure et de ses modalités. L'État affecté, l'État qui lui prête assistance, ou les autres acteurs qui lui prêtent assistance qui souhaitent cesser cette activité le notifient de manière appropriée.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 concerne la question de la cessation de l'assistance extérieure. La disposition se compose de deux phrases. La première exige de l'État affecté et de l'État qui lui prête assistance, ainsi que, le cas échéant, des autres acteurs qui lui prêtent assistance, qu'ils se consultent mutuellement au sujet de la cessation de l'assistance extérieure, y compris en ce qui concerne les modalités de cette cessation. La deuxième phrase exige des parties souhaitant mettre un terme à l'assistance qu'elles notifient cette cessation de manière appropriée.

2) Un État affecté qui accepte une offre d'assistance reste maître de la durée pendant laquelle cette assistance est fournie. Le projet d'article 9 reconnaît explicitement, au paragraphe 2, que l'État affecté a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours et de l'assistance sur son territoire. Le projet d'article 11 dispose quant à lui que l'État affecté doit consentir à l'assistance extérieure, en signalant toutefois que ce consentement ne peut être refusé arbitrairement. La portée conjuguée de ces dispositions signifie que l'État affecté peut retirer son consentement, faisant ainsi cesser l'assistance extérieure et mettant un terme au régime juridique en vertu duquel elle était fournie.

3) Le projet d'article 15 cherche à créer un équilibre entre le droit de l'État affecté de mettre fin à l'assistance extérieure et la position des acteurs de l'assistance, en vue de garantir une protection adéquate aux personnes victimes de catastrophes. C'est pourquoi la disposition ne reconnaît pas au seul État affecté un droit unilatéral de cessation. Au contraire, la Commission reconnaît que les États prêtant assistance et les autres acteurs de l'assistance peuvent eux-mêmes avoir besoin de mettre fin à leurs activités d'assistance. Le projet d'article 15 préserve ainsi le droit de toute partie de faire cesser l'assistance fournie, étant entendu que cette cessation se fait en concertation avec les autres États ou acteurs, selon le cas.

4) L'expression «acteurs qui lui prêtent assistance» s'inspire des instruments existants³²⁹ et désigne les organisations internationales et les organisations non gouvernementales qui fournissent des secours et une assistance en cas de catastrophe, sous réserve de la définition qui pourrait en être donnée dans un article consacré aux termes employés. Tel qu'il est libellé, le projet d'article 15 évoque une relation bilatérale, mais n'exclut pas le cas où une assistance extérieure serait fournie par de multiples acteurs.

5) L'obligation de consultation traduit l'esprit de solidarité et de coopération qui est implicite dans l'ensemble du projet d'articles, et au principe de coopération consacré aux projets d'article 5 et 5 bis. La Commission envisage qu'il puisse devenir nécessaire de mettre fin à la fourniture de l'assistance pour diverses raisons et à différents stades de cette assistance. Les opérations de secours peuvent atteindre un stade où il devient approprié,

³²⁹ Art. 12 des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe, adoptées à la trentième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26 au 30 novembre 2007, document 30IC/07/R4, annexe et annotations.

soit pour l'État affecté soit pour une ou plusieurs des parties prêtant assistance, de cesser les opérations. Les situations conduisant à la cessation de l'assistance peuvent être notamment l'épuisement des ressources des acteurs prêtant assistance, ou la survenance d'une autre catastrophe exigeant une réaffectation des ressources. Le projet d'article 15 offre une certaine souplesse du fait qu'il permet d'adapter la durée de l'assistance en fonction des circonstances, tout en laissant entendre que les parties devraient se concerter de bonne foi. En tout état de cause, il convient de lire le projet d'article 15 en tenant compte de l'objet du projet d'articles tel qu'il est énoncé au projet d'article 2; par conséquent, il convient de prendre les décisions concernant la cessation de l'assistance en tenant compte des besoins des personnes sinistrées, autrement dit, en vérifiant s'il a été pourvu à ces besoins et dans quelle mesure.

6) Le terme «modalités» fait référence aux procédures qui doivent être suivies pour mettre fin à l'assistance. Même si la cessation réciproque n'est pas toujours possible, une concertation quant aux modalités devrait permettre aux parties concernées de procéder plus facilement à une cessation amiable et efficace.

7) La deuxième phrase du projet d'article 15 impose une obligation de notification à la partie qui souhaite mettre fin à l'assistance extérieure. Une notification appropriée est nécessaire pour préserver une certaine stabilité de la situation, de sorte qu'une cessation soudaine de l'assistance ne porte préjudice à aucune partie. Le libellé de la disposition est souple, de façon à permettre que la notification soit faite avant, pendant ou après les consultations. Aucune contrainte n'est imposée quant à la procédure de notification. Cependant, celle-ci doit être «appropriée» au vu des circonstances, notamment ce qui concerne sa forme et le moment où elle est faite, de préférence à l'avance.

Article 16

Obligation de prévention des risques de catastrophe

1. Chaque État prévient les risques de catastrophe en adoptant les mesures nécessaires et appropriées, y compris d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer.

2. Les mesures de prévention des risques de catastrophe incluent notamment la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 traite de l'obligation de prévenir les risques de catastrophe. Il comprend deux paragraphes. Le paragraphe 1 énonce l'obligation fondamentale de réduire les risques de catastrophe en prenant certaines mesures, et le paragraphe 2 donne une liste indicative de ces mesures.

2) Le projet d'article 16 répond à la nécessité d'envisager, dans le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, non seulement l'intervention en cas de catastrophe mais aussi les obligations des États avant qu'une catastrophe ne survienne. La notion de prévention des risques de catastrophe a son origine dans les résolutions de l'Assemblée générale et a été développée lors de la Conférence mondiale de 1994 sur la prévention des catastrophes naturelles tenue à Yokohama³³⁰, dans le Cadre d'action de

³³⁰ Voir *Stratégie et Plan d'action de Yokohama pour un monde plus sûr: Directives pour la prévention des catastrophes naturelles, la préparation aux catastrophes et l'atténuation de leurs effets*, A/CONF.172/9, chap. I, résolution 1, annexe I.

Hyogo pour 2005-2015³³¹ adopté en 2005, et lors des quatre sessions du Dispositif mondial pour la réduction des risques de catastrophe, dont la dernière a eu lieu en mai 2013.

3) On peut lire dans la Déclaration de Hyogo (2005) qu'il est nécessaire «de promouvoir à tous les niveaux, depuis le niveau individuel jusqu'au niveau international, une culture de la prévention des catastrophes et de la résilience face à celles-ci... Les risques de catastrophe, les aléas et leur impact représentent une menace, mais la stratégie appropriée pour y faire face peut et devrait conduire à l'adoption de mesures visant à réduire les risques et les facteurs de vulnérabilité dans l'avenir». À la quatrième session du Dispositif mondial pour la réduction des risques de catastrophe, tenue en 2013, la Présidente a, dans sa déclaration de clôture, appelé l'attention sur le fait qu'«[i]l [était] de plus en plus largement reconnu que la prévention et la réduction des risques de catastrophe [étaient] une obligation juridique englobant l'évaluation des risques, la mise en place de systèmes d'alerte précoce ainsi que le droit d'accès à l'information sur les risques».

4) La règle énoncée au projet d'article 16 est tirée des sources de droit énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La Commission se fonde sur les principes fondamentaux de la souveraineté de l'État et de la non-intervention et s'inspire en même temps de principes du droit international des droits de l'homme, notamment l'obligation des États de respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie. La protection ne concerne pas seulement les violations effectives des droits de l'homme mais implique aussi une obligation positive, à la charge des États, de prendre les mesures nécessaires et appropriées qui permettent de prévenir de telles violations, d'où que vienne la menace. Plusieurs décisions de juridictions internationales le confirment, en particulier les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Öneryıldız c. Turquie*³³² et *Boudaïeva et autres c. Russie*³³³, dans lesquels la Cour a confirmé l'obligation de prendre des mesures préventives. De plus, le projet d'article 16 tient compte de principes du droit international de l'environnement, y compris le principe de la «diligence requise».

5) Un fondement juridique important du projet d'article 16 est la pratique largement répandue des États témoignant de leur engagement en faveur de la prévention des risques de catastrophe. Nombre d'entre eux ont conclu à cette fin des accords multilatéraux, régionaux et bilatéraux. Parmi les initiatives prises dans ce domaine, on peut citer: l'Accord de ASEAN³³⁴, le Plan d'action de Beijing pour l'atténuation des risques de catastrophe en Asie (2005), la Déclaration de Delhi sur la réduction des risques de catastrophe en Asie (2007), la Déclaration de Kuala Lumpur sur la réduction des risques de catastrophe en Asie (2008), la quatrième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe (2010) – qui a débouché sur la Déclaration d'Incheon sur la réduction des risques de catastrophe en Asie et dans le Pacifique (2010), la Feuille de route régionale d'Incheon et le Plan d'action pour la réduction des risques de catastrophe par l'adaptation aux changements climatiques en Asie et dans le Pacifique, réaffirmant le Cadre d'action et proposant des initiatives asiatiques en vue de l'adaptation au changement climatique et de

³³¹ *Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015: Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes*, A/CONF.206/6 et Corr.1, chap. I, résolution 2.

³³² Cour européenne des droits de l'homme, *Öneryıldız c. Turquie*, requête n° 48939, Grande Chambre, arrêt, 30 novembre 2004.

³³³ Cour européenne des droits de l'homme, *Boudaïeva et autres c. Russie*, requêtes n°s 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, Chambre (première section), arrêt, 20 mars 2008.

³³⁴ L'Accord de l'ASEAN est le premier traité international sur la réduction des risques de catastrophe à avoir été élaboré après l'adoption du Cadre d'action de Hyogo.

la prévention des risques de catastrophe compte tenu de la vulnérabilité de la région³³⁵ –, la Stratégie régionale africaine de prévention des catastrophes de l'Union africaine (2004), suivie d'un programme d'action pour sa mise en œuvre (initialement pour la période 2005-2010, mais prolongé par la suite jusqu'en 2015)³³⁶, quatre sessions de la Plate-forme régionale africaine pour la réduction des risques de catastrophe, dont la plus récente s'est tenue en 2013³³⁷, la Stratégie arabe pour la réduction des risques de catastrophe (2020) adoptée par le Conseil des ministres arabes chargés de l'environnement à sa vingt-deuxième session en décembre 2010³³⁸, et, enfin, le Communiqué de Nayarit sur les mesures à prendre pour renforcer la réduction des risques de catastrophe dans les Amériques (2011)³³⁹.

6) L'incorporation par les États de mesures de prévention des risques de catastrophe dans leurs politiques et ordres juridiques nationaux montre également qu'ils reconnaissent cet engagement. Il ressort d'une compilation de rapports nationaux de suivi sur la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo³⁴⁰ que 64 États ou régions indiquent avoir adopté des politiques spécifiques de prévention des risques de catastrophe, qui couvrent ainsi de manière uniforme tous les continents et parties du monde, y compris les principales zones à risque. Ces États sont les suivants: Algérie, Allemagne, Anguilla, Argentine, Arménie, Bangladesh, Bolivie (État plurinational de), Brésil, Canada, Cap-Vert, Chili, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fidji, Finlande, Géorgie, Ghana, Guatemala, Honduras, Îles Cook, Îles Marshall, Îles Vierges britanniques, Inde, Indonésie, Italie, Japon, Kenya, Liban, Madagascar, Malawi, Malaisie, Maldives, Maroc, Maurice, Mexique, Mongolie, Mozambique, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pérou, Pologne, République arabe syrienne, République démocratique populaire lao, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Samoa, Sénégal, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Vanuatu, Venezuela (République bolivarienne du). Plus récemment, le Secrétariat interinstitutions de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes a recensé 76 États qui s'étaient dotés d'une plate-forme nationale, qui s'entend de tout «mécanisme de coordination permettant de faire une place à la réduction des risques de catastrophe dans les politiques, la planification et les programmes de développement», pour mettre en œuvre des stratégies de prévention des risques de catastrophe³⁴¹. Plusieurs pays ont adopté une législation spécifique consacrée à la prévention des risques de catastrophe, sous forme de texte autonome ou de texte s'insérant dans un cadre juridique plus général concernant à la fois la gestion des risques de catastrophe et les interventions en cas de catastrophe. Tel est le cas notamment des États suivants: Algérie³⁴², Cameroun³⁴³, Chine³⁴⁴, République dominicaine³⁴⁵,

³³⁵ Pour le texte de la Déclaration, voir http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf.

³³⁶ Programme d'action élargi pour la mise en œuvre de la Stratégie régionale africaine de prévention des catastrophes (2006-2015), Introduction.

³³⁷ UNISDR, «*Africa seeks united position on disaster risk reduction*» (13 février 2013). Peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.unisdr.org/archive/31224>.

³³⁸ Pour le texte de la stratégie, voir http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf.

³³⁹ Pour le texte du communiqué, voir http://www.unisdr.org/files/18603_communiquenayarit.pdf.

³⁴⁰ Cadre d'action de Hyogo (2009-2011), priorité 1, indicateur de base 1.1.

³⁴¹ On trouvera, à l'adresse: <http://www.unisdr.org/partners/countries>, une liste régulièrement mise à jour des États ayant adopté une plate-forme nationale.

³⁴² Algérie: loi du 25 décembre 2004 relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable.

³⁴³ Cameroun: arrêté n° 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un Observatoire national des risques.

³⁴⁴ Chine: loi de 2002 relative à la prévention des catastrophes et aux interventions en cas de catastrophe.

El Salvador³⁴⁶, Estonie³⁴⁷, France³⁴⁸, Guatemala³⁴⁹, Haïti³⁵⁰, Hongrie³⁵¹, Inde³⁵², Indonésie³⁵³, Italie³⁵⁴, Madagascar³⁵⁵, Namibie³⁵⁶, Nouvelle-Zélande³⁵⁷, Pakistan³⁵⁸, Pérou³⁵⁹, Philippines³⁶⁰, République de Corée³⁶¹, Slovénie³⁶², Afrique du Sud³⁶³, Thaïlande³⁶⁴ et États-Unis d'Amérique³⁶⁵.

7) Le projet d'article 16 doit être lu conjointement avec les règles d'applicabilité générale adoptées à ce jour, y compris celles concernant principalement l'intervention en cas de catastrophe. La place qui sera finalement la sienne dans l'ensemble du projet d'articles sera décidée une fois la première lecture achevée.

Paragraphe 1

8) Le paragraphe 1 commence par les mots «Chaque État». La Commission a préféré cette formule à «Les États» pour des raisons de cohérence avec les projets d'article déjà adoptés, dans lesquels elle a pris soin de désigner l'État ou les États qui ont l'obligation juridique d'agir. Si dans les projets d'article traitant directement de l'intervention en cas de catastrophe, une distinction existe entre le ou les États affectés et les autres États, avant une catastrophe l'obligation en question s'impose à chaque État. De plus, comme il ressort du paragraphe 2, l'obligation de prévenir les risques appelle la prise de mesures essentiellement au niveau national. Les mesures de ce type qui nécessitent des contacts entre États ou avec d'autres acteurs internationaux sont censées être couvertes par

³⁴⁵ République dominicaine: décret n° 874-09 portant approbation du Règlement d'application de la loi n° 147-02 relative à la gestion des risques et portant abrogation des chapitres 1, 2, 3, 4 et 5 du décret n° 932-03 (2009).

³⁴⁶ El Salvador: loi de 2005 relative à la protection civile, à la prévention des catastrophes et à l'atténuation de leurs effets.

³⁴⁷ Estonie: loi de 2000 relative à la préparation aux situations d'urgence.

³⁴⁸ France: loi n° 2003-699 de 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

³⁴⁹ Guatemala: décret n° 109-96, loi portant création de la Commission nationale de coordination chargée de la prévention des catastrophes naturelles ou causées par l'homme (1996).

³⁵⁰ Haïti: Plan national de gestion des risques et des désastres (1988).

³⁵¹ Hongrie: loi n° LXXIV de 1999 relative à la gestion et à l'organisation en vue de la prévention des catastrophes et des accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

³⁵² Inde: loi n° 53 de 2005 relative à la gestion des catastrophes.

³⁵³ Indonésie: loi n° 24 de 2007 relative à la gestion des catastrophes.

³⁵⁴ Italie: décret du Premier Ministre portant création d'une plate-forme nationale pour la réduction des risques de catastrophe (2008).

³⁵⁵ Madagascar: décret n° 2005-866 de 2005 fixant les modalités d'application de la loi n° 2003-010 du 5 septembre 2003 relative à la politique nationale de gestion des risques et des catastrophes.

³⁵⁶ Namibie: loi de 2012 relative à la gestion des risques de catastrophe.

³⁵⁷ Nouvelle-Zélande: ordonnance portant création du Plan de gestion des situations d'urgence intéressant la défense civile nationale, 2005 (SR 2005/295), partie 3.

³⁵⁸ Pakistan: loi nationale de 2010 relative à la gestion des catastrophes. Voir également la déclaration officielle du Gouvernement pakistanais à la troisième session du Dispositif mondial pour la réduction des risques de catastrophe, en 2011, à l'adresse: <http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf>.

³⁵⁹ Pérou: loi n° 29664 de 2011 portant création du Système national de gestion des risques de catastrophe.

³⁶⁰ Philippines: loi nationale de 2006 relative à la gestion des risques de catastrophe.

³⁶¹ République de Corée: loi nationale de 1995 relative à la lutte contre les catastrophes et loi nationale de 2010 relative à la gestion des catastrophes.

³⁶² Slovénie: loi de 2006 relative à la protection contre les catastrophes naturelles et autres aléas.

³⁶³ Afrique du Sud: loi n° 57 de 2002 relative à la gestion des catastrophes.

³⁶⁴ Thaïlande: loi de 2007 relative à la prévention des catastrophes et à l'atténuation de leurs effets.

³⁶⁵ États-Unis d'Amérique: loi de 2000 relative à l'atténuation des effets des catastrophes.

l'article 5 *ter*. En d'autres termes, l'obligation s'applique à chaque État individuellement. C'est pourquoi la Commission a décidé de ne pas utiliser l'expression «les États», également pour éviter de donner à penser qu'il s'agit d'une obligation collective.

9) L'utilisation du présent signifie qu'il existe une obligation juridique internationale d'agir comme le prescrit le paragraphe et c'est là la manière la plus succincte d'exprimer cette obligation juridique. C'est ce que confirme le titre du projet d'articles, qui fait référence à l'«obligation» de prévenir les risques de catastrophe. Si tous les États ont la même obligation, il est néanmoins rendu compte, dans l'expression «en adoptant les mesures nécessaires et appropriées», des différences existant dans les moyens dont chacun dispose pour donner effet à cette obligation.

10) Il s'agit de l'obligation de «prévenir les risques de catastrophe»³⁶⁶. La Commission a adopté la formule actuelle pour tenir compte du fait que l'opinion contemporaine de la communauté internationale telle qu'exprimée dans plusieurs textes majeurs, et récemment encore dans la Déclaration de Hyogo adoptée en 2005 lors de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, est que l'accent doit être mis sur la prévention du risque qu'un aléa ne cause des dommages, par opposition à la prévention des catastrophes elles-mêmes. C'est pourquoi l'accent est mis au paragraphe 1 sur la prévention des risques de catastrophe. Il faut donc prendre certaines mesures pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer.

11) L'expression «en adoptant les mesures nécessaires et appropriées» indique le comportement spécifique qui est requis. Outre la précision supplémentaire qu'apportent les mots «d'ordre législatif et réglementaire» expliqués au paragraphe 13) ci-après, les «mesures» à prendre sont qualifiées de «nécessaires» et «appropriées», ce qui est conforme à la pratique en vigueur. Ce qui pourrait être «nécessaire et approprié» dans un cas particulier doit être apprécié du point de vue de l'objectif déclaré des mesures à prendre, à savoir «prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer», de manière à réduire les risques. Ceci doit être évalué dans le contexte plus large des moyens de l'État concerné et des ressources dont il dispose, comme indiqué au paragraphe 8) ci-dessus. L'obligation fondamentale de diligence est inhérente à l'expression «nécessaires et appropriées». Il est en outre entendu que l'efficacité des mesures en question est implicite dans cette formule.

12) Le paragraphe indique, par les mots «y compris d'ordre législatif et réglementaire», le contexte spécifique dans lequel les mesures doivent être prises. Le résultat envisagé consiste en plusieurs mesures concrètes qui sont généralement prises dans le contexte d'un cadre législatif ou réglementaire. C'est pourquoi, pour les États qui ne sont pas déjà dotés d'un tel cadre juridique, l'obligation générale de réduire les risques de catastrophe emporte l'obligation d'en mettre un en place afin de pouvoir prendre les mesures «nécessaires et appropriées». L'expression «d'ordre législatif et réglementaire» doit être entendue au sens large, comme englobant le maximum de types de mesures de nature juridique, puisqu'il est généralement admis que c'est la manière la plus commune et efficace de faciliter (d'où le mot «*through*» dans la version anglaise) la prise de mesures de réduction des risques de catastrophe au niveau national.

13) Les mots «y compris» indiquent que si les mesures «d'ordre législatif et réglementaire» sont peut-être les principales méthodes, il peut y avoir d'autres dispositions permettant de prendre de telles mesures. Les mots «y compris» ont été choisis pour que la disposition ne soit pas interprétée erronément comme exigeant toujours l'adoption et la mise en œuvre de mesures législatives et réglementaires spécifiques. Ceci laisse un certain

³⁶⁶ La Commission note l'existence d'une divergence d'opinions quant à la traduction française officielle par l'Organisation des Nations Unies de l'expression anglaise «*Disaster Risk Reduction*» (DRR).

pouvoir discrétionnaire à chaque État s'agissant de décider du type de cadre juridique applicable, étant entendu qu'être doté d'un cadre juridique anticipant la prise de «mesures nécessaires et appropriées» est une condition *sine qua non* de la prévention des risques de catastrophe. L'article défini «les» qui précède le terme «mesures» sert donc à préciser qu'il ne s'agit pas de mesures générales quelconques mais bien de mesures spécifiques et concrètes visant à prévenir les catastrophes, à en atténuer les effets et à s'y préparer.

14) L'expression «d'ordre législatif et réglementaire» sous-entend que des mécanismes de mise en œuvre et d'engagement de la responsabilité en cas de non-exécution soient définis dans le cadre de l'ordre juridique interne. Comme ces questions, bien qu'importantes, ne sont pas les seules pouvant faire l'objet de mesures législatives et réglementaires dans le domaine de la prévention des risques de catastrophe, les mentionner dans le texte du paragraphe 1 risquerait de nuire à la clarté.

15) La dernière mention, à savoir «pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer» décrit le but des mesures «nécessaires et appropriées» que les États doivent prendre avant qu'une catastrophe se produise, l'objectif ultime étant de prévenir les risques de catastrophe. Cette clause reprend la formule désormais largement acceptée qui est utilisée dans les principaux instruments relatifs à la prévention des risques de catastrophe. La Commission a tenu compte du fait qu'adopter une formulation différente risquait de donner lieu à des interprétations *a contrario* quant aux types d'activités attendues dans le projet d'article.

16) Pour illustrer le sens de chacun des trois mots utilisés, prévention, atténuation et préparation, la Commission estime opportun de citer la Terminologie pour la prévention des risques de catastrophe adoptée en 2009³⁶⁷ par la Stratégie internationale de prévention des catastrophes, selon laquelle:

i) «La prévention» est «l'ensemble d'activités permettant d'éviter complètement l'impact négatif des aléas...

La prévention (c'est-à-dire la prévention des catastrophes) exprime le concept et l'intention d'éviter complètement les effets négatifs éventuels par le biais de mesures prises à l'avance [...] Très souvent, l'absence totale de pertes n'est pas possible et la tâche se transforme en mesures d'atténuation. C'est en partie pour cette raison que les termes de prévention et d'atténuation sont parfois utilisés de manière interchangeable.»

ii) «Les mesures d'atténuation» visent «la réduction ou la limitation de l'impact négatif des aléas et des catastrophes...

Les effets néfastes des risques ne peuvent souvent pas être entièrement évités, mais leur ampleur ou leur gravité peuvent être considérablement réduites par différentes stratégies et actions ... Il convient de noter que dans le changement climatique, "l'atténuation" est définie différemment: il s'agit du terme utilisé pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui sont à l'origine du changement climatique.»³⁶⁸

iii) «L'état de préparation» consiste dans «les connaissances et les capacités développées par les gouvernements, les professionnels d'intervention et autres organisations concernées, les communautés et les individus, de manière à anticiper efficacement, à réagir et à récupérer, des impacts probables, imminents ou en cours...

³⁶⁷ Voir <http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>.

³⁶⁸ La Commission est consciente de la différence existant entre les termes «*mitigation*» et «atténuation des effets» utilisés officiellement à l'Organisation des Nations Unies en anglais et en français.

La préparation est réalisée dans le cadre de la gestion des risques de catastrophe et vise à renforcer les capacités nécessaires pour gérer efficacement tous les types de situations d'urgence et pour permettre une transition harmonieuse entre la réponse et la reprise soutenue. La préparation est basée sur une solide analyse des risques de catastrophe et de bonnes liaisons avec les systèmes d'alerte précoce ... [Les mesures à prendre] doivent être soutenu[e]s par les institutions, et des capacités juridiques et budgétaires.».

Paragraphe 2

17) Le paragraphe 2 énumère trois catégories de mesures de prévention des risques de catastrophe, à savoir: la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, et la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide. Comme indiqué au paragraphe 3), ces trois mesures ont été évoquées dans la déclaration de clôture de la Présidente de la quatrième session du Dispositif mondial pour la prévention des risques de catastrophe, en mai 2013. La Commission a décidé de se référer explicitement à ces trois exemples qui sont de nos jours les mesures les plus fréquentes de prévention des risques de catastrophe. Le mot «notamment» indique que la liste n'est pas exhaustive. Les trois mesures énumérées sont sans préjudice d'autres activités de prévention des risques de catastrophe qui sont en cours ou pourraient être entreprises à l'avenir.

18) Les mesures pratiques susceptibles d'être adoptées sont innombrables et dépendent de la situation sociale, environnementale, financière, culturelle et autre. La pratique des secteurs public et privé fournit des exemples en abondance, parmi lesquels on peut citer: la préparation et l'éducation au niveau communautaire, la mise en place de cadres institutionnels, la planification d'urgence, la création de mécanismes de surveillance, le contrôle de l'utilisation des sols, les normes de construction, la gestion des écosystèmes, les systèmes de drainage, le financement et l'assurance.

19) Les trois mesures consécutivement énumérées au paragraphe 2 ont une particularité commune: elles contribuent à l'élaboration et à l'applicabilité de beaucoup d'autres mesures, voire de toutes, par exemple en matière de prise de décisions, en ce qui concerne la définition de priorités ou la planification des investissements, dans les secteurs public comme privé.

20) La première mesure – *les évaluations des risques* – vise l'acquisition de connaissances concernant les aléas et les vulnérabilités. Ainsi, c'est la première étape de toute mesure raisonnable de prévention des risques de catastrophe. En l'absence de connaissances suffisamment solides des circonstances entourant les catastrophes et des caractéristiques de celles-ci, il n'est pas possible de prendre des mesures efficaces. Les évaluations des risques obligent également à se pencher de plus près sur les réalités locales et à impliquer les communautés locales.

21) La deuxième mesure – *la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé* – est l'étape suivante. La réduction des risques de catastrophe requiert l'intervention de tous les acteurs des secteurs public et privé et de la société civile. La collecte et la diffusion d'informations devraient permettre de disposer gratuitement d'informations sur les risques et les pertes subies dans le passé, ce qui contribue à l'efficacité de l'action. De telles informations permettent à toutes les parties prenantes d'assumer la responsabilité de leurs actes et de mieux définir les priorités aux fins de la planification; elles améliorent également la transparence des opérations et la surveillance et le contrôle publics. La Commission tient à souligner qu'il est souhaitable que des informations sur les risques et les pertes subies dans le passé soient diffusées et disponibles gratuitement, ce qui correspond à la tendance dominante, qui met l'accent sur l'accès du public à ces informations. La Commission, tout en constatant l'existence de cette

tendance, a estimé qu'il était préférable d'en traiter dans le commentaire plutôt que dans le paragraphe 2 lui-même, car en faire une obligation juridique uniforme pourrait gêner certains États.

22) La troisième mesure concerne *les systèmes d'alerte rapide*, qui permettent de déclencher et de mettre en œuvre des plans d'urgence, limitant ainsi l'exposition à un aléa; en tant que tels, ces systèmes sont une condition préalable à une préparation et une intervention efficaces.

23) Comme expliqué au paragraphe 11), le paragraphe 2 concerne la prise des mesures envisagées au niveau national. Tout élément interétatique sera couvert par l'obligation de coopérer énoncée à l'article 5, lu avec l'article 5 *ter*. C'est pourquoi l'étendue d'une éventuelle obligation juridique internationale relative à l'une quelconque des mesures énumérées ou aux autres mesures qui peuvent être prises pour prévenir les risques de catastrophe doit être déterminée au regard des accords ou arrangements spécifiques que chaque État a conclus en la matière avec d'autres acteurs avec lesquels il a l'obligation de coopérer.

Chapitre VII

Formation et identification du droit international coutumier

A. Introduction

63. La Commission, à sa soixante-quatrième session (2012), a décidé d'inscrire le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail, et a nommé M. Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet³⁶⁹. Au cours de la même session, la Commission a été saisie d'une note du Rapporteur spécial (A/CN.4/653)³⁷⁰. À la même session également, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet³⁷¹.

B. Examen du sujet à la présente session

64. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/663), ainsi que d'une étude du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/659). Elle a examiné le rapport de sa 3181^e à sa 3186^e séance, du 17 au 25 juillet 2013.

65. À sa 3186^e séance, le 25 juillet 2013, la Commission a décidé de renommer le sujet comme suit: «La détermination du droit international coutumier».

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport

66. Le premier rapport, qui avait essentiellement valeur d'introduction, se voulait le point de départ des travaux et débats futurs sur le sujet, et définissait de façon générale l'approche du sujet préconisée par le Rapporteur spécial. Il donnait notamment un bref aperçu des travaux antérieurs de la Commission utiles pour le sujet, et mettait en évidence certains points de vue exprimés par les délégations dans le cadre de la Sixième Commission durant la soixante-septième session de l'Assemblée générale. Le Rapporteur spécial y examinait aussi la délimitation du sujet et la forme que pourrait revêtir le résultat des travaux, ainsi que, sous certains aspects, la question du droit international coutumier comme source de droit. Il décrivait ensuite l'ensemble des sources à consulter, ainsi que le programme de travail proposé pour les futurs travaux sur le sujet.

67. En présentant son rapport, le Rapporteur spécial a souligné l'importance, pour l'examen du sujet, de l'analyse de la pratique des États dans tous les systèmes juridiques et dans toutes les régions du monde, ainsi que l'utilité des échanges de vues entre la Commission et d'autres organes et la communauté juridique dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a également estimé que l'étude préparée par le Secrétariat, qui présentait ceux des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être

³⁶⁹ À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 157). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe A de son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, p. 322 à 331).

³⁷⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 157 à 202.

³⁷¹ *Ibid.*, par. 159.

particulièrement utiles pour le sujet, serait un outil précieux. Les observations et les notes explicatives contenues dans ce mémorandum constitueraient d'importants points de référence pour les travaux futurs de la Commission.

68. Le Rapporteur spécial s'est dit pleinement conscient de la complexité du sujet et de la nécessité de le traiter avec prudence afin, notamment, de préserver la souplesse du processus coutumier. Il a rappelé que l'objectif des travaux de la Commission ne devait pas être d'examiner le fond du droit international coutumier ni de résoudre des différends purement théoriques quant à la base de ce droit. Il a au contraire proposé que la Commission s'attache à l'élaboration de conclusions assorties de commentaires sur l'identification des règles du droit international coutumier. Un tel résultat permettrait de fournir des orientations pratiques aux juges et aux juristes, en particulier à des non-spécialistes du droit international public.

69. Compte tenu de l'accent mis sur la méthode d'identification des règles coutumières, et vu la confusion suscitée quant au champ d'application du sujet par la référence à la «formation» dans l'intitulé, le Rapporteur spécial a suggéré de modifier celui-ci comme suit: «La détermination du droit international coutumier». Même si l'intitulé était ainsi modifié, les travaux de la Commission porteraient néanmoins sur l'examen des conditions de formation des règles du droit international coutumier, ainsi que des preuves matérielles de ces règles, ces deux éléments étant nécessaires à la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a en outre réaffirmé qu'il préférerait exclure le *jus cogens* du champ d'application du sujet.

70. S'agissant de la question du droit international coutumier comme source du droit international, le Rapporteur spécial s'est d'abord référé au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, considéré comme une énumération des sources du droit international faisant autorité. Le Rapporteur spécial a ensuite abordé la question des relations entre la coutume et les autres sources du droit international. Tout en faisant observer que les rapports entre droit international coutumier et droit conventionnel revêtaient une grande importance pratique, il a aussi noté que cette question était relativement bien comprise. À son avis, les rapports entre droit international coutumier et principes généraux de droit n'étaient pas toujours aussi nets et devaient faire l'objet d'un examen attentif de la Commission. Après avoir appelé l'attention de la Commission sur la nécessité d'adopter une terminologie cohérente, le Rapporteur spécial a proposé de consacrer une conclusion aux termes employés.

71. Le rapport comprenait aussi une liste indicative et non limitative de matériaux utiles pour l'examen du sujet, censés rendre compte de l'approche générale envers le processus de formation et d'identification du droit international coutumier. Après un premier examen de certains matériaux relatifs à la pratique des États, ainsi que de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours et tribunaux, le Rapporteur spécial a constaté à titre préliminaire qu'à quelques exceptions près, il ressortait de la quasi-totalité du matériau examiné que les deux éléments de la pratique des États et de l'*opinio juris* étaient considérés comme nécessaires à la formation d'une règle de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer qu'il serait intéressant d'analyser les travaux menés par d'autres organismes sur le sujet, comme ceux de l'Association de droit international, de l'Institut de droit international et du Comité international de la Croix-Rouge, ainsi que les débats et articles de doctrine ultérieurs.

72. Tout en indiquant que les deux projets de conclusion figurant dans le rapport confirmaient son intention de donner cette forme au résultat des travaux de la Commission, le Rapporteur spécial a estimé qu'il était prématuré de les renvoyer au Comité de rédaction. Il jugeait préférable de procéder à des consultations informelles en vue de parvenir à un accord sur l'intitulé du sujet et sur l'opportunité de traiter ou non la question du *jus cogens*.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

73. Il a été généralement convenu que les travaux de la Commission pourraient éclairer utilement le processus d'identification des règles du droit international coutumier. Les membres de la Commission ont largement appuyé l'idée d'élaborer un ensemble de conclusions assorties de commentaires, résultat pratique qui servirait de référence aux juristes et aux juges n'ayant pas une grande expérience du droit international public. Il a été souligné que le droit international coutumier conservait toute sa pertinence malgré la prolifération de traités et la codification de plusieurs domaines du droit international. Par ailleurs, les membres de la Commission étaient généralement d'avis que les travaux sur ce sujet ne devaient pas être exagérément prescriptifs, la souplesse du processus coutumier restant un aspect fondamental de celui-ci. L'accent a aussi été mis sur le caractère continuellement évolutif du droit international coutumier, l'apparition d'une règle ne mettant pas fin au processus de formation.

74. Certains membres ont fait valoir la nécessité de déterminer la valeur ajoutée susceptible d'être apportée au sujet par la Commission, et de distinguer les travaux sur ce sujet de ses travaux antérieurs et de ceux d'autres entités. On a dit à cet égard qu'il importait de distinguer les travaux de la Commission de travaux comparables entrepris par l'Association de droit international, et de préciser quelles lacunes la Commission pourrait combler.

75. Plusieurs membres ont relevé la complexité et la difficulté inhérentes au sujet. Il a été dit que les ambiguïtés entourant l'identification du droit international coutumier avaient été source d'insécurité et d'instabilité juridiques, et avaient suscité des arguments opportunistes ou de mauvaise foi quant à l'existence d'une règle de droit international coutumier. D'une manière générale, il était donc jugé utile de tenter de préciser le processus d'identification d'une règle de droit international coutumier.

b) Portée du sujet

76. L'intitulé du sujet soulevait une question préliminaire relative à sa délimitation. Plusieurs membres ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de changer l'intitulé «Formation et identification du droit international coutumier» pour qu'il devienne, en anglais, «*The identification of customary international law*», bien que plusieurs autres membres se soient dits également favorables au maintien de l'intitulé initial. D'autres titres ont également été proposés, dont «*The evidence of customary international law*» ou «*The determination of customary international law*». On a dit aussi que la Commission ne devrait pas aborder les aspects théoriques de la «formation», et que ce terme devrait donc être supprimé de l'intitulé. En définitive, il était généralement admis que même en cas de modification de l'intitulé, il restait important d'inclure les deux éléments de la formation et de l'identification du droit international coutumier dans le champ d'application du sujet.

77. Il a été généralement convenu que, dans ses travaux, la Commission devrait principalement s'attacher à préciser l'approche commune retenue pour déterminer la formation et l'identification du droit international coutumier. Le poids relatif à accorder à l'examen de la «formation» et à celui de l'«identification» faisait cependant débat. Certains membres doutaient de la nécessité ou de la pertinence, pour les travaux de la Commission sur le sujet, d'examiner les questions en grande partie abstraites ou théoriques relatives à la formation du droit international coutumier. Il a été dit que les notions de «formation» et d'«identification» étaient diamétralement opposées, la première renvoyant à des processus dynamiques se déroulant dans le temps et la seconde visant l'état du droit à un moment déterminé. Plusieurs autres membres estimaient qu'il était impossible de dissocier le processus de formation des preuves requises pour déterminer l'existence d'une règle.

78. Un certain nombre de membres ont exprimé leur accord sur la proposition de ne pas entreprendre une étude du *jus cogens* dans le cadre du sujet. Plusieurs membres ont fait observer que le *jus cogens* présentait des particularités quant à sa formation et son identification. La question de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier se distinguait de celle de savoir si une telle règle présentait aussi la caractéristique supplémentaire de ne pas être susceptible de dérogation par voie conventionnelle. On a aussi indiqué qu'il avait été proposé de consacrer éventuellement un nouveau sujet au *jus cogens*. Selon d'autres membres, il fallait inclure l'examen du *jus cogens* dans le sujet, en raison du lien substantiel entre les deux concepts, qu'il convenait d'étudier. Certains membres ont dit qu'il serait utile de se pencher sur la question de la hiérarchie des sources du droit international, y compris le droit conventionnel et le *jus cogens*.

79. Plusieurs membres ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'étudier les rapports entre droit international coutumier et principes généraux du droit international et principes généraux de droit. Il a été proposé que la Commission s'efforce de clarifier les rapports complexes et flous entre ces concepts. À cet égard, certains membres ont fait observer que la distinction entre les principes généraux du droit international et le droit international coutumier n'est pas toujours possible. Une observation analogue a été faite à propos des principes généraux de droit et du droit international coutumier. En revanche, certains membres ont estimé qu'il convenait d'exclure les questions générales relatives aux principes généraux et aux principes généraux du droit international sans lien avec la coutume internationale, vu que toute étude de ces questions reviendrait à élargir excessivement le sujet.

80. L'idée d'examiner les rapports entre droit international coutumier et droit conventionnel a été généralement appuyée. Il a été rappelé dans ce contexte qu'il est généralement admis que les traités peuvent codifier, cristalliser ou produire des règles de droit international coutumier. On a aussi observé qu'une règle de droit international coutumier pouvait jouer parallèlement à une disposition conventionnelle identique. Un soutien a été exprimé en faveur de l'idée d'étudier les effets sur le droit international coutumier de traités multilatéraux réunissant très peu d'États parties. Il a été proposé que tout examen des relations avec le droit conventionnel soit reporté à un stade ultérieur des travaux sur le sujet, la priorité devant aller à une analyse approfondie des éléments constitutifs de la coutume internationale.

81. L'examen des relations entre la coutume et les autres sources du droit international, y compris les déclarations unilatérales, a par ailleurs été recommandé. Certains membres ont proposé qu'il soit procédé à une analyse des interactions entre les instruments ou normes de caractère non contraignant et la formation et l'identification du droit international coutumier.

82. Certains membres ont appuyé l'idée d'étudier le droit international coutumier régional, en mettant particulièrement l'accent sur les rapports entre celui-ci et le droit international coutumier général. Il a été proposé que, dans le cadre d'une telle étude, la Commission s'intéresse à la pratique régionale, y compris les décisions judiciaires, les accords et les dispositions pertinentes. On a noté à cet égard qu'il pouvait être difficile de distinguer entre la pratique d'organisations régionales et celle d'États individuels.

c) Méthodologie

83. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission examine tant les éléments constitutifs du droit international coutumier, c'est-à-dire les éléments qui donnent naissance à l'existence d'une règle de droit international coutumier, que les critères requis pour démontrer l'existence de ces éléments a recueilli un large appui. L'idée de mettre l'accent sur le processus pratique d'identification des règles du droit international coutumier plutôt que sur le contenu de ces règles a aussi été généralement appuyé. Il a

cependant été estimé qu'il serait impossible de distinguer totalement le fond des règles primaires de l'analyse des règles secondaires applicables. Selon un autre point de vue, l'approche de l'identification des règles devait s'appuyer sur des exemples illustratifs de règles primaires.

84. La proposition du Rapporteur spécial tendant à examiner soigneusement la pratique des États et l'*opinio juris sive necessitates*, communément reconnus comme étant les deux éléments constitutifs de la coutume internationale, a également recueilli un large appui. Plusieurs membres ont fait observer que la détermination des règles du droit coutumier devait être fondée sur un examen de la pratique des États, et qu'il convenait de prendre dûment en considération le caractère général, continu et représentatif de cette pratique. Il a été convenu que les actes internationaux ne produisaient pas tous des effets juridiques à cet égard, s'agissant en particulier des actes de bienveillance et de courtoisie. Quelques membres ont de même été d'avis que certaines prises de position des États pouvaient ne pas refléter l'*opinio juris*, en particulier lorsque l'État l'indiquait. Plusieurs membres ont estimé qu'il était difficile de déterminer l'existence de la pratique des États et/ou de l'*opinio juris* requises. Il a aussi été signalé que l'*opinio juris* pouvait se manifester tant par des actes que par des omissions.

85. L'attention a été appelée sur la nécessité d'étudier soigneusement les aspects temporels de l'approche fondée sur les «deux éléments», s'agissant en particulier de la question de savoir si l'*opinio juris* peut précéder la pratique des États, et si une règle de droit international coutumier peut apparaître en un bref laps de temps. L'utilité de déterminer le poids relatif à accorder à la pratique des États et à l'*opinio juris* a aussi été évoquée. À cet égard, il a été estimé que les travaux de la Commission sur le sujet pourraient être déterminants pour combler l'écart entre les conceptions «classique» et «moderne» du droit international coutumier. Selon d'autres membres, s'il était important d'analyser les différentes approches du droit international coutumier, les qualifier au moyen de termes comme «classique» ou «moderne» était inutile ou trompeur.

86. Plusieurs membres ont convenu que la Commission devrait tenter d'élaborer une approche commune et unifiée de la détermination des règles du droit international coutumier, dès lors que ces règles se forment dans un système juridique international unique, où tout se tient. Selon le point de vue de plusieurs autres membres, il ne fallait pas partir de l'idée d'une approche systémique ou unitaire de l'identification des règles dès lors que cette approche pouvait varier selon la branche du droit international considérée. L'avis a été exprimé que le poids relatif à accorder aux preuves d'une pratique étatique ou d'une *opinio juris* pouvait varier en fonction du domaine. Notamment, une valeur différente serait accordée à certaines sources dans divers domaines du droit international. En particulier, le «droit souple» peut jouer un plus grand rôle dans la formation de la coutume internationale dans certains domaines.

87. Selon un avis, l'approche proposée par le Rapporteur spécial ne rendait pas dûment compte de la distinction entre sources formelles et sources matérielles du droit international coutumier. Par ailleurs, sa proposition de reprendre la définition de la coutume internationale figurant dans le Statut de la Cour internationale de Justice était peut-être inopportune. Certains membres estimaient qu'une définition du droit international coutumier devrait prendre en considération le paragraphe 1 b) de l'article 38 du Statut de la Cour, notamment parce que les éléments constitutifs qui y sont énoncés sont largement cités et acceptés, mais que toute définition élaborée par la Commission devrait être surtout axée sur les principaux éléments qui confèrent à la coutume internationale son caractère obligatoire.

88. Certains membres ont aussi souligné l'importance que revêtirait l'examen du processus d'obsolescence d'une règle de droit international coutumier.

89. Plusieurs membres ont recommandé à la Commission d'examiner le rôle d'autres acteurs dans la formation de la coutume internationale et, plus particulièrement, la valeur juridique potentielle de décisions de sujets *sui generis* de droit international comme le Comité international de la Croix-Rouge. Selon un avis, de tels acteurs et groupes d'intérêts jouent un rôle non négligeable dans le développement, et le rythme de développement, de la coutume internationale dans certains domaines. Selon un autre point de vue, il fallait accorder une moindre valeur aux décisions de certaines organisations non gouvernementales qu'à la pratique ou aux déclarations des États.

d) Ensemble de matériaux à consulter

90. L'ensemble de matériaux que le Rapporteur spécial proposait de consulter a été généralement approuvé. Il a néanmoins été suggéré de ne pas accorder la même valeur probante aux différents matériaux.

91. La proposition tendant à analyser soigneusement la pratique des États a été largement appuyée. Selon un avis, les matériaux concernant cette pratique devraient provenir de toutes les régions du monde, bien qu'il soit regrettable que tous les États ne publient pas d'étude de leur pratique. Il a été dit que la pratique étatique dans certains domaines pouvait être limitée, étant donné que les États ne participent pas tous à la formation de certaines règles du droit international coutumier. Plusieurs membres ont proposé que la Commission fasse porter ses recherches sur les décisions de juridictions nationales et les déclarations de représentants des États, ainsi que sur la conduite des États. L'idée a été exprimée que la Commission devrait examiner soigneusement le comportement effectif des États, en particulier lorsqu'il ne correspond pas aux déclarations nationales. L'attention a aussi été appelée sur les arguments avancés par les États devant les cours et tribunaux internationaux, car ils peuvent fournir des indications utiles sur leur position quant à la formation et l'identification de la coutume internationale. Il a été en outre suggéré que la Commission examine, lorsqu'elles existent, les analyses de conseillers juridiques des gouvernements, ainsi que la pertinence d'échanges de vues confidentiels entre États.

92. S'agissant de la jurisprudence des juridictions nationales, plusieurs membres ont convenu qu'il faudrait la considérer avec la prudence et la réserve nécessaires, en recherchant la cohérence. La manière dont les juridictions nationales appliquent le droit international coutumier dépend du droit interne, et les juges internes n'ont pas nécessairement beaucoup d'expérience en droit international public.

93. La proposition visant à examiner la jurisprudence des juridictions internationales, régionales et infrarégionales a été généralement appuyée. Plusieurs membres se sont notamment exprimés en faveur d'une analyse de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, certains membres estimant qu'elle pouvait être considérée comme la principale source de matériaux sur la formation et l'identification des règles du droit international coutumier dès lors que la Cour est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies dont l'autorité sur ces questions est largement reconnue. Il a été dit que les avis consultatifs, bien que dépourvus de force obligatoire, méritaient peut-être aussi d'être pris en considération. Plusieurs membres ont également souligné l'intérêt d'une analyse de la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux, compte tenu en particulier du fait que certains d'entre eux divergent dans leur appréciation de la coutume internationale.

94. L'avis a été exprimé que la Commission devrait veiller à ne pas trop se fonder sur la jurisprudence, les cours et tribunaux étant chargés de régler des différends particuliers, et non de développer des procédures ou des critères juridiques internationaux uniformes. Selon certains membres, la différence d'approche apparente entre les juridictions ne correspondait peut-être en réalité qu'à des variations de nature rédactionnelle.

95. De l'avis général, le rôle de la pratique des organisations internationales et régionales méritait d'être pris en considération. L'attention a été appelée sur la valeur des résolutions, déclarations, recommandations et décisions de ces organisations comme preuves éventuelles de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Il convenait cependant d'accorder une plus grande valeur probante à la pratique des organes intergouvernementaux des organisations internationales.

96. Certains membres ont estimé que la Commission ne devrait pas avoir une conception trop restrictive du «droit» dans le cadre de ses travaux sur le sujet. Il fallait notamment garder à l'esprit que les normes de «droit souple» contribuent aussi à la formation des règles du droit international coutumier.

97. Il a aussi été observé que la doctrine éclairerait utilement le sujet. L'attention a été appelée sur le fait que les auteurs appuyaient largement une approche de la coutume internationale fondée sur les «deux éléments», mais que certains prônaient d'autres approches.

e) Travaux futurs sur le sujet

98. L'idée générale était que la Commission devrait produire un résultat pratique qui serait utile aux praticiens et aux juges. Il a été cependant rappelé que, quel que soit le résultat des travaux de la Commission, celui-ci ne devrait pas altérer la souplesse du processus coutumier ni compromettre les développements futurs concernant la formation et l'identification du droit international coutumier.

99. Le plan de travail proposé par le Rapporteur spécial pour le quinquennat a aussi été généralement appuyé. Plusieurs membres ont cependant estimé que le calendrier envisagé était trop ambitieux et n'était peut-être pas réalisable en raison des difficultés inhérentes au sujet, même s'il a été par ailleurs noté que la proposition de mettre l'accent sur les questions pratiques pourrait en faciliter la réalisation. En outre, l'idée que la Commission demande aux États de lui communiquer des informations sur leur pratique relative au sujet au plus tard le 31 janvier 2014 a été généralement bien accueillie. Selon un avis, il était regrettable que les États n'aient encore fourni aucune information à cet égard.

100. Plusieurs membres se sont dits favorables à l'idée d'élaborer un glossaire de termes dans toutes les langues afin d'uniformiser le sens et l'usage de la terminologie. L'utilité pratique que pourrait présenter un tel exercice a été soulignée. Selon d'autres membres, un lexique rigide de termes n'était pas souhaitable car une expression générale telle que «règles de droit international» ne reflétait peut-être pas exactement tout l'éventail du droit international coutumier, qui comprend des principes et des normes tout autant que des règles. Selon un autre point de vue, un lexique ou glossaire de termes risquait de ne pas apporter la clarification souhaitée, vu la difficulté de soutenir que certains termes sont systématiquement employés tandis que d'autres ne le sont pas. L'attention a aussi été appelée sur l'usage variable de termes et de normes par la Commission elle-même dans l'identification des règles du droit international coutumier.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

101. Le Rapporteur spécial a constaté que les membres de la Commission s'accordaient généralement à considérer que le résultat des travaux sur le sujet devrait avoir un caractère essentiellement pratique. À cet égard, l'idée d'élaborer une série de «conclusions» assorties de commentaires a été largement appuyée. Le Rapporteur spécial a aussi noté que les membres appuyaient de manière générale l'approche fondée sur les «deux éléments», c'est-à-dire celle qui considère que l'identification du droit international coutumier requiert une analyse tant de la pratique des États que de l'*opinio juris*, étant entendu que les deux éléments pouvaient parfois être «étroitement imbriqués» et que le poids relatif à accorder à chacun d'eux pouvait varier selon le contexte.

102. Les membres de la Commission semblaient favorables à une approche unifiée ou commune de l'identification du droit international coutumier.

103. S'agissant de la délimitation du sujet, les membres semblaient être largement favorables à l'idée d'examiner les rapports entre la coutume internationale et les autres sources du droit international, y compris le droit conventionnel et les principes généraux du droit. Nombre d'entre eux ont aussi manifesté un intérêt pour l'examen du droit international coutumier au niveau régional. S'agissant du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a constaté que les membres étaient généralement d'accord pour ne pas le traiter en détail dans le cadre du sujet à l'examen.

104. À propos de son intention de clarifier la terminologie et des inquiétudes qu'elle a suscitées, le Rapporteur spécial a indiqué que son objectif était essentiellement de favoriser la clarté du raisonnement, ajoutant que la Commission était parvenue, au fil des années, à clarifier et uniformiser jusqu'à un certain point la terminologie dans de nombreux domaines du droit international. Il y a néanmoins un équilibre à trouver entre clarté et souplesse.

105. Le Rapporteur spécial s'est dit conscient que sa proposition d'achever les travaux sur le sujet d'ici à 2016 n'était peut-être pas réalisable, en raison de la nécessité d'allouer suffisamment de temps à la recherche, à l'étude et à la réflexion au sein de la Commission, de la Sixième Commission et de la communauté internationale plus généralement. La date proposée ne constituait qu'une date cible, et n'impliquait aucune précipitation injustifiée.

106. S'agissant de la proposition de modifier l'intitulé du sujet, le Rapporteur spécial a noté que cette question avait fait l'objet de consultations informelles. Un consensus avait pu être dégagé sur l'intitulé dans toutes les langues officielles, notamment «*Identification of customary international law*» en anglais et «La détermination du droit international coutumier» en français. Le Rapporteur spécial a recommandé que l'intitulé soit modifié en conséquence.

107. Le Rapporteur spécial s'est réjoui de l'important débat relatif à la publication de la pratique des États, et a indiqué qu'une première étape utile serait l'élaboration d'une liste exhaustive des publications et répertoires existants. L'idée de réitérer l'appel adressé aux États pour qu'ils communiquent des informations sur leur approche de la détermination du droit international coutumier a aussi été généralement appuyée.

Chapitre VIII

L'application provisoire des traités

A. Introduction

108. La Commission, à sa soixante-quatrième session (2012), a décidé d'inscrire le sujet «L'application provisoire des traités» à son programme de travail, et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour le sujet³⁷². À la même session, elle a pris note d'un rapport oral que le Rapporteur spécial a présenté à la 3151^e séance, le 27 juillet 2012, sur les consultations informelles qui avaient été tenues sur le sujet, sous sa direction. La Commission a aussi décidé de prier le Secrétariat de préparer une étude sur les travaux qu'elle avait déjà menés sur ce sujet dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités, et sur les travaux préparatoires des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités («la Convention de Vienne»). L'Assemblée générale, dans sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

B. Examen du sujet à la présente session

109. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664), qui visait à répertorier, en termes généraux, les principales questions juridiques se posant dans le contexte de l'application provisoire des traités en examinant les positions doctrinales sur le sujet et en passant brièvement en revue la pratique des États. La Commission était aussi saisie d'une étude du Secrétariat (A/CN.4/658) qui retraçait l'historique des travaux de la Commission ainsi que des négociations ayant abouti, à la Conférence de Vienne de 1968-1969, à l'article 25 de la Convention de Vienne, et analysait brièvement certaines des questions de fond soulevées au cours des débats au sein de la Commission ainsi qu'à la Conférence de Vienne.

110. La Commission a examiné le premier rapport de sa 3185^e à sa 3188^e séance, du 24 au 30 juillet 2013.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport

111. Le Rapporteur spécial a expliqué que l'objet de son rapport préliminaire était d'établir les principaux paramètres de l'application provisoire des traités, afin d'encourager les États à recourir davantage à celle-ci. La Convention de Vienne était le point de départ logique, et il avait jugé préférable pour le moment de ne pas examiner la question de l'application provisoire des traités par les organisations internationales, telle que l'envisageait la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

112. Donnant un aperçu de son rapport, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur la différence entre l'expression employée dans le projet d'article adopté par la Commission en 1966, «entrée en vigueur provisoire», et celle retenue à l'article 25 par la Conférence de Vienne, «application à titre provisoire». Les travaux préparatoires montraient que les deux

³⁷² À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 267). La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe C de son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*).

expressions avaient été utilisées de manière pratiquement interchangeable et, examinées de plus près, elles ne désignaient pas des notions juridiques distinctes. Le Rapporteur spécial a de plus rappelé les raisons, exposées dans son rapport, qui pouvaient avoir amené les États à utiliser l'expression «application à titre provisoire».

113. S'agissant des effets juridiques de l'application provisoire, le Rapporteur spécial a indiqué que, d'une manière générale, ils étaient fonction du contenu de la règle de fond du droit international appliquée à titre provisoire. En d'autres termes, les conséquences secondaires du manquement à une obligation imposée par une règle appliquée à titre provisoire ne découlaient pas de l'application à titre provisoire, mais de l'application normale des règles secondaires du droit international touchant la non-exécution d'une obligation. Le Rapporteur spécial a aussi déclaré que l'application à titre provisoire des traités devait être envisagée dans le cadre général du paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne.

114. Bien qu'il eût l'intention d'examiner la question des effets juridiques plus en détail à un stade ultérieur, le Rapporteur spécial a rappelé que MM. Fitzmaurice et Waldock, les Rapporteurs spéciaux qui l'avaient précédé, avaient tous deux estimé que l'application d'un traité à titre provisoire donnait naissance aux mêmes obligations que l'entrée en vigueur du traité. Il a souligné à cet égard la pertinence du principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. Il a de plus rappelé l'opinion qui s'était faite jour lors des consultations officielles tenues en 2012, à savoir que l'application d'un traité à titre provisoire donnait naissance à des obligations allant au-delà de celle de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur (art. 18 de la Convention de Vienne).

115. Le Rapporteur spécial a souligné les principales caractéristiques du régime juridique de l'application provisoire des traités, à savoir que celle-ci pouvait être expressément prévue dans le traité ou dans un accord distinct entre les parties, que les États pouvaient exprimer leur intention d'appliquer un traité à titre provisoire expressément ou tacitement, et qu'il pouvait être mis fin à l'application à titre provisoire unilatéralement ou par accord entre les parties.

116. L'opinion préliminaire du Rapporteur spécial était que le sujet devait donner lieu à l'élaboration de directives ou de clauses types visant à donner des indications aux gouvernements.

2. Résumé du débat

117. La Commission s'est jointe au Rapporteur spécial pour remercier le Secrétariat d'avoir élaboré une étude sur le sujet.

118. Il a été fait observer que, du point de vue de la politique juridique, il était inopportun que la Commission encourage l'application provisoire des traités. On a donné des exemples de cas dans lesquels l'application provisoire d'un traité avait dissuadé les États de ratifier celui-ci. D'autres membres ont fait observer qu'il n'incombait pas à la Commission d'encourager ou de décourager l'application provisoire, car la décision de recourir à celle-ci relevait essentiellement de la politique des États. Du point de vue du droit international, les États étaient libres d'appliquer ou non un traité à titre provisoire. On a aussi fait observer que l'importance de l'application provisoire était confirmée par le fait que les États y recouraient fréquemment. Les rédacteurs de l'article 25 avaient considéré que, loin de compromettre la pratique conventionnelle, l'application provisoire était un moyen commode de garantir la sécurité juridique, par exemple dans le cas de traités successifs, en offrant aux États un moyen rapide de commencer à coopérer relativement à un traité.

119. Certains membres craignaient également que l'application à titre provisoire des traités ne soit utilisée pour contourner les procédures internes, notamment constitutionnelles, régissant la participation aux traités. Pour d'autres, cette préoccupation n'était pas justifiée. Les États étaient en effet libres, dans le cadre de leur ordre juridique interne, d'établir des règles sur la manière de s'engager au plan international. La Commission devait présumer que l'application des traités à titre provisoire était conforme au droit interne des États concernés (sous réserve de l'applicabilité de l'article 46 de la Convention de Vienne). Il lui incombait seulement d'examiner la mesure dans laquelle le droit international contemporain devait tenir compte des limitations définies par les législations internes, mais sans se pencher sur ces limitations en elles-mêmes. Du point de vue du droit international, le consentement de l'État contractant était décisif. Une fois ce consentement à l'application provisoire d'un traité donné, que ce soit dans le traité lui-même ou dans un accord distinct, l'État ne pouvait invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations internationales (art. 27 de la Convention de Vienne). Il a aussi été suggéré, pour dissiper la crainte que les règles internes ne soient contournées, de préciser que «l'application provisoire» d'un traité avait pour conséquence que les obligations énoncées dans ce traité liaient les États. Cela aiderait les États à décider s'ils étaient constitutionnellement habilités à appliquer un traité à titre provisoire.

120. On a fait observer que la tâche de la Commission consistait à élaborer, à l'intention des États, un guide pratique qui les aiderait dans la négociation de nouvelles clauses relatives à l'application provisoire, ou dans l'interprétation ou l'application de clauses existantes, d'autant plus nécessaire que les commentaires de 1966 sur le droit des traités passaient sous silence d'importants aspects du texte de l'article 25 tel qu'il a été adopté à Vienne.

121. Il a été dit que la tâche principale en la matière était de déterminer l'effet juridique de l'application à titre provisoire. Pour plusieurs membres, à moins qu'elles n'en conviennent autrement, les parties à un accord sur l'application provisoire d'un traité étaient liées par les droits et obligations énoncés dans celui-ci de la même manière que s'il était en vigueur. Il a été dit que la Commission ne devait pas attribuer d'importance juridique au fait qu'«entrée en vigueur provisoire» ait été remplacé par «application à titre provisoire». On a en outre proposé de distinguer entre les traités appliqués à titre provisoire et les accords «provisoires» ou «intérimaires». Le Rapporteur spécial a été encouragé à étudier la relation de l'article 25 avec d'autres dispositions de la Convention de Vienne, notamment les articles 18, 26, 27 et 46. Différentes opinions ont été exprimées sur l'opportunité d'examiner des questions relevant de la responsabilité de l'État dans le cadre du sujet.

122. Il a été suggéré que le Rapporteur spécial essaie de déterminer si les règles énoncées à l'article 25 étaient applicables en tant que règles du droit international coutumier ou autrement, lorsque la Convention de Vienne ne s'appliquait pas. On a par ailleurs suggéré d'examiner dans quelle mesure l'application provisoire des traités pouvait contribuer à la formation de règles du droit international coutumier.

123. Il a de plus été proposé: de déterminer s'il existait des prescriptions procédurales en matière d'application provisoire des traités; d'examiner la relation entre les parties appliquant un traité à titre provisoire et les États tiers; d'analyser la règle selon laquelle l'intention d'appliquer un traité à titre provisoire devait être claire et non ambiguë; d'examiner l'applicabilité des règles relatives aux réserves aux traités; d'analyser la distinction entre l'application provisoire et la nécessaire application de certaines dispositions d'un traité dès l'adoption du texte (art. 24, par. 4, de la Convention de Vienne); d'examiner l'applicabilité des règles relatives à l'interprétation des traités; d'étudier la question de la cessation de l'application provisoire (y compris ses effets sur la situation juridique des États tiers); d'examiner la situation des États non signataires ou accédants qui souhaitaient appliquer un traité multilatéral à titre provisoire; d'examiner si certaines

dispositions d'un traité, par exemple celles créant des mécanismes de surveillance, échappaient par définition à l'application provisoire; de clarifier le cadre temporel de l'application provisoire, y compris la possibilité qu'elle soit indéfinie; et de se pencher sur la question de la rétroactivité des obligations une fois que le traité appliqué à titre provisoire entrait en vigueur. On a aussi suggéré de faire une distinction générale, aux fins de l'application provisoire, entre traités bilatéraux et traités multilatéraux.

124. Selon une opinion, il convenait d'inclure l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 dans l'examen du sujet, puisque les organisations internationales pouvaient aussi recourir à l'application provisoire des traités.

125. Pour certains membres, il était prématuré de prendre position sur le résultat final des travaux sur le sujet, alors que pour d'autres, l'élaboration de conclusions accompagnées de commentaires pouvait être un moyen judicieux de clarifier divers aspects de l'application provisoire des traités.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

126. Le Rapporteur spécial a indiqué que la Commission devait être guidée par la pratique des États s'agissant de négocier, d'appliquer et d'interpréter les traités appliqués à titre provisoire. Il a souscrit à l'opinion selon laquelle la Commission ne devait pas sembler encourager ou décourager le recours à l'application provisoire. L'objectif devait être d'éclairer les États aux fins de la négociation et de l'application des clauses relatives à l'application provisoire. S'agissant de la terminologie, le Rapporteur spécial a indiqué que nonobstant l'adoption de la formule «entrée en vigueur provisoire» par la Commission dans le cadre de ses travaux antérieurs, il convenait de privilégier celle utilisée à l'article 25, «application à titre provisoire». Il a également estimé que la question de savoir si l'application provisoire des traités relevait du droit international coutumier méritait d'être examinée car elle se posait dans le cas où deux États ou plus souhaitant appliquer un traité à titre provisoire n'étaient pas parties à la Convention de Vienne et où il n'y avait pas d'accord distinct. Il a de plus souscrit à l'opinion selon laquelle il n'appartenait pas à la Commission d'analyser le droit interne des États. Les références au droit interne devraient donc être considérées comme une simple illustration de la position prise par les États, et c'était à eux seuls qu'il appartenait de déterminer, dans le cadre de leur ordre juridique interne, les conséquences de l'application provisoire.

127. Le Rapporteur spécial a confirmé son intention d'examiner la relation entre l'article 25 et d'autres dispositions de la Convention de Vienne, y compris celles relatives à l'expression du consentement, aux réserves, aux effets pour les États tiers, et à l'applicabilité des règles relatives à l'interprétation, l'application et l'extinction des traités, ainsi qu'à leur nullité. Il a relevé la nécessité d'examiner l'élément temporel de l'application provisoire, notamment si celle-ci pouvait être indéfinie. De plus, il a proposé d'analyser les effets juridiques de l'application provisoire de normes conventionnelles conférant des droits aux individus. La distinction entre traités multilatéraux et bilatéraux méritait elle aussi d'être étudiée.

128. Le Rapporteur spécial a souscrit à l'avis des membres qui préféraient que la Commission n'analyse pas les règles applicables de la responsabilité de l'État dans le contexte de l'application provisoire des traités. Selon lui, il suffisait d'indiquer que le manquement à une obligation découlant d'un traité appliqué à titre provisoire entraînait les conséquences juridiques prévues par les règles établies de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il a noté que, de l'avis de certains membres, il fallait également tenir compte de la Convention de Vienne de 1986 dans le cadre de l'examen du sujet.

129. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'à son avis l'élaboration de directives accompagnées de commentaires constituerait un résultat approprié de l'examen du sujet.

Chapitre IX

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

A. Introduction

130. À sa soixante-troisième session (2011), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «Protection de l'environnement et conflits armés»³⁷³, sur la base de la proposition reproduite à l'annexe E de son rapport sur les travaux de cette session³⁷⁴. Au paragraphe 7 de sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

131. À sa 3171^e séance, le 28 mai 2013, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Protection de l'environnement en cas de conflit armé» à son programme de travail, et de nommer M^{me} Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet.

B. Examen du sujet à la présente session

132. À la 3188^e séance, le 30 juillet 2013, la Rapporteuse spéciale a présenté à la Commission le rapport oral ci-après, portant sur les consultations informelles qui avaient été tenues sur le sujet, sous sa direction, le 6 juin et le 9 juillet 2013. À la même séance, la Commission a pris note de ce rapport.

Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les consultations informelles tenues sur le sujet

133. Les consultations informelles avaient pour objectif d'engager un dialogue informel avec les membres de la Commission sur un certain nombre de points pouvant présenter un intérêt pour l'examen du sujet pendant le quinquennat en cours. Pour faciliter les consultations, la Rapporteuse spéciale avait établi deux documents informels exposant certains éléments préliminaires, à lire conjointement avec le plan de travail reproduit à l'annexe E au rapport de la Commission de 2011 (A/66/10) contenant la proposition initiale relative au sujet.

134. Les consultations initiales avaient été pour les membres de la Commission l'occasion de réfléchir sur le chemin restant à parcourir et de formuler des observations à ce sujet. Parmi les points examinés figuraient le champ du sujet et la méthode à employer, l'orientation générale des travaux et le calendrier des travaux futurs.

135. Concernant les questions du champ du sujet et de la méthode à employer, la Rapporteuse spéciale proposait d'aborder le sujet dans une perspective temporelle plutôt que du point de vue des branches du droit international concernées, comme le droit international de l'environnement, le droit des conflits armés et le droit international des droits de l'homme, ce qui le rendrait plus facile à gérer et à délimiter. Les phases temporelles correspondraient aux mesures juridiques prises pour protéger l'environnement avant, pendant et après un conflit armé (phase I, phase II et phase III, respectivement). Cette approche était recommandée car elle permettrait à la Commission de recenser les problèmes juridiques concrets liés au sujet pouvant se présenter aux différents stades mentionnés. Le recensement de ces problèmes pourrait ensuite faciliter l'élaboration de conclusions ou directives précises.

³⁷³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 365 à 367.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 369 à 378.

136. La Rapporteuse spéciale proposait en outre que, dans le cadre des travaux, l'accent soit mis sur la phase I, c'est-à-dire sur les obligations pertinentes eu égard à l'éventualité d'un conflit armé, et la phase III, c'est-à-dire sur les mesures à prendre après le conflit. La phase II, c'est-à-dire la phase pendant laquelle le droit de la guerre s'applique, ne ferait pas l'objet de la même attention, car, comme il était rappelé, il n'incombait pas à la Commission de modifier les régimes juridiques existants. Il était proposé que les travaux relatifs à la phase II portent également sur les conflits armés non internationaux.

137. Cette manière d'aborder le sujet par phases temporelles avait été généralement bien accueillie par les membres de la Commission. Plusieurs membres avaient souligné que la phase II était la plus importante. D'autres membres étaient d'avis que la plus importante était la phase I, d'autres la phase III, et d'autres encore pensaient que les deux phases les plus importantes étaient la I et la III. Finalement, on s'était accordé à reconnaître que, comme l'avait dit la Rapporteuse spéciale, le fait que les travaux soient abordés par phases temporelles ne signifiait pas qu'il y ait une ligne de démarcation stricte entre les différentes phases. Une telle démarcation serait artificielle et ne correspondrait pas à la manière dont les différents régimes juridiques fonctionnaient. Le droit des conflits armés, par exemple, comprenait des règles applicables avant, pendant et après un conflit armé.

138. Les consultations informelles avaient également porté sur la question de savoir si la Commission devait prendre en considération les effets de certaines armes sur l'environnement. La Rapporteuse spéciale estimait qu'il ne fallait pas axer le sujet sur les effets de certaines armes précises. Certains membres partageaient son avis, jugeant plus prudent de ne pas aborder la question des armes, tandis qu'un petit nombre d'autres membres étaient d'un avis contraire.

139. Afin de faciliter le débat sur le chemin restant à parcourir, la Rapporteuse spéciale avait distribué un plan d'ensemble des travaux futurs sur le sujet, indiquant notamment les points sur lesquels elle proposait de mettre l'accent dans son premier rapport. Un calendrier des travaux sur trois ans avait été proposé, qui prévoyait qu'un rapport serait soumis chaque année à la Commission pour examen.

140. La Rapporteuse spéciale a indiqué qu'elle comptait présenter son premier rapport à la Commission pour examen à sa soixante-sixième session (2014). Ce premier rapport serait axé sur la phase I, à savoir sur les obligations pertinentes eu égard à l'éventualité d'un conflit armé. Il ne traiterait pas des mesures d'après conflit en elles-mêmes, bien que les préparatifs de ces mesures devaient être entrepris avant qu'un conflit armé n'éclate. La Rapporteuse spéciale a également indiqué qu'elle comptait recenser, aux fins de son premier rapport, les questions précédemment examinées par la Commission pouvant présenter un intérêt pour le sujet.

141. Il était proposé que le deuxième rapport, qui serait soumis en 2015, porte sur le droit des conflits armés, y compris non internationaux, et contienne une analyse des règles existantes. Le troisième rapport serait axé sur les mesures d'après conflit, concernant notamment la réparation pour les dommages, la reconstruction, la responsabilité (*responsability* et *liability*), et l'indemnisation, et une attention particulière serait prêtée à l'examen de la jurisprudence. Les trois rapports contiendraient des conclusions ou des projets de directives qui seraient examinés par la Commission et éventuellement renvoyés au Comité de rédaction.

142. La Rapporteuse spéciale a indiqué que, pour faciliter ses travaux sur le sujet, il serait important de recueillir des informations auprès de différentes sources. À cet égard, il serait utile que la Commission demande aux États de fournir des exemples de cas dans lesquels le droit international de l'environnement, y compris les traités régionaux et bilatéraux, avait continué de s'appliquer en période de conflit armé international ou non international. Les membres de la Commission avaient également recommandé des consultations avec

d'autres organismes des Nations Unies ou organisations internationales s'occupant de la protection de l'environnement comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Comité international de la Croix-Rouge. L'idée d'avoir des consultations avec des organismes régionaux tels que l'Union africaine, l'Union européenne, la Ligue des États arabes et l'Organisation des États américains avait été généralement approuvée.

143. À propos du résultat final des travaux de la Commission sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a indiqué que celui-ci se prêtait davantage à l'élaboration de projets de directives non contraignantes qu'à un projet de convention. Certains membres ont jugé prématuré de se prononcer sur ce point.

144. L'attention a également été appelée sur des divergences dans les traductions précédentes de l'intitulé du sujet dans certaines langues officielles, qui avaient été source de confusion. Le titre du sujet devait se lire, en anglais, «*Protection of the environment in relation to armed conflict*». L'expression «*in relation to*» devait être transposée dans toutes les langues de manière à indiquer que le sujet englobait les trois phases temporelles et n'était pas limité à la phase du conflit armé.

Chapitre X

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

A. Introduction

145. À sa cinquante-septième session (2005), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à son programme de travail et a nommé M. Zdzislaw Galicki Rapporteur spécial³⁷⁵.

146. Le Rapporteur spécial a présenté quatre rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa cinquante-huitième session (2006), le deuxième rapport à sa cinquante-neuvième session (2007), le troisième rapport à sa soixantième session (2008) et le quatrième rapport à sa soixante-troisième session (2011)³⁷⁶.

147. À la soixante et unième session (2009), un groupe de travail à composition non limitée a été créé sous la présidence de M. Alain Pellet³⁷⁷ et, à l'issue de ses débats, un projet de cadre général a été établi, délimitant les questions à traiter par le Rapporteur spécial³⁷⁸. À la soixante-deuxième session (2010), le Groupe de travail a été reconstitué et, en l'absence de son président, a été présidé par M. Enrique Candioti³⁷⁹. Le Groupe de travail était saisi de l'étude du Secrétariat «Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé "L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)"» (A/CN.4/630). À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a créé un groupe de travail à composition non limitée sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree, chargé d'évaluer l'avancée des travaux sur ce sujet à la Commission et d'étudier diverses options possibles pour les travaux futurs de la Commission³⁸⁰.

³⁷⁵ À sa 2865^e séance, le 4 août 2005 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 500). L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Ce sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa cinquante-sixième session (2004), sur la base de la proposition annexée au rapport de la même année (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 362 et 363).

³⁷⁶ A/CN.4/571 (rapport préliminaire), A/CN.4/585 et Corr.1 (deuxième rapport), A/CN.4/603 (troisième rapport) et A/CN.4/648 (quatrième rapport).

³⁷⁷ À sa soixantième session, à sa 2988^e séance, tenue le 31 juillet 2008, la Commission avait décidé de créer, sous la présidence de M. Alain Pellet, un groupe de travail dont la composition et le mandat seraient définis à la soixante et unième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 315).

³⁷⁸ Pour le projet de cadre général élaboré par le Groupe de travail, voir *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 204.

³⁷⁹ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral du Président temporaire du Groupe de travail (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 337 à 340).

³⁸⁰ À sa 3152^e séance, le 30 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe de travail (*ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 208 à 221).

B. Examen du sujet à la présente session

148. À la présente session, la Commission a décidé de reconstituer un groupe de travail à composition non limitée sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree. Le Groupe de travail a continué à évaluer l'avancée des travaux sur ce sujet, en particulier à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le 20 juillet 2012. Le Groupe de travail a tenu sept séances les 8, 14, 16 et 28 mai, ainsi que le 5 juin et les 18 et 24 juillet 2013.

149. À sa 3189^e séance, le 31 juillet 2013, la Commission a pris note du rapport du Groupe de travail, qui figure à l'annexe A du présent rapport.

Chapitre XI

La clause de la nation la plus favorisée

A. Introduction

150. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» et de constituer un groupe d'étude sur ce sujet à sa soixante et unième session³⁸¹.

151. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF) a été constitué à la soixante et unième session (2009)³⁸² sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera, puis reconstitué à la soixante-deuxième session (2010) et à la soixante-troisième session (2011), avec les mêmes coprésidents³⁸³. À sa soixante-quatrième session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. Donald M. McRae³⁸⁴.

B. Examen du sujet à la présente session

152. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. Donald M. McRae. En l'absence de ce dernier, M. Mathias Forteau a assuré la présidence. Le Groupe d'étude a tenu quatre séances, le 23 mai et les 10, 15 et 30 juillet 2013.

153. À sa 3189^e séance, le 31 juillet 2013, la Commission a pris note du rapport du Groupe d'étude.

1. Travaux du Groupe d'étude

154. Il convient de rappeler que l'objectif général des travaux du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance d'une cohérence accrue dans les décisions d'arbitrage en matière d'investissements, en particulier

³⁸¹ À sa 2997^e séance, le 8 août 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 354). Pour la présentation du sujet, voir *ibid.*, annexe B. Au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a pris note de cette décision.

³⁸² À sa 3029^e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (*ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 211 à 216). Le Groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

³⁸³ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 359 à 373). Le Groupe d'étude avait examiné les divers documents élaborés sur la base du cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs de 2009 et arrêté un programme de travail pour 2010. À sa 3119^e séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 349 à 363).

³⁸⁴ Le Groupe d'étude a examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009. À sa 3151^e séance, le 27 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 245 à 265). Le Groupe d'étude a examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009.

en ce qui concerne les dispositions NPF. Le Groupe d'étude continue de penser qu'il peut contribuer à accroître la sécurité et la stabilité du droit des investissements. Les résultats de ses travaux devraient être d'utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements. Il n'entend pas élaborer des projets d'articles ni réviser le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978.

155. Depuis 2010, pour tenter d'éclairer davantage les problèmes que pose de nos jours la clause de la nation la plus favorisée, le Groupe d'étude a élaboré et examiné plusieurs documents de travail. Il s'est notamment penché sur: a) la typologie des dispositions NPF existantes, ce qui constitue un travail d'étude continu; b) le projet d'articles de 1978 de la Commission et les domaines dans lesquels il reste pertinent; c) les différents aspects de l'évolution passée et en cours de la clause NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC; d) les autres faits nouveaux qui se sont produits dans le cadre de l'OCDE et de la CNUCED; e) les problèmes contemporains liés au champ d'application de la clause NPF, comme ceux qui ont été soulevés dans l'affaire *Maffezini*; f) l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements dans la sentence *Maffezini* et les affaires postérieures; et g) l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales³⁸⁵.

156. Le Groupe d'étude a aussi entrepris une étude en vue de recenser les arbitres et les conseils intervenant dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, et d'identifier également les catégories de dispositions NPF interprétées dans ce contexte. En outre, afin de cerner plus précisément le contenu normatif des clauses NPF dans le domaine des investissements, il a examiné un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient présentées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause est applicable. Le Groupe d'étude a aussi examiné un document de travail informel qui donnait un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur «La clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition» rendent compte de travaux toujours en cours.

157. Le Groupe d'étude avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national, et d'examiner également les accords d'intégration économique régionale et les accords de libre-échange afin de voir si l'application qui y est faite des clauses NPF pouvait aider le Groupe d'étude dans ses travaux. L'attention a été par ailleurs appelée sur la nécessité d'envisager les relations entre traités bilatéraux et multilatéraux et la manière dont la clause NPF joue dans un

³⁸⁵ Catalogue de dispositions NPF (D. M. McRae et A. R. Perera); Le projet d'articles de 1978 de la Commission du droit international (S. Murase) (document révisé en 2013); Les clauses NPF au GATT et à l'OMC (D. M. McRae); Les travaux de l'OCDE sur le traitement NPF (M. Hmoud); Les travaux de la CNUCED sur le traitement NPF (S. C. Vasciannie); Le problème *Maffezini* dans le cadre des traités d'investissement (A. R. Perera); Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement (D. M. McRae); Interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage traitant des affaires d'investissements (D. M. McRae); Effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau).

environnement qui s'est diversifié et complexifié depuis l'adoption par la Commission du projet d'articles de 1978 sur la clause NPF, ainsi que la question de la réciprocité dans l'application des clauses NPF, en particulier dans les accords entre pays développés et pays en développement.

158. De l'avis général, l'objectif serait d'élaborer un rapport général comportant une analyse systématique des diverses questions considérées comme pertinentes. Il a été envisagé que le rapport final expose le contexte général des travaux dans le cadre plus vaste du droit international général, en tenant compte des évolutions qui avaient notamment suivi l'adoption du projet d'articles de 1978. Le Groupe d'étude s'efforcerait donc dans son rapport d'aborder les problèmes contemporains relatifs aux clauses NPF, en analysant à cet égard des questions comme la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain, les travaux relatifs aux clauses NPF effectués par d'autres organes, et les différentes approches adoptées pour l'interprétation des clauses NPF. Le rapport final du Groupe d'étude pourrait traiter d'une manière générale la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement en ce qui concerne le règlement des différends, en analysant les différents facteurs qui intéressent ce processus et en présentant, s'il y a lieu, des directives et des exemples de clauses types pour la négociation de clauses NPF, en se fondant sur la pratique des États.

2. Débats du Groupe d'étude à la présente session

159. Le Groupe d'étude était saisi d'un document de travail établi par M. S. Murase portant sur le caractère juridique de l'arbitrage mixte en matière d'investissements et intitulé «A BIT on Mixed Tribunals: Legal Character of Investment Dispute Settlements», ainsi que d'un document de travail établi par M. D. Hmoud intitulé «Survey of MFN language and Maffezini-related Jurisprudence». Le Groupe d'étude a également poursuivi l'examen de la pratique et de la jurisprudence contemporaines intéressant l'interprétation des clauses NPF. Il était saisi à cette fin de sentences récentes et d'opinions dissidentes et individuelles³⁸⁶ portant sur les questions examinées par le Groupe d'étude.

160. Le document de travail de M. Murase traitait un aspect déjà examiné par le Groupe d'étude en 2012 à propos du document de travail établi par M. Forteau sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, qui avait pour objet d'expliquer à quoi tient la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements, d'examiner les particularités de l'application de la clause NPF lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre d'un arbitrage mixte, d'étudier l'incidence d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, de faire observer que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas de même nature, et de rappeler que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte. En conséquence, l'arbitrage mixte se situait entre le plan national et le plan international et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public en ayant une nature à la fois privée et publique. Le document de travail de M. Murase visait à replacer dans une perspective historique le

³⁸⁶ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/05/1 envoyée aux parties le 22 août 2012 et opinion dissidente de Charles N. Brower et opinion individuelle de Domingo Bello Janeiro; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, affaire CIRDI n° ARB/10/1 envoyée aux parties le 2 juillet 2013 et opinion individuelle de William W. Park. Voir aussi la décision rendue le 3 juillet 2013 par le tribunal du CIRDI sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement dans l'affaire *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*.

développement du droit dans ce domaine. Il y était rappelé que le processus d'«internationalisation» des «accords de concession» conclus entre un investisseur privé et l'État hôte était apparu au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Ces accords étaient considérés comme des «contrats de droit privé» ou des «contrats de droit public (ou administratif)» régis par le droit interne de l'État d'origine de l'investisseur ou de l'État d'accueil. Après la Seconde Guerre mondiale, l'exclusion du droit interne et de la juridiction interne a tendu à caractériser de tels accords, ce qui a conduit la doctrine à considérer que ces accords étaient régis par «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» plutôt que par le droit interne de l'un ou l'autre État et qu'ils constituaient des «accords de développement économique» qui ne relevaient ni du droit interne ni du droit international mais étaient régis par la *lex contractus*, même si cette qualification était rejetée par la jurisprudence³⁸⁷. Il a été affirmé que ces contrats de concession ou accords de développement économique avaient un caractère précurseur, ouvrant la voie à la conclusion de nombreux accords bilatéraux d'investissement, qui sont des accords interétatiques dont les règles de fond relèvent du droit international. Sur le plan de la procédure cependant, il a été soutenu que quel que soit le degré de ressemblance entre tribunaux mixtes et mécanismes interétatiques, le Groupe d'étude devait se montrer prudent et distinguer l'arbitrage mixte du règlement des différends, par exemple, dans le cadre de l'OMC.

161. Le document de travail de M. Hmoud présentait un ensemble de dispositions conventionnelles pertinentes qui avaient été examinées dans le cadre de sentences, et qui concernaient la question soulevée dans l'affaire *Maffezini* de savoir si une clause NPF s'étendait aux clauses de règlement des différends, ainsi que les extraits pertinents des sentences.

162. S'agissant des sentences *Daimler* et *Kılıç* soumises à l'examen du Groupe d'étude, celui-ci a noté qu'elles traitaient de questions comparables à celles posées dans l'affaire *Maffezini* et que leurs différents éléments pouvaient intéresser ses travaux puisqu'en 2012, le Groupe d'étude s'était intéressé aux différents facteurs que les tribunaux prennent en considération pour l'interprétation des clauses NPF. Le Groupe d'étude a notamment estimé que les approches suivies par les tribunaux arbitraux dans leur interprétation de la clause NPF et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités à cette fin présentaient un intérêt particulier. Les sentences mettaient en évidence plusieurs aspects importants de l'interprétation des traités, comme les termes du traité et son contexte, y compris la pratique conventionnelle des États concernés, l'objet et le but du traité, ainsi que le consentement et le principe de contemporanéité. Le Groupe d'étude a également pris note du fait que dans l'affaire *Daimler*, le tribunal arbitral s'était interrogé sur le caractère «plus» ou «moins» favorable des différentes procédures de règlement des différends à la disposition des parties en vertu d'un traité. Le Groupe d'étude a en outre considéré que l'examen de la jurisprudence pertinente dans la sentence *Kılıç* pourrait être utile pour l'élaboration de son rapport final.

163. Il était prévu qu'à la présente session, le Groupe d'étude entreprendrait l'examen du projet de rapport final qui devait être élaboré par le Président, compte tenu des différents documents de travail qui avaient été présentés au Groupe. En l'absence du Président, le Groupe d'étude a néanmoins poursuivi son échange de vues sur les grandes lignes de son rapport final, en constatant une fois de plus que si ses travaux étaient axés sur le domaine des investissements, il serait cependant préférable de replacer les questions à l'examen dans

³⁸⁷ La Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 112, a ainsi affirmé: «La Cour ne saurait admettre l'opinion suivant laquelle le contrat signé entre le Gouvernement de l'Iran et l'Anglo-Persian Oil Company aurait un caractère double. Ce contrat n'est rien de plus qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère.».

un cadre plus large, à savoir le droit international général et les précédents travaux de la Commission. Les questions qui seraient traitées dans le rapport seraient notamment les suivantes: l'origine et le but des travaux du Groupe d'étude; le projet d'articles de 1978 et sa pertinence; l'évolution depuis 1978, la pertinence à l'époque contemporaine des dispositions NPF, y compris du projet d'articles de 1978; l'examen des dispositions NPF au sein d'autres organismes comme la CNUCED et l'OCDE; des considérations contextualisées, comme le phénomène des arbitrages mixtes tel qu'envisagé par exemple, dans le document de travail de M. Murase; et les approches opposées suivies pour l'interprétation des clauses NPF dans la jurisprudence.

164. En examinant plus avant la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement, en prenant comme point de départ la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Groupe d'étude a évoqué la possibilité d'élaborer des directives et des clauses types pour le rapport final. Il a néanmoins noté les risques que présenterait un résultat exagérément prescriptif et estimé qu'il serait peut-être plus utile de dresser un catalogue des exemples qui s'étaient présentés dans la pratique relative aux traités, en appelant l'attention des États sur l'interprétation donnée par différentes sentences de diverses dispositions. L'étude entreprise par M. Hmoud serait utile au Groupe d'étude lorsqu'il aborderait en définitive la question de l'élaboration de directives et de clauses types relatives aux problèmes posés dans la sentence *Maffezini*. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissement et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national. Tous ces aspects continueraient d'être suivis par le Groupe d'étude au cours de ses travaux. Le Groupe d'étude était toutefois conscient de la nécessité de ne pas élargir excessivement la portée de ses travaux.

Chapitre XII

Autres décisions et conclusions de la Commission

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

165. À sa 3160^e séance, le 7 mai 2013, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours.

166. Le Groupe de planification a tenu trois séances. Il était saisi de la section I du Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session, intitulée «Autres décisions et conclusions de la Commission», de la résolution 67/92 de l'Assemblée générale relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-quatrième sessions (par. 23 à 28 en particulier), de la résolution 67/1 de l'Assemblée générale, en date du 24 septembre 2012, dans laquelle figure la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, et de la résolution 67/97 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Inscription de nouveaux sujets au programme de travail de la Commission

167. À sa 3171^e séance, le 28 mai 2013, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés» et de nommer M^{me} Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet.

168. À sa 3197^e séance, le 9 août 2013, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Protection de l'atmosphère» et de nommer M. Shinya Murase Rapporteur spécial pour le sujet. Elle a précisé que l'inscription du sujet à son programme de travail était subordonnée aux conditions suivantes:

a) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne 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. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe «pollueur-payeur», le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions;

b) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterai pas plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et à d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à «combler» les lacunes des régimes conventionnels;

c) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet;

d) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer des projets de directive, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques.

Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions.

2. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

169. À sa 1^{re} séance, le 7 mai 2013, le Groupe de planification a décidé de constituer à nouveau, pour la session en cours, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. En l'absence de son président, M. Donald M. McRae, le Groupe de travail a été présidé par M. Mahmoud D. Hmoud. Celui-ci a présenté oralement un rapport intermédiaire d'activité au Groupe de planification, à sa 2^e séance, le 6 juin, et un autre rapport à sa 3^e séance, le 25 juillet 2013. Le Groupe de travail a recommandé d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission le sujet «Crimes contre l'humanité» sur la base de la proposition élaborée par M. Sean D. Murphy. Il s'inspirait de la recommandation formulée à propos des critères de choix des sujets par la Commission à sa cinquantième session, en 1998, à savoir:

- a) Le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international;
- b) Le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif;
- c) Le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins.

La Commission a convenu également qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale³⁸⁸.

170. La Commission a approuvé la recommandation tendant à inscrire le sujet «Crimes contre l'humanité» au programme de travail à long terme. Il a été dit que l'examen du sujet aurait dû être envisagé dans une perspective plus large que celle prévue dans le plan d'étude, et notamment englober tous les crimes les plus graves. Le plan d'étude du sujet que la Commission a inscrit à son programme de travail à long terme à la présente session est reproduit à l'annexe B du présent rapport.

3. Examen de la résolution 67/97 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2012 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

171. Dans sa résolution 67/97 du 14 décembre 2012, relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a notamment de nouveau invité la Commission à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait actuellement pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission fait chaque année des observations sur son action à cet égard. Elle note que, sur le fond, les observations détaillées figurant aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008 (A/63/10) demeurent pertinentes et elle réaffirme la teneur des observations figurant au paragraphe 231 de son rapport de 2009 (A/64/10), aux paragraphes 390 à 393 de son rapport de 2010 (A/65/10), aux paragraphes 392 à 398 de son rapport de 2011 (A/66/10) et aux paragraphes 274 à 279 de son rapport de 2012 (A/67/10).

172. La Commission accueille avec satisfaction la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international figurant dans la résolution 67/1 de l'Assemblée générale et elle partage l'attachement exprimé dans la Déclaration à un ordre international reposant sur l'état de droit, tout comme l'opinion selon laquelle l'état de droit s'applique de la même manière à tous les États ainsi qu'aux organisations internationales. La Commission prend également note de la satisfaction exprimée quant à son rôle dans la promotion de l'état de droit au niveau international par le développement progressif du droit international et sa codification.

³⁸⁸ *Annuaire ... 1998*, vol. II (deuxième partie), p. 114, par. 553.

173. La Commission rappelle que l'état de droit constitue son essence même, car sa mission fondamentale est d'œuvrer au développement progressif du droit international et à sa codification, en ayant à l'esprit son application au niveau national.

174. La Commission souhaite rappeler que ses travaux ont abouti à l'adoption par les États d'un nombre important de conventions. Pour que ces conventions réalisent pleinement leur objectif, elles doivent être ratifiées et appliquées. Les résultats des travaux de la Commission autres que les projets d'article qu'elle formule contribuent également au développement progressif du droit international et à sa codification. Ayant le principe de l'état de droit en permanence à l'esprit, la Commission a parfaitement conscience de l'importance que revêt l'application du droit international au niveau national, et elle œuvre à promouvoir l'état de droit en tant que principe de gouvernance au niveau international.

175. La Commission apprécie la contribution positive que l'Assemblée générale, principal organe délibérant et représentatif des Nations Unies, apporte à l'état de droit sous tous ses aspects en définissant des principes et des normes et en concourant au développement progressif et à la codification du droit international.

176. La Commission, en sa qualité d'organe créé par l'Assemblée générale et en exécution de son mandat tel qu'énoncé à l'Article 13, paragraphe 1 a), de la Charte des Nations Unies, conformément à son Statut, et tenant compte des vues exprimées par les États dans la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit, continuera de promouvoir l'état de droit par le développement progressif du droit international et sa codification.

177. La Commission se félicite que l'Assemblée générale ait décidé de choisir «L'état de droit et le règlement pacifique des différends internationaux» comme thème du débat de la Sixième Commission cette année.

178. Compte tenu de la relation étroite existant entre les dimensions nationale et internationale de l'état de droit, la Commission, dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, considère que ses travaux devraient tenir compte, le cas échéant, des principes des droits de l'homme qui sont fondamentaux pour l'état de droit, comme l'indiquent le Préambule et l'Article 13 de la Charte des Nations Unies ainsi que la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international.

179. C'est pourquoi la Commission s'est attachée à mieux faire connaître l'état de droit aux niveaux national et international, notamment dans le cadre de ses travaux sur des sujets comme l'expulsion des étrangers, la protection des personnes en cas de catastrophe, l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

180. La Commission réaffirme son attachement à l'état de droit dans toutes ses activités.

4. Honoraires

181. La Commission réaffirme une fois encore ses vues à propos des honoraires, à la suite de l'adoption de la résolution 56/272 par l'Assemblée générale, le 27 mars 2002, qui ont été exprimées par la Commission dans ses rapports précédents³⁸⁹. Elle souligne que cette

³⁸⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 525 à 531; *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 447; *ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 369; *ibid.*, soixantième session, *Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 501; *ibid.*, soixante et unième session, *Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 269; *ibid.*, soixante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 379; *ibid.*, soixante-troisième session, *Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 358; *ibid.*, soixante-quatrième session,

résolution touche particulièrement les rapporteurs spéciaux car elle risque de les priver de l'appui que nécessitent leurs travaux de recherche.

5. Documentation et publications

182. La Commission a réaffirmé qu'elle reconnaissait l'intérêt particulier et la valeur considérable pour ses travaux des publications juridiques élaborées par le Secrétariat³⁹⁰. Elle a noté avec satisfaction que la Division de la codification était en mesure d'accélérer sensiblement la parution de ses publications grâce à la poursuite et à l'extension de son activité de publication assistée par ordinateur, ce qui améliore considérablement l'actualité et la pertinence de ces publications pour les travaux de la Commission.

183. La Commission a noté avec satisfaction que les comptes rendus analytiques des séances de la Commission, qui constituent des travaux préparatoires essentiels pour le développement progressif et la codification du droit international, ne feraient pas l'objet de limitation arbitraire de leur longueur. Étant donné, cependant, que le manque de personnel dans les services chargés de la rédaction des comptes rendus analytiques risque d'avoir une incidence sur l'intégrité et la qualité des comptes rendus, plusieurs mesures expérimentales visant à rationaliser le traitement des comptes rendus analytiques de la Commission ont été prises à la suite d'échanges entre le secrétariat de la Commission et les services chargés de la rédaction. Ces nouveaux arrangements prévoient une communication plus rapide des comptes rendus provisoires aux membres de la Commission en vue de leur correction ponctuelle et une publication rapide des textes définitifs. L'on espère que ces mesures se traduiront par une utilisation plus rationnelle des ressources et faciliteront l'élaboration des comptes rendus définitifs dans toutes les langues, sans compromettre leur intégrité.

184. La Commission a conscience que dans la situation financière actuelle, la parution de plusieurs publications de la Division de la codification risque d'être compromise.

185. Étant donné l'extrême utilité des publications ci-après pour ses travaux, la Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de continuer à les publier:

- a) *La Commission du droit international et son œuvre*, dans les six langues officielles, au début de chaque quinquennat;
- b) *Le Recueil des sentences arbitrales*, en anglais ou en français; et
- c) *Le Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice*, dans les six langues officielles, tous les cinq ans.

186. La Commission a exprimé sa gratitude à tous les services intervenant dans la production des documents, à Genève comme à New York, pour leur traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés, contribuant ainsi au bon déroulement des travaux de la Commission.

187. Elle a aussi exprimé sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève, pour l'aide qu'elle apporte avec autant d'efficacité que de compétence à ses membres.

Supplément n° 10 (A/64/10), par. 240; ibid., soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), par. 396; ibid., soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), par. 399; et ibid., soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10), par. 280.

³⁹⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), par. 387 à 395.*

6. Fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international*

188. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire* était d'une importance déterminante pour qui veut comprendre ce que fait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international et renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 67/92, l'Assemblée générale avait exprimé sa reconnaissance aux gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international* et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

7. *Annuaire de la Commission du droit international*

189. La Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale d'*exprimer sa satisfaction* devant les remarquables progrès accomplis ces dernières années pour résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international* dans les six langues, et de *saluer* les efforts de la Division de la gestion des conférences, notamment sa Section de l'édition de l'Office des Nations Unies à Genève pour donner effectivement suite aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale appelant à une résorption de l'arriéré; d'*encourager* la Division de la gestion des conférences à fournir à la Section de l'édition l'appui continu nécessaire à la publication de l'*Annuaire*; et de *demander* qu'un état des progrès réalisés à cet égard soit régulièrement présenté à la Commission.

8. Aide de la Division de la codification

190. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat de l'aide précieuse qu'elle lui apporte par ses services fonctionnels et par sa participation aux recherches relatives à ses travaux. En particulier, la Commission a remercié le Secrétariat d'avoir réalisé deux études sur les sujets «Application provisoire des traités» (A/CN.4/658) et «Formation et identification du droit international coutumier» (A/CN.4/659). La Commission a réaffirmé l'intérêt particulier et la valeur considérable des publications juridiques de la Division de la codification pour ses travaux et a de nouveau demandé à la Division qu'elle continue de lui présenter ces publications.

9. Sites Web

191. La Commission a de nouveau rendu hommage au Secrétariat pour les résultats de son activité de mise à jour et de gestion du site Web de la Commission du droit international³⁹¹. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification³⁹² sont une ressource très précieuse pour la Commission et pour les chercheurs des milieux juridiques qui s'intéressent à ses travaux, en ce qu'ils contribuent à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international. La Commission a noté avec satisfaction que le site Web de la Commission donnait des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour ainsi qu'une version préliminaire éditée des comptes rendus analytiques des séances de la Commission.

³⁹¹ Voir <http://www.un.org/law/ilc/>.

³⁹² À consulter à l'adresse: <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

B. Dates et lieu de la soixante-sixième session de la Commission

192. La Commission a décidé que sa soixante-sixième session se tiendrait à Genève du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2014.

C. Coopération avec d'autres organes

193. À la 3182^e séance, le 18 juillet 2013, M. Peter Tomka, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités judiciaires récentes de la Cour³⁹³ en appelant également l'attention sur les efforts récemment déployés pour encourager l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour conformément à son Statut. Un échange de vues a suivi.

194. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) était représentée à la session par son Secrétaire général, M. Rahmat Mohamad, qui a pris la parole à la 3176^e séance, le 9 juillet 2013³⁹⁴. Il a mis l'accent sur les vues des États membres de l'AALCO, sur la base des déclarations qu'ils avaient faites dans d'autres instances internationales, concernant trois sujets inscrits au programme de travail de la Commission, à savoir «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», «Protection des personnes en cas de catastrophe» et «Formation et identification du droit international coutumier». Un échange de vues a suivi.

195. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe étaient représentés à la session par la Présidente du CAHDI, M^{me} Liesbeth Lijnzaad, et par la chef par intérim de la Division du droit international public du Conseil de l'Europe, M^{me} Christina Olsen, qui ont toutes deux pris la parole à la 3177^e séance de la Commission, le 10 juillet 2013³⁹⁵. Elles ont mis l'accent sur les activités en cours du CAHDI concernant diverses questions juridiques, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

196. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la session par M. Miguel Pichardo Olivier, qui a pris la parole à la 3180^e séance, le 16 juillet 2013³⁹⁶. Il a donné un aperçu des activités du Comité exposées dans le rapport annuel de celui-ci et des activités prévues pour 2013. Un échange de vues a suivi.

197. La Commission de l'Union africaine pour le droit international était représentée à la session par son président, M. Adelardus Kilangi, qui a pris la parole à la 3189^e séance, le 31 juillet 2013³⁹⁷. Il a donné un aperçu des activités de la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Un échange de vues a suivi.

198. Le 16 juillet 2013, un échange de vues informel s'est tenu entre les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur des questions d'intérêt mutuel. Des exposés ont été faits sur les activités de la Division juridique du CICR et sur le Traité sur le commerce des armes et son objectif humanitaire, ainsi que sur les sujets inscrits au programme de travail de la Commission, dont le sujet «Formation et identification du droit international coutumier»³⁹⁸.

³⁹³ Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ M. Laurent Colassis, chef adjoint de la Division juridique du CICR, a donné un aperçu du travail de la Division juridique du CICR et M^{me} Nathalie Weizmann, conseillère juridique à l'Unité Armes du CICR, a fait un exposé sur le Traité sur le commerce des armes et son objectif humanitaire.

D. Représentation à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale

199. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale par son président, M. Bernd H. Niehaus.

200. Étant donné que les discussions sur le sujet «Réserves aux traités» devant avoir lieu à la Sixième Commission ont été reportées à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, la Commission a exprimé une nouvelle fois le souhait que l'ancien Rapporteur spécial sur le sujet, M. Alain Pellet, soit invité par la Sixième Commission pour participer au débat sur la partie du rapport de 2011 de la Commission qui porte sur ce sujet³⁹⁹.

E. Conférence commémorative Gilberto Amado

201. Le 17 juillet 2013, les membres de la Commission, les participants au Séminaire de droit international et d'autres spécialistes du droit international ont assisté à la Conférence commémorative Gilberto Amado intitulée «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law» (Tendances actuelles concernant l'*opinio juris* et les preuves matérielles du droit international coutumier), prononcée par M. Paulo Borba Casella, professeur à l'Université de São Paulo. Un débat a suivi.

F. Séminaire de droit international

202. Conformément à la résolution 67/92 de l'Assemblée générale, la quarante-neuvième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 8 au 26 juillet 2013 pendant la session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de troisième cycle se spécialisant en droit international, à de jeunes universitaires ou diplomates et à des personnes en poste dans la fonction publique de leur pays.

203. Vingt et une personnes de nationalités différentes et de toutes les régions du monde ont participé à la session⁴⁰⁰. Les participants ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des exposés qui leur étaient spécialement destinés, et ont participé aux groupes de travail sur différents sujets.

204. Le Séminaire a été ouvert par M. Bernd Niehaus, Président de la Commission. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal de l'Office des Nations Unies à Genève, était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire.

M. S. D. Murphy a donné un aperçu des sujets inscrits au programme de travail de la Commission et M. M. Wood a fait un exposé sur le sujet «Formation et identification du droit international coutumier».

³⁹⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10*, A/66/10 (chap. IV) et Add.1.

⁴⁰⁰ Ont participé au Séminaire: M. Hatem Alabd (Égypte), M^{me} Makiko Asami (Japon), M. Jonas Attenhofer (Suisse), M^{me} Danai Azaria (Grèce), M. Eduardo Cagnoni (Argentine), M. Jorge Luis Cepero Aguilar (Cuba), M. Rasmané Congo (Burkina Faso), M^{me} Fiona Devlin (Irlande), M^{me} Athikarn Dilogwathana (Thaïlande), M^{me} Alicia Gauto Vázquez (Paraguay), M^{me} Hyun Jung Kim (République de Corée), M^{me} Pamela López-Ruiz Montes (Pérou), M. Brian McGarry (États-Unis d'Amérique), M^{me} Ha Thi Ngoc Nguyen (Viet Nam), M^{me} Siham Sebbar (Maroc), M. Edgardo Sobenes Obregon (Nicaragua), M^{me} Sarala Subramaniam (Singapour), M. Alexey Nikolayevich Trofimenkov (Fédération de Russie), M. Zoilo Velasco (Philippines), M. Mawuse Vormawor (Ghana) et M^{me} Olga Voronovich (Biélorus). Le Comité de sélection, présidé par M. Marco Sassoli, professeur et Directeur du Département de droit international public de l'Université de Genève, s'est réuni le 22 avril 2013 au Palais des Nations et a retenu 24 candidats sur 86. Trois des candidats retenus se sont désistés au dernier moment.

La coordination du Séminaire pour les questions de fond était assurée par l'Université de Genève. M. Vittorio Mainetti, spécialiste de droit international à l'Université de Genève, a fait office de coordonnateur, secondé par M. Martin Denis, assistant juridique.

205. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes: M. Ernest Petrič: «Les travaux de la Commission du droit international»; M. Georg Nolte: «Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités»; M^{me} Concepción Escobar Hernández: «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État»; M. Dire Tladi: «Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et interprétation des traités: Prise en considération de la pratique et des accords ultérieurs pour résoudre les controverses concernant l'utilisation durable de la biodiversité marine»; M. Michael Wood: «Formation et identification du droit international coutumier»; M. Sean D. Murphy: «Choix de nouveaux sujets pour la Commission du droit international: Processus et contenu»; M. Mathias Forteau: «Traitement juste et équitable en droit international de l'investissement»; et M. Shinya Murase: «Élaboration de normes internationales aux fins de la protection de l'environnement mondial».

206. Une conférence a également été donnée par M^{me} Iris Müller, Conseillère juridique au Comité international de la Croix-Rouge, sur «Le droit international humanitaire coutumier».

207. Les participants au Séminaire ont assisté à une réunion de réflexion spéciale organisée à l'extérieur par l'Université de Genève sur le sujet: «Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés». Au cours de cette réunion, M^{me} Marie Jacobsson, membre de la Commission et Rapporteuse spéciale sur ce sujet, a présenté celui-ci. Sa présentation a été suivie d'exposés et d'observations de M. Marco Sassoli, professeur à l'Université de Genève, M. Robert Kolb, professeur à l'Université de Genève, M. Makane Mbengue, professeur à l'Université de Genève, M^{me} Mara Tignino, maître assistante à l'Université de Genève, M^{me} Marie-Louise Tougas, du Comité international de la Croix-Rouge, M^{me} Karen Hulme, maître de conférences à l'Université d'Essex, M^{me} Britta Sjostedt, chercheuse à l'Université de Lund et M. David Jensen, chef de la Coopération environnementale pour la consolidation de la paix au PNUE.

208. Les participants au Séminaire ont également assisté à la Conférence commémorative Gilberto Amado, donnée le 17 juillet 2013, qui a été suivie d'une réception offerte par le Brésil.

209. Les participants ont eu l'occasion de se familiariser avec les travaux d'autres organisations internationales sises à Genève. Une visite de l'Union internationale des télécommunications (UIT) a été organisée et un exposé a été présenté par M. Alexander Beck, Conseiller juridique principal au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR).

210. Trois groupes de travail ont été organisés pour le Séminaire, le premier sur «Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités», le deuxième sur «Protection des personnes en cas de catastrophe» et le troisième sur «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État». Tous les participants ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Trois membres de la Commission, M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Georg Nolte et M. Eduardo Valencia-Ospina, ont supervisé les groupes de travail et les ont fait bénéficier de leur expertise. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions au Séminaire au cours d'une séance spéciale. Les rapports ont été synthétisés et distribués à tous les participants, ainsi qu'aux membres de la Commission.

211. La République et canton de Genève a offert aux participants une visite guidée de l'hôtel de ville de Genève et de la salle de l'Alabama.

212. M. Bernd Niehaus, Président de la Commission, M. Markus Schmidt, Directeur du Séminaire, et M^{me} Pamela López-Ruiz Montes (Pérou), au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission et les participants au Séminaire à la cérémonie de clôture. Chaque participant a reçu un certificat attestant sa participation à la quarante-neuvième session du Séminaire.

213. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que, depuis 2010, les Gouvernements de l'Argentine, de l'Autriche, de la Chine, de la Finlande, de l'Inde, de l'Irlande, du Mexique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, de la Suède et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants, originaires notamment de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique équitable des participants. Cette année, des bourses couvrant les frais de voyage et de séjour ont été octroyées à 15 candidats.

214. Depuis 1965, 1 115 participants, représentant 170 nationalités, ont pris part au Séminaire; 684 d'entre eux ont bénéficié d'une bourse.

215. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, originaires notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités des nombreuses organisations internationales sises à Genève. Elle recommande à l'Assemblée générale d'inviter à nouveau les États à verser des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2014 la plus large participation possible, compte tenu en particulier du cinquantième anniversaire du Séminaire, qui approche.

G. Commémoration du cinquantième anniversaire du Séminaire de droit international

216. La Commission s'est félicitée de ce qu'en 2014 le Séminaire de droit international tiendrait sa cinquantième session, et elle a souligné la contribution précieuse qui avait été celle du Séminaire, lequel avait permis à des générations successives de jeunes juristes internationaux de suivre les débats de la Commission et de mieux comprendre son fonctionnement.

217. Il a été décidé que la Commission, en coopération avec le Bureau de liaison juridique de l'Office des Nations Unies à Genève, commémorerait comme il convient ce cinquantième anniversaire, si possible en invitant d'anciens participants au Séminaire, notamment ceux devenus par la suite membres de la Commission et de la Cour internationale de Justice.

218. Cette commémoration pourrait coïncider avec la visite à la Commission du Président de la Cour internationale de Justice.

Annexes

- Annexe A. Rapport du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre
(*aut dedere aut judicare*)
- Annexe B. Les crimes contre l'humanité

Annexe A

Rapport du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

1. Introduction

1. *Objet.* Le présent rapport vise à récapituler et mettre en évidence certains aspects particuliers des travaux de la Commission sur le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)», dans le but d'aider les États et de faciliter les débats sur le sujet à la Sixième Commission.

2. *Obligation de combattre l'impunité conformément à l'état de droit.* Les États ont exprimé leur volonté de coopérer les uns avec les autres et avec les juridictions internationales compétentes dans la lutte contre l'impunité pour les auteurs de crimes, en particulier d'infractions ayant une portée internationale¹ et conformément à l'état de droit². Dans la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, les chefs d'État et de gouvernement et les chefs de délégation réunis le 24 septembre 2012 se sont engagés à «faire en sorte que l'impunité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que des violations du droit international humanitaire et des violations graves du droit des droits de l'homme ne soit pas tolérée, et que ces violations fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et de sanctions appropriées, notamment en veillant à ce que les auteurs de ces crimes ou violations soient traduits en justice selon la procédure prévue par le droit interne ou, s'il y a lieu, selon un mécanisme régional ou international, dans le respect du droit international...»³. Il est donné effet à l'obligation de coopérer pour combattre cette impunité dans de nombreuses conventions, notamment au moyen de l'obligation d'extrader ou de poursuivre⁴. L'idée que l'obligation d'extrader ou de poursuivre joue un rôle crucial

¹ Voir, par exemple, résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971 intitulée «Question du châtime des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité»; résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale du 3 décembre 1973 sur les «Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtime des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité»; et principe 18 de la résolution 1989/65 du 24 mai 1989 du Conseil économique et social intitulée «Prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions».

² Résolution 67/1 de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012.

³ *Ibid.*, par. 22.

⁴ Voir sect. 3 ci-dessous. Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour internationale de Justice affirme: «... L'extradition et l'engagement de poursuites constituent ... des moyens alternatifs pour lutter contre l'impunité en conformité avec le paragraphe 1 de l'article 7 [de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984]...» (arrêt du 20 juillet 2012, par. 50). La Cour ajoute que les États parties à la Convention contre la torture ont «[e]n raison des valeurs qu'ils partagent, [...] un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité» (*ibid.*, par. 68). La Cour réaffirme que l'objet et le but de la Convention sont «d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes» (*ibid.*, par. 74, et aussi par. 75). Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial M. Zdzislaw Galicki a abondamment traité la question du devoir de concourir à la lutte contre l'impunité et a cité les exemples suivants d'instruments internationaux qui le consacrent juridiquement: l'Article premier, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies,

dans la lutte contre l'impunité est largement partagée par les États⁵; l'obligation s'applique à l'égard de tout un éventail de crimes graves qui touchent la communauté internationale et figure dans toutes les conventions sectorielles contre le terrorisme international conclues depuis 1970.

3. Le rôle que joue l'obligation d'extrader ou de poursuivre pour faciliter la coopération internationale dans la lutte contre l'impunité est reconnu depuis au moins l'époque d'Hugo Grotius, lequel avait énoncé le principe *aut dedere aut punire* (extrader ou punir): «Lorsqu'il en est requis, un État doit soit punir le coupable comme il le mérite, soit le remettre entre les mains de l'État requérant»⁶. La terminologie moderne remplace «punir» par «poursuivre» comme deuxième branche de l'alternative par rapport à l'extradition, pour mieux intégrer la possibilité qu'un suspect soit disculpé.

4. *L'importance de l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans les travaux de la Commission du droit international.* On peut considérer que le sujet était déjà compris dans le sujet intitulé «Juridiction en matière d'infractions commises en dehors du territoire national» qui figurait sur la liste provisoire de 14 matières à codifier lors de la première session de la Commission en 1949⁷. Le sujet est également abordé dans les articles 8 (Compétence) et 9 (Obligation d'extrader ou de poursuivre) du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996. L'article 9 du projet de code énonce une obligation d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'un crime de génocide, de crimes contre l'humanité, de crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé ou de crimes de guerre⁸. Le principe *aut dedere aut judicare* découlerait d'un «certain nombre de conventions multilatérales»⁹ où figure cette obligation. Une analyse de la genèse du projet de code laisse penser que l'article 9 procède davantage de la nécessité de disposer d'un système efficace d'incrimination et de poursuite en ce qui concerne les crimes les plus graves précités, plutôt que de la pratique effective des États et de l'*opinio juris*¹⁰. L'article se justifie par la gravité des crimes en cause et la volonté de combattre l'impunité pour les auteurs de ces crimes¹¹. Alors que le projet de code est axé sur les crimes les plus graves¹²,

le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, et la Ligne directrice XII des Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme, adoptées le 30 mars 2011, A/CN.4/648, par. 26 à 33.

⁵ Par exemple, Belgique (A/CN.4/612, par. 33); Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède (A/C.6/66/SR.26, par. 10); Suisse (*ibid.*, par. 18); El Salvador (*ibid.*, par. 4); Italie (*ibid.*, par. 42); Pérou (*ibid.*, par. 64); Bélarus (A/C.6/66/SR.27, par. 41); Fédération de Russie (*ibid.*, par. 64); et Inde (*ibid.*, par. 81).

⁶ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Livre II, chap. XXI, sect. IV. Le droit de la guerre et de la paix: traduction française, par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coud, 1724, vol. 1, p. 639 à 660, p. 640.

⁷ Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd. (New York, Nations Unies, 2009), vol. 1, p. 44.

⁸ «Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17 [génocide], 18 [crimes contre l'humanité], 19 [crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé] ou 20 [crimes de guerre] est découvert extrade ou poursuit ce dernier.» Voir aussi le commentaire de la Commission sur cet article (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* (A/51/10), chap. II).

⁹ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, art. 8, par. 3) (*ibid.*).

¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/49/10), p. 84, par. 142.

¹¹ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, art. 8, par. 3), 4) et art. 9, par. 2) (*ibid.*, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)).

¹² Lors de la première lecture en 1991, le projet de code comprenait les 12 crimes suivants: agression, menace d'agression, intervention, domination coloniale et autres formes de domination étrangère,

le champ d'application *ratione materiae* de l'obligation d'extrader ou de poursuivre couvre les crimes les plus graves de portée internationale, comme indiqué au paragraphe 2 ci-dessus.

5. *Emploi des termes latins* «aut dedere aut judicare». Dans le passé, certains membres de la Commission, dont le Rapporteur spécial M. Zdzislaw Galicki, ont douté de l'opportunité d'employer la formule latine *aut dedere aut judicare*, surtout en ce qui concerne le mot «judicare», qui n'est pas véritablement l'équivalent de «poursuivre». Le Rapporteur spécial a cependant considéré qu'il était à ce stade prématuré de se concentrer sur le sens précis à donner aux termes utilisés, cela devant être fait dans un futur projet d'article consacré aux «Définitions»¹³. Le rapport du Groupe de travail repose sur l'idée que la question du caractère prioritaire de l'obligation, soit d'«extrader» soit de «poursuivre» dépend du contexte et du régime juridique applicable dans chaque cas particulier.

2. Résumé des travaux de la Commission depuis 2006

6. La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à sa cinquante-septième session (2005) et a nommé M. Zdzislaw Galicki Rapporteur spécial pour le sujet¹⁴. Cette décision a été approuvée par la Sixième Commission de l'Assemblée générale¹⁵. De sa cinquante-huitième session (2006) à sa soixante-troisième session (2011), la Commission a reçu et examiné quatre rapports et quatre projets d'article présentés par le

génocide, apartheid, violations systématiques ou massives des droits de l'homme, crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité, recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires, terrorisme international, trafic illicite de stupéfiants et dommages délibérés et graves à l'environnement. Lors de ses sessions de 1995 et 1996, la Commission a ramené à quatre le nombre de crimes dans le projet final de code: agression, génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, en s'en tenant aux principes de Nuremberg comme critère de choix des crimes couverts par le projet de code. Il semble que les commentaires défavorables formulés par 24 gouvernements à propos de la liste des 12 crimes proposés aient été la cause principale de cette décision. Un cinquième crime, à savoir les crimes commis contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, a été ajouté au dernier moment en raison de l'ampleur et de la gravité du problème des attaques contre ce personnel et du «rôle central qui est le sien dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales» (A/CN.4/448 et Add.1).

Le crime d'agression n'a pas été visé à l'article 9 du projet de code. De l'avis de la Commission, «il serait contraire au principe fondamental du droit international *par in parem imperium non habet* que les tribunaux d'un État puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre État a commis une agression... [et] l'examen par un tribunal interne d'un État, dans l'exercice de sa compétence, de la question de savoir si un autre État a commis une agression aurait de graves répercussions pour les relations internationales et la paix et la sécurité internationales» (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10* (A/51/10), p. 31, par. 14).

¹³ A/CN.4/603, par. 36 et 37. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial avait examiné différentes formules latines intéressant le sujet, à savoir: *aut dedere aut punire*; *judicare aut dedere*; *aut dedere aut prosequi*; *aut dedere, aut judicare aut tergiversari*; et *aut dedere aut poenam persequi* (A.CN.4/571, par. 5 à 8). Voir aussi: Raphaël van Steenberghe, «The Obligations to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature» (*Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011)), p. 1089, p. 1107 et 1108, à propos des formules *aut dedere aut punire*, *aut dedere aut prosequi*, et *aut dedere aut judicare*.

¹⁴ À sa 2865^e séance, le 4 août 2005 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 500).

¹⁵ Résolution 60/22 de l'Assemblée générale du 23 novembre 2005.

Rapporteur spécial¹⁶. Un groupe de travail sur le sujet a été constitué en 2009 sous la présidence de M. Alain Pellet afin d'élaborer un cadre général pour le traitement du sujet, de manière à délimiter les questions à traiter et à fixer un ordre de priorité¹⁷. La Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe de travail et a reproduit le cadre général proposé par le Groupe de travail pour l'examen du sujet dans son rapport annuel sur les travaux de sa soixante et unième session (2009)¹⁸.

7. Sur la base du point a) ii) du cadre général proposé, qui vise «L'obligation d'extrader ou de poursuivre dans les traités en vigueur», le Secrétariat a procédé à une *Étude des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare)»*¹⁹ (ci-après «Étude du Secrétariat (2010)»). Cette étude recensait les instruments multilatéraux, tant universels que régionaux, dont des dispositions prévoient l'alternative – extrader ou poursuivre – comme moyen de punir les auteurs d'infractions.

8. En juin 2010, le Rapporteur spécial a présenté un document de travail intitulé *Bases de discussion au Groupe de travail créé pour le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare)»*²⁰, contenant des observations et des suggestions fondées sur le cadre général établi en 2009, et s'inspirant en outre de l'Étude du Secrétariat (2010). Le Rapporteur spécial appelait en particulier l'attention sur les questions concernant: a) les fondements juridiques de l'obligation d'extrader ou de poursuivre; b) le champ d'application *ratione materiae* de l'obligation d'extrader ou de poursuivre; c) le contenu de l'obligation d'extrader ou de poursuivre; et d) les circonstances donnant naissance à l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

9. En 2010, le Groupe de travail, sous la présidence temporaire de M. Enrique J. A. Candioti, a reconnu que l'Étude du Secrétariat (2010) avait contribué à élucider certains aspects du cadre général proposé en 2009. Il a été noté que, pour permettre de mieux comprendre les questions arrêtées dans le cadre général, l'examen de la pratique des traités multilatéraux, sur laquelle l'Étude du Secrétariat (2010) avait mis l'accent, devait être complété par un examen détaillé d'autres aspects de la pratique des États (notamment, mais pas seulement, la législation nationale, la jurisprudence et les déclarations officielles de représentants gouvernementaux). Il a été en outre souligné que, dans la mesure où l'obligation de coopérer dans la lutte contre l'impunité semblait être le fondement de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, un examen systématique de la pratique des États à cet égard était nécessaire. Cela permettrait de déterminer dans quelle mesure cette obligation pouvait influencer, en tant que règle générale ou pour des infractions spécifiques, les travaux de la Commission sur le sujet, s'agissant notamment du champ d'application *ratione materiae*, du contenu de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, et des circonstances donnant naissance à cette obligation.

10. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a établi un groupe de travail à composition non limitée sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree, chargé d'évaluer l'avancée des travaux sur le sujet à la Commission et d'étudier diverses options

¹⁶ Le Rapporteur spécial a présenté un rapport préliminaire (A/CN.4/571) en 2006, son deuxième rapport (A/CN.4/585 et Corr.1) en 2007, son troisième rapport (A/CN.4/603) en 2008, et son quatrième rapport (A/CN.4/648) en 2011. M. Galicki a proposé les projets d'article dans son deuxième rapport (A/CN.4/585, par. 76), son troisième rapport (A/CN.4/603, par. 110 à 129) et, trois ans plus tard, dans son quatrième rapport (A/CN.4/648, par. 40, 70 et 71, et 95).

¹⁷ À sa 2988^e séance, le 31 juillet 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 315).

¹⁸ *Ibid.*, soixante-quatrième session, *Supplément n° 10* (A/64/10), par. 204.

¹⁹ A/CN.4/630.

²⁰ A/CN.4/L.774.

possibles pour les travaux futurs de la Commission²¹. À ce stade, aucun rapporteur spécial n'a été nommé en remplacement de M. Galicki, qui n'était plus membre de la Commission. Le Président du Groupe de travail a présenté quatre documents de travail non officiels à la soixante-quatrième session (2012) et quatre autres documents de travail non officiels à la soixante-cinquième session (2013). Les débats du Groupe de travail sur ces documents constituent la base du présent rapport.

3. Examen du sujet par le Groupe de travail en 2012 et 2013

11. Le Groupe de travail s'est intéressé à l'Étude du Secrétariat (2010) et à l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, compte tenu de leur utilité pour ses travaux.

12. *Typologie des dispositions d'instruments multilatéraux*. L'Étude du Secrétariat (2010) proposait une description et une typologie des instruments pertinents et examinait les travaux préparatoires de certaines grandes conventions qui avaient servi de modèle dans ce domaine, ainsi que les réserves formulées à l'égard de certaines des dispositions en question. Elle signalait également les différences et les similitudes entre les dispositions des différentes conventions examinées et leur évolution, et présentait plusieurs conclusions générales concernant: a) la relation entre extradition et poursuite dans les dispositions pertinentes; b) les conditions régissant l'extradition dans les différentes conventions; et c) les conditions auxquelles la décision d'engager des poursuites était subordonnée dans les différentes conventions. Les conventions contenant de telles dispositions étaient classées en quatre catégories: a) la Convention internationale pour la répression du faux monnayage de 1929 et les autres conventions conçues sur le même modèle; b) les conventions régionales d'extradition; c) les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977; et d) la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs et les autres conventions conçues sur le même modèle.

13. La Convention internationale pour la répression du faux monnayage de 1929 et les autres conventions conçues sur le même modèle²² prévoient généralement un mécanisme dont les éléments constitutifs sont les suivants: a) la criminalisation de l'infraction visée, que les États parties s'engagent à rendre passible de sanction dans leur législation interne; b) des dispositions relatives à la poursuite ou à l'extradition qui tiennent compte des vues divergentes des États en ce qui concerne l'extradition de nationaux et l'exercice de la compétence extraterritoriale, cette dernière étant facultative plus qu'obligatoire; c) des dispositions qui imposent l'obligation d'extrader, l'obligation de poursuivre n'intervenant qu'après un refus de donner suite à une demande d'extradition; d) un régime d'extradition en vertu duquel les États s'engagent, sous certaines conditions, à considérer l'infraction comme cas d'extradition; e) une disposition prévoyant que la participation d'un État à la Convention ne doit pas être interprétée comme affectant son attitude sur la question générale de la compétence de la juridiction pénale comme question de droit international; et f) une clause de non-préjudice concernant la législation pénale et l'administration de chaque État. Si certains des instruments établis sur ce modèle présentent des différences terminologiques de nature rédactionnelle, d'autres modifient sur le fond les obligations souscrites par les États parties.

²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 206.

²² Par exemple: a) Convention pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles, 1936; b) Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, 1937; c) Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, 1950; d) Convention unique sur les stupéfiants, 1961; et e) Convention sur les substances psychotropes, 1971.

14. Un grand nombre de conventions et d'arrangements internationaux sur l'extradition contiennent aussi des dispositions combinant l'option de l'extradition et celle des poursuites²³, bien que ces instruments mettent généralement l'accent sur l'obligation d'extrader (qui est régie en détail) et n'envisagent l'engagement de poursuites que comme solution de remplacement pour éviter l'impunité dans le cadre de cette coopération. Selon ce modèle, l'extradition est comprise comme un moyen de rendre effective la compétence pénale. Les États parties sont tenus à un devoir général d'accorder l'extradition sauf si les dispositions pertinentes fixent une condition ou énoncent une exception pouvant être opposée à la demande, y compris des motifs obligatoires ou discrétionnaires de refus. C'est ainsi qu'un État peut interdire l'extradition de ses nationaux ou la soumettre à des garanties spécifiques. Les dispositions figurant dans des accords et arrangements postérieurs ont fait l'objet de modifications et d'ajustements au fil du temps, concernant en particulier les conditions et exceptions²⁴.

15. Dans un article qui leur est commun, les quatre Conventions de Genève de 1949 prévoient que chaque Partie contractante a l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre des infractions graves, et qu'elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle peut aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes²⁵. C'est pourquoi, selon ce modèle, l'obligation de rechercher et de poursuivre les personnes soupçonnées d'infractions n'est soumise à aucune considération juridictionnelle et elle est effective, qu'il y ait ou non demande d'extradition de la part d'un autre État partie²⁶. L'extradition reste cependant une possibilité à condition que l'État intéressé à la poursuite ait retenu des charges suffisantes. Ce mécanisme est rendu applicable au Protocole additionnel I de 1977 par renvoi²⁷.

16. La Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (Convention de La Haye de 1970) dispose dans son article 7 que «[l']État contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire ... à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale». Cette «formule de La Haye» est une variante de la formule des Conventions de Genève et a servi de modèle

²³ Ces instruments sont notamment les suivants: a) la Convention de droit international privé de 1928, également connue sous le nom de «Code Bustamante», vol. IV (Procédure internationale), titre III (Extradition); b) la Convention d'extradition de 1933; c) la Convention d'extradition interaméricaine de 1981; d) la Convention européenne d'extradition de 1957; e) la Convention générale de coopération en matière de justice de 1961; f) la Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) relative à l'extradition de 1994; et g) le Dispositif de Londres pour l'extradition au sein du Commonwealth.

²⁴ Il peut être aussi rappelé que l'Assemblée générale a adopté le Traité type d'extradition (résolution 45/116, annexe) et le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (résolution 45/117).

²⁵ Art. 49, 50, 129 et 146, respectivement, des première, deuxième, troisième et quatrième Conventions de Genève. La raison pour laquelle ces Conventions de Genève emploient le verbe «déférer» («hand over») plutôt que «extrader» («extradite») est expliquée dans l'Étude du Secrétariat (2010), au paragraphe 54.

Selon Claus Kreß («Reflection on the *Iudicare* Limb of the Grave Breaches Regime», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 789), ce qu'implique effectivement la branche *iudicare* du régime des infractions graves est un devoir de mener une enquête et, s'il y a lieu, de poursuivre et de condamner.

²⁶ Voir Jean S. Pictet (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, commentaire, vol. IV (Comité international de la Croix-Rouge, 1958), p. 593.

²⁷ Art. 85, par. 1 et 3, et art. 88, par. 2, du Protocole additionnel I de 1977.

à plusieurs conventions qui visent à réprimer des infractions spécifiques, principalement pour lutter contre le terrorisme, mais aussi dans bien d'autres domaines (torture, financement et instruction de mercenaires, crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, criminalité transnationale, corruption et disparitions forcées)²⁸. Néanmoins, bon nombre de ces instruments s'écartent des termes du texte d'origine, ce qui modifie parfois sur le fond les obligations énoncées dans la formule de La Haye.

17. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, M. le juge Yusuf s'est aussi intéressé à la typologie des traités où figure la formule *aut dedere aut judicare* et les a répartis en deux grandes catégories²⁹. La première catégorie est celle des traités qui imposent une obligation

²⁸ Ces Conventions sont notamment les suivantes: a) Convention de l'Organisation des États américains (OEA) pour la prévention et la répression des actes de terrorisme prenant la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales, 1971; b) Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, 1971; c) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 1973; d) Convention européenne pour la répression du terrorisme, 1977; e) Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, 1977; f) Convention internationale contre la prise d'otages, 1979; g) Convention sur la protection physique des matières nucléaires, 1979; h) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984; i) Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, 1985; j) Convention régionale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur la répression du terrorisme, 1987, et Protocole additionnel à la Convention, 2004; k) Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, additionnel à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile de 1971, 1988; l) Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 1988; m) Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 1988; n) Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, 1989; o) Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, 1994; p) Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, 1994, et Protocole facultatif y relatif, 2005; q) Convention interaméricaine contre la corruption, 1996; r) Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, 1997; s) Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 1997; t) Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 1997; u) Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, 1998; v) Convention pénale sur la corruption, 1999; w) deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 1999; x) Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 1999; y) Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 2000; z) Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et Protocoles s'y rapportant, 2000; aa) Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, 2001; bb) Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, 2003; cc) Convention des Nations Unies contre la corruption, 2003; dd) Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, 2005; ee) Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 2005; ff) Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 2006; gg) Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la lutte contre le terrorisme, 2007; hh) Protocole complémentaire à la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, 2010; et ii) Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, 2010.

²⁹ Opinion individuelle de M. le juge Yusuf dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, par. 19 à 22. Voir aussi l'Étude du Secrétariat (2010), par. 126. Cf. aussi le commentaire soumis par la Belgique à la Commission en 2009, dans lequel elle distingue deux types de traités: a) les traités qui contiennent

d'extrader et subordonnent l'obligation de poursuivre à un refus de donner suite à une demande d'extradition. Ces conventions comportent des dispositions accordant la priorité à l'extradition vers l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise. La plupart de ces conventions n'imposent pas aux États parties une obligation générale de poursuivre le délinquant supposé, et l'engagement de poursuites par l'État sur le territoire duquel celui-ci se trouve ne devient une obligation qu'en cas de refus d'une demande d'extradition, ou s'il existe d'autres facteurs tenant par exemple à la nationalité du suspect. Des exemples de cette première catégorie peuvent être trouvés à l'article 9, paragraphe 22, de la Convention internationale pour la répression du faux monnayage de 1929, à l'article 15 de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, et à l'article 5 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

La seconde catégorie de conventions internationales comporte des dispositions qui imposent une obligation de poursuivre en laissant ouverte la possibilité d'une extradition, ainsi que des dispositions qui imposent une obligation de poursuivre, l'extradition ne devenant une obligation qu'en cas d'inaction de l'État pour engager des poursuites. Relèvent de cette catégorie, par exemple, les dispositions pertinentes des quatre Conventions de Genève de 1949, l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, et l'article 7, paragraphe 1, de la Convention contre la torture.

18. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail considère que lorsqu'ils élaborent des conventions, les États peuvent décider librement quelle est la formule conventionnelle relative à l'obligation d'extrader ou de poursuivre qui convient le mieux à l'objectif recherché dans chaque cas. Vu l'extrême diversité qui caractérise la formulation, le contenu et le champ d'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans la pratique conventionnelle, il serait vain que la Commission entreprenne d'harmoniser les différentes clauses conventionnelles relatives à cette obligation³⁰.

19. Bien que le Groupe de travail estime qu'il convient d'analyser au cas par cas la portée de l'obligation d'extrader ou de poursuivre en vertu des conventions applicables, il reconnaît qu'il existe peut-être dans les conventions les plus récentes prévoyant cette obligation certaines tendances générales et caractéristiques communes. L'une des tendances les plus pertinentes semble être la «formule de La Haye» qui sert «de modèle pour la

une clause *aut dedere aut judicare* subordonnant l'obligation de juger à un refus de donner suite à une demande d'extradition de l'auteur présumé d'une infraction; et b) les traités qui contiennent une clause *judicare vel dedere* obligeant les États à exercer la compétence universelle à l'égard d'auteurs d'infractions graves prévues par ces conventions sans subordonner cette obligation au refus d'honorer une demande préalable d'extradition (A/CN.4/612, par. 15); le Rapporteur spécial M. Galicki a cité ce commentaire dans son quatrième rapport (A/CN.4/648, par. 85 et note 56).

³⁰ Comme il est dit dans les conclusions de l'Étude du Secrétariat (2010) (A/CN.4/630, par. 153): «... Il ressort de l'examen de la pratique conventionnelle en la matière que les différentes conventions réglementent ces questions avec une précision qui varie considérablement et qu'il en existe très peu qui retiennent des mécanismes identiques pour punir les auteurs d'infractions (notamment en ce qui concerne le rapport entre extradition et poursuite). Les dispositions relatives aux poursuites et à l'extradition dépendent de plusieurs facteurs: le cadre géographique, institutionnel et thématique dans lequel chaque convention est négociée ... et le développement de branches connexes du droit international comme les droits de l'homme et la justice pénale internationale. Il s'ensuit que, s'il est possible de dégager quelques tendances générales et caractéristiques communes à partir des dispositions en question, un examen au cas par cas s'impose cependant pour parvenir à établir avec certitude le champ d'application précis de chaque disposition, en tenant compte de sa formulation, de l'économie générale du traité dans lequel elle s'insère et des travaux préparatoires correspondants.».

plupart des conventions contemporaines visant à réprimer certaines infractions»³¹. Environ les trois quarts des conventions élaborées depuis 1970 suivent la «formule de La Haye». Ces conventions postérieures à 1970 ont pour caractéristique commune de prévoir que l'État qui détient l'auteur présumé de l'infraction, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception, à une autorité compétente. À cette obligation s'ajoutent des dispositions prévoyant que les États parties: a) incriminent l'infraction visée dans leur droit interne; b) établissent leur compétence aux fins de connaître de l'infraction lorsqu'il existe un lien particulier avec cette infraction ou lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouvant sur leur territoire, ils ne l'extradent pas; c) prennent des dispositions afin que l'auteur présumé de l'infraction soit placé en détention et qu'il soit procédé à une enquête préliminaire; et d) considèrent l'infraction comme un cas d'extradition³². En particulier, dans le cadre de la branche «poursuite» de l'obligation, les conventions insistent seulement sur l'obligation qu'a l'État de détention de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Dans une moindre mesure, il est également prévu que si l'État de détention n'agit pas pour engager des poursuites, l'auteur présumé de l'infraction doit être extradé «sans aucune exception».

20. Le Groupe de travail observe que le régime conventionnel existant présente d'importantes lacunes quant à l'obligation d'extrader ou de poursuivre qu'il pourrait être nécessaire de combler. Il relève notamment l'absence de conventions internationales comportant cette obligation à l'égard de la plupart des crimes contre l'humanité³³, des crimes de guerre autres que des infractions graves et des crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux³⁴. S'agissant du génocide, le régime de coopération

³¹ *Ibid.*, par. 91.

³² *Ibid.*, par. 109.

³³ La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 suit la formule de La Haye, et mentionne «l'extrême gravité» de l'infraction, qu'elle qualifie, quand la pratique en est généralisée ou systématique, de «crime contre l'humanité». Néanmoins, hormis ce cas, il semble qu'il n'existe pas de conventions internationales comportant l'obligation d'extrader ou de poursuivre s'agissant de crimes contre l'humanité.

³⁴ Le principe qui sous-tend les quatre Conventions de Genève de 1949 est l'établissement d'une compétence universelle pour les infractions graves aux Conventions. Chaque Convention comporte un article définissant les actes qui constituent des infractions graves, lequel suit immédiatement l'article relatif à l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Pour les première et deuxième Conventions de Genève, cet article est identique (art. 50 et 51, respectivement) et se lit ainsi: «Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.»

L'article 130 de la troisième Convention de Genève dispose: «Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention.»

L'article 147 de la quatrième Convention de Genève dispose: «Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la

internationale pourrait être renforcé par rapport au régime rudimentaire prévu par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, l'article VI de la Convention sur le génocide n'oblige les États contractants qu'à instituer et exercer une compétence pénale territoriale ainsi qu'à coopérer avec «la cour criminelle internationale» dans certaines circonstances³⁵.

4. Exécution de l'obligation d'extrader ou de poursuivre

21. *La formule de La Haye.* Le Groupe de travail estime que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* peut aider à élucider certains aspects de l'exécution de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. L'arrêt se limite à une analyse du mécanisme visant à éviter l'impunité dans le cadre de la Convention contre la torture. La Cour s'attache en particulier à examiner la relation existant entre les différents articles relatifs à l'établissement de la compétence (art. 5), l'obligation de procéder à une enquête préliminaire (art. 6), et l'obligation de poursuivre ou d'extrader (art. 7)³⁶. Si le raisonnement de la Cour se rapporte spécifiquement à des questions relatives à l'exécution des obligations dans le cadre de cette Convention, dès lors que les dispositions de la Convention contre la torture relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader suivent le modèle de la «formule de La Haye», la décision de la Cour peut aussi contribuer à préciser le sens du régime de l'obligation de poursuivre ou d'extrader de la Convention de La Haye de 1970 et d'autres conventions qui ont repris la même formule³⁷. Comme la Cour a également affirmé que l'interdiction de la torture avait acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)³⁸, la formule retenue dans la Convention contre la torture pour l'obligation de poursuivre ou

déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par les nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.».

Les quatre Conventions de Genève et le Protocole additionnel I de 1977 ne prévoient pas l'obligation d'extrader ou de poursuivre en dehors des cas d'infractions graves. Aucun autre instrument international relatif aux crimes de guerre ne comporte cette obligation.

³⁵ C.I.J. *Recueil* 2007, par. 442 et 449. L'article VI se lit ainsi : «Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction.». Au paragraphe 442 de son arrêt, la Cour n'a pas exclu d'autres bases de compétence, en faisant observer que «[l']article VI n'oblige les États contractants qu'à instituer et exercer une compétence pénale territoriale; s'il n'interdit certes pas aux États de conférer à leurs tribunaux pénaux, en matière de génocide, une compétence fondée sur d'autres critères que le lieu de commission du crime compatibles avec le droit international, en particulier la nationalité de l'accusé, il ne leur impose pas d'agir ainsi».

³⁶ *Belgique c. Sénégal*, par. 71 à 121.

³⁷ La Cour relève que le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention contre la torture s'inspire d'une disposition similaire contenue dans la Convention de La Haye de 1970 (*ibid.*, par. 90). Comme M^{me} la juge Donoghue le déclare: le dispositif de l'arrêt ne lie que les Parties. Néanmoins, l'interprétation que donne la Cour d'un traité multilatéral (ou du droit international coutumier) peut avoir des conséquences pour d'autres États. Le nombre de questions posées par les Membres de la Cour durant la procédure orale est révélateur de la vaste portée des questions de droit soulevées par l'affaire (déclaration de M^{me} la juge Donoghue dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, par. 21).

³⁸ *Belgique c. Sénégal*, par. 99.

d'extrader pourrait servir de modèle pour de nouveaux régimes de l'obligation de poursuivre ou d'extrader applicables à des interdictions ayant le caractère de normes impératives (*jus cogens*), comme le génocide, les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre graves.

22. La Cour a estimé que chaque État partie à la Convention contre la torture a des obligations qui lui imposent d'incriminer la torture, d'établir la compétence de ses juridictions pour connaître du crime de torture afin de se doter de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, et de procéder immédiatement à une enquête préliminaire, aussitôt que le suspect se trouve sur son territoire. La Cour déclare: «Ces obligations, dans leur ensemble, peuvent être considérées comme des éléments d'un même dispositif conventionnel visant à éviter que les suspects ne puissent échapper à la mise en jeu, s'il y a lieu, de leur responsabilité pénale.»³⁹ L'obligation prévue au paragraphe 1 de l'article 7 «de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale», que la Cour appelle «obligation de poursuivre», ne dépend pas de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect. Néanmoins, les autorités nationales compétentes saisies gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves à leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale⁴⁰. La Cour considère en particulier que «l'extradition est une option offerte par la Convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la Convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite»⁴¹. La Cour note aussi qu'il est souligné, tant dans la Convention de La Haye de 1970 que dans la Convention contre la torture, «que ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État»⁴².

23. *Éléments fondamentaux de l'obligation d'extrader ou de poursuivre à inclure dans la législation nationale.* L'exécution effective de l'obligation d'extrader ou de poursuivre suppose que l'État prenne les mesures nécessaires au plan national pour incriminer les infractions concernées, établir la compétence à l'égard de ces infractions et de la personne présente sur son territoire, procéder à une enquête ou mener une enquête préliminaire, appréhender le suspect et soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (ce qui peut ou non déboucher sur l'engagement de poursuites) ou procéder à l'extradition, si une demande d'extradition est faite par un autre État ayant la compétence et la capacité nécessaires pour poursuivre le suspect.

24. *Établissement de la compétence nécessaire.* L'établissement de la compétence est «en toute logique, une étape préalable» à la mise en œuvre d'une obligation d'extrader ou de poursuivre un suspect présent sur le territoire d'un État⁴³. Aux fins du présent sujet, dans l'hypothèse où le crime a été commis à l'étranger et en l'absence de lien particulier avec l'État du for, l'obligation d'extrader ou de poursuivre correspondrait nécessairement à

³⁹ *Ibid.*, par. 91. Voir aussi par. 74 et 75, 78, 94.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 90, 94.

⁴¹ *Ibid.*, par. 95.

⁴² Art. 7, par. 2, de la Convention contre la torture, et art. 7 de la Convention de La Haye de 1970, *ibid.*, par. 90.

⁴³ Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc Union africaine-Union européenne (UA-UE) sur le principe de compétence universelle (8672/1/09/Rev.1), annexe, par. 11. Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour internationale de Justice relève que la mise en œuvre par l'État de son obligation d'établir la compétence universelle de ses juridictions pour connaître du crime de torture est une condition nécessaire pour pouvoir procéder à une enquête préliminaire et soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (*Belgique c. Sénégal*, arrêt, par. 74).

l'exercice de la compétence universelle⁴⁴, c'est-à-dire «la compétence pour établir une compétence territoriale à l'égard de personnes pour des événements extraterritoriaux»⁴⁵ lorsque ni les victimes ni les auteurs supposés de l'infraction ne sont des nationaux de l'État du for et qu'il n'a pas été porté atteinte aux intérêts nationaux de cet État. Cependant, l'obligation d'extrader ou de poursuivre peut aussi correspondre à l'exercice de la compétence sur d'autres bases. Ainsi, si un État peut exercer sa compétence selon un autre critère, il n'a pas à invoquer nécessairement la compétence universelle pour s'acquitter de l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

La compétence universelle est un élément essentiel de l'action pénale contre des individus soupçonnés de crimes de portée internationale, en particulier lorsqu'ils ne font pas l'objet de poursuites sur le territoire où le crime a été commis⁴⁶. Plusieurs instruments internationaux, comme les Conventions de Genève de 1949 très largement ratifiées et la Convention contre la torture, supposent l'exercice de la compétence universelle pour les infractions visées par ces instruments à moins que l'État n'extrade les auteurs supposés de l'infraction vers un autre État aux fins de l'exercice de l'action pénale.

25. *Retard dans l'adoption de la législation.* Comme l'affirme la Cour dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, le fait que la législation nécessaire pour l'exercice de l'action pénale ait été adoptée tardivement affecte l'exécution par l'État partie de son obligation de procéder à une enquête préliminaire et de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale⁴⁷. L'obligation de l'État va au-delà de la simple adoption d'une législation nationale. L'État doit aussi exercer effectivement sa compétence à l'égard d'un suspect, en premier lieu par l'établissement des faits⁴⁸.

26. *Obligation de procéder à une enquête.* De l'avis de la Cour dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, l'obligation de mener une enquête comporte plusieurs éléments:

- En règle générale, l'obligation de mener une enquête doit être interprétée à la lumière de l'objet et du but de la convention applicable, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre l'impunité⁴⁹;
- L'obligation vise à corroborer ou non les soupçons qui pèsent sur la personne concernée⁵⁰. Le point de départ est l'établissement des faits pertinents, qui est une étape essentielle de la lutte contre l'impunité⁵¹;

⁴⁴ Selon un auteur, le principe *aut dedere aut judicare* recouvre partiellement la compétence universelle lorsqu'un État n'a pas d'autre lien avec le crime allégué ou le suspect que la simple présence de la personne sur son territoire (Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Intersentia, 2005), p. 122).

⁴⁵ Affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, par. 42.

⁴⁶ Il convient de rappeler que l'«Obligation d'extrader ou de poursuivre» définie à l'article 9 du projet de code des crimes de 1996 est étroitement liée à l'établissement de la «Compétence» en vertu de l'article 8 du projet de code, qui impose à chaque État partie de prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et des crimes de guerre, quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes. Le commentaire de l'article 8 élaboré par la Commission indique clairement que c'est la compétence universelle qui est ainsi envisagée (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 7)).

⁴⁷ *Belgique c. Sénégal*, par. 76, 77.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 84.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 86.

- Dès le moment où les autorités ont des raisons de soupçonner une personne présente sur le territoire d'être responsable d'actes relevant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, elles doivent ouvrir une enquête. L'enquête préliminaire doit être immédiatement engagée. Ce moment se situe, au plus tard, à la date du dépôt de la première plainte contre l'intéressé⁵², lorsqu'il devient impératif d'établir les faits⁵³;
- Cependant, le simple interrogatoire du suspect aux fins de constater son identité et de lui faire connaître les faits qui lui sont imputés ne peut être considéré comme la mise en œuvre de l'obligation de conduire une enquête préliminaire⁵⁴;
- L'enquête doit être conduite par les autorités qui sont chargées d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve (par exemple, documents ou témoignages se rapportant aux faits en cause et à l'implication éventuelle du suspect). Ces autorités sont celles de l'État sur le territoire duquel le crime supposé a été commis ou de tout autre État auprès duquel des plaintes en relation avec l'affaire ont été déposées. Afin de s'acquitter de son obligation de procéder à une enquête préliminaire, l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect doit solliciter la coopération des autorités des États précités⁵⁵;
- Une enquête menée sur le fondement de la compétence universelle doit respecter les mêmes normes de preuve que lorsque l'État a compétence en vertu d'un lien avec l'affaire en cause⁵⁶.

27. *Obligation de poursuivre.* Selon le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, l'obligation de poursuivre comporte certains éléments:

- L'obligation de poursuivre est en réalité une obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale; elle n'entraîne pas l'obligation d'engager des poursuites⁵⁷. De fait, en fonction des éléments de preuve, l'exécution de l'obligation peut déboucher ou non sur l'engagement de poursuites. Les autorités compétentes gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de l'État concerné⁵⁸;
- Les mesures nécessaires à l'exécution de l'obligation de poursuivre doivent être entreprises sans retard, dès que possible, en particulier une fois que la première plainte a été déposée contre le suspect⁵⁹;

⁵⁰ *Ibid.*, par. 83.

⁵¹ *Ibid.*, par. 85 et 86.

⁵² *Ibid.*, par. 88.

⁵³ *Ibid.*, par. 86.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 85.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 83.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 84.

⁵⁷ Cf. aussi *Chili Komitee Nederland c. Pinochet*, Cour d'appel d'Amsterdam, 4 janvier 1995 *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997), p. 363 à 365, affaire dans laquelle la Cour d'appel a conclu que le Procureur néerlandais n'avait pas commis d'erreur en refusant de poursuivre l'ex-Président chilien Pinochet lors de sa visite à Amsterdam parce que Pinochet pouvait jouir d'une immunité de poursuites et que toutes les preuves à charge nécessaires se trouvaient au Chili, pays avec lequel les Pays-Bas n'avaient pas d'accord de coopération en matière de poursuites pénales. Voir Kimberley N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism* (Oxford: Oxford University Press 2011), p. 88, note 132.

⁵⁸ *Belgique c. Sénégal*, par. 90, 94.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 115, 117.

- Le moment choisi pour mettre en œuvre l'obligation de poursuivre doit être tel qu'il ne conduit pas à une injustice; c'est pourquoi les mesures nécessaires doivent être prises dans un délai raisonnable⁶⁰.
28. *Obligation d'extrader.* S'agissant de l'obligation d'extrader:
- L'extradition ne peut avoir lieu que vers un État qui a compétence, à un titre ou un autre, pour poursuivre le suspect et le juger conformément à une obligation juridique internationale liant l'État sur le territoire duquel se trouve la personne⁶¹;
 - L'exécution de l'obligation d'extrader ne saurait être remplacée par une procédure d'expulsion, de transfèrement extrajudiciaire ou d'autres formes officieuses de renvoi du suspect vers un autre État⁶². Les demandes officielles d'extradition supposent d'importantes protections des droits de l'homme qui peuvent être absentes de formes officieuses de renvoi du suspect vers un autre État, comme les transfèrements extrajudiciaires. Selon la législation de la plupart, sinon la totalité, des États relative à l'extradition, les conditions nécessaires à respecter sont notamment la double incrimination, les principes *ne bis in idem* et *nullum crimen sine lege*, la règle de la spécialité, et la non-extradition d'un suspect vers un pays où il sera jugé pour des motifs liés à l'origine ethnique, la religion, la nationalité ou les opinions politiques.
29. *Conformité à l'objet et au but.* Les mesures prises par un État doivent être interprétées à la lumière de l'objet et du but de l'instrument international applicable ou des autres sources d'obligation internationale liant cet État, qui visent à rendre plus efficace la lutte contre l'impunité⁶³. Il convient aussi de rappeler qu'en vertu de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflète le droit international coutumier, un État partie à un traité ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité⁶⁴. En outre, les mesures prises doivent être conformes à l'état de droit.
30. Dans les cas de crimes graves de portée internationale, l'obligation d'extrader ou de poursuivre vise à éviter l'impunité de leurs auteurs présumés en faisant en sorte qu'ils ne puissent pas trouver refuge auprès d'un État quel qu'il soit⁶⁵.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 114, 115. Cf. opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade dans cette affaire, par. 148, 151 à 153; opinion dissidente de M. le juge ad hoc Sur dans la même affaire, par. 50; et opinion dissidente de M^{me} la juge Xue, par. 28.

⁶¹ *Belgique c. Sénégal*, par. 120.

⁶² Cf. projet d'article 13 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté en première lecture par la Commission en 2012, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, chap. IV, et Cour européenne des droits de l'homme, *Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, requête n° 9990/82, par. 52 à 60, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'extradition déguisée en expulsion afin de contourner les exigences de la procédure d'extradition est illégale et incompatible avec le droit à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶³ Voir le raisonnement suivi dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, par. 85 et 86. La Cour en déduit que les difficultés financières soulevées par le Sénégal ne peuvent justifier son manquement aux obligations lui incombant au titre de la Convention contre la torture (*ibid.*, par. 112). De même, la saisine de l'Union africaine ne peut justifier le retard pris par le Sénégal pour respecter ses engagements au titre de la Convention (*ibid.*).

⁶⁴ *Ibid.*, par. 113.

⁶⁵ *Belgique c. Sénégal*. Comme l'a aussi expliqué M. le juge Cançado Trindade, le comportement de l'État doit être propre à assurer le respect des obligations de résultat (en l'espèce, l'interdiction de la torture), l'État ne pouvant soutenir que, malgré les moyens mis en œuvre, les insuffisances ou les difficultés du droit interne ont rendu impossible le plein respect de son obligation (d'interdire les faits de torture et de poursuivre leurs auteurs); et la Cour ne saurait considérer qu'une affaire est close pour

31. *Champ d'application temporel de l'obligation.* L'obligation d'extrader ou de poursuivre en vertu d'un traité ne s'applique qu'à l'égard de faits survenus après son entrée en vigueur pour l'État concerné «[à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie»⁶⁶. Après qu'un État est devenu partie à un traité comportant l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il a le droit, à compter de la date où il y est devenu partie, d'exiger le respect par un autre État partie de l'obligation d'extrader ou de poursuivre⁶⁷. Ainsi, l'obligation d'incriminer les actes interdits par une convention comportant l'obligation d'extrader ou de poursuivre et d'établir la compétence nécessaire sur ces actes doit être mise en œuvre par l'État concerné dès qu'il est lié par cette convention⁶⁸. Rien n'empêche cependant l'État de procéder à une enquête ou d'engager des poursuites en ce qui concerne des actes commis avant l'entrée en vigueur de la convention pour cet État⁶⁹.

32. *Conséquences du non-respect de l'obligation d'extrader ou de poursuivre.* Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, la Cour a conclu que la violation d'une obligation internationale prévue par la Convention contre la torture est un fait illicite engageant la responsabilité de l'État⁷⁰. Dès lors que toutes les mesures nécessaires à l'exécution de l'obligation n'ont pas été prises, l'État continue de manquer à l'obligation qui lui incombe⁷¹. Le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite prévoit que la commission d'un fait internationalement illicite attribuable à un État entraîne des conséquences juridiques, notamment une obligation de cessation et de non-répétition de ce fait (art. 30), une obligation de réparation (art. 31, et 34 à 39) et des contre-mesures (art. 49 à 54).

33. *Relation entre l'obligation et la «troisième voie».* Avec la création de la Cour pénale internationale et de différentes juridictions pénales internationales *ad hoc*, il est désormais possible à un État confronté à l'obligation d'extrader ou de poursuivre un accusé, de recourir à une troisième solution – la remise du suspect à un tribunal pénal international compétent⁷². Cette troisième voie est prévue à l'article 11, paragraphe 1, de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006⁷³.

34. Dans l'opinion dissidente qu'elle a jointe à l'arrêt *Belgique c. Sénégal*, M^{me} la juge Xue exprime l'avis que si le Sénégal avait remis le suspect à un tribunal international constitué par l'Union africaine afin qu'il y soit jugé, il n'aurait pas manqué à son obligation de poursuivre prévue par l'article 7 de la Convention contre la torture, parce que la création d'un tel tribunal aurait répondu au but de la Convention, et que cela n'est

le seul motif que l'État concerné aurait eu un «bon comportement» (opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, par. 50; pour la totalité de son raisonnement, par. 43 à 51).

⁶⁶ *Belgique c. Sénégal*, par. 100 à 102, citant l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 103 à 105.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 75.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 102, 105.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 95.

⁷¹ *Ibid.*, par. 117.

⁷² L'article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 prévoit que l'obligation d'extrader ou de poursuivre est «[s]ans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale».

⁷³ «L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'un crime de disparition forcée est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, ou ne le remet pas à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence, soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.»

pas interdit par la Convention elle-même ni par la pratique des États⁷⁴. Il va de soi que si «une intention différente ... [ressort] du traité ou [est] par ailleurs établie»⁷⁵ qui interdirait la remise d'un suspect à un tribunal pénal international, cette remise ne libérerait pas les États parties au traité de l'obligation d'extrader l'individu ou de le poursuivre dans le cadre de leurs systèmes juridiques internes respectifs.

35. Il est proposé, compte tenu de l'importance croissante des juridictions pénales internationales, que cette troisième voie soit prévue dans les nouvelles dispositions conventionnelles relatives à l'obligation d'extrader ou de poursuivre, tout comme dans les législations nationales.

36. *Observation supplémentaire.* Un État pourrait aussi s'acquitter des deux éléments de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, par exemple en poursuivant, jugeant et condamnant l'auteur d'une infraction avant de l'extrader ou de le remettre à un autre État aux fins de l'exécution du jugement⁷⁶.

⁷⁴ Opinion dissidente de M^{me} la juge Xue, par. 42 (dissidente sur d'autres points).

⁷⁵ Art. 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁷⁶ Cette possibilité a été mentionnée par le Rapporteur spécial M. Galicki dans son rapport préliminaire (A/CN.4/571), par. 49 et 50.

Annexe B

Les crimes contre l'humanité (M. Sean D. Murphy)

A. Introduction

1. Dans le domaine du droit international, trois crimes particulièrement graves ont émergé: les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité¹. Cependant, si ces trois crimes relèvent de la compétence des principaux tribunaux pénaux internationaux créés à ce jour, deux seulement font l'objet d'un traité de caractère universel faisant obligation aux États de prévenir et de réprimer les actes visés, ainsi que de coopérer entre eux à cette fin. Les crimes de guerre ont été codifiés par les dispositions des Conventions de Genève de 1949² et du Protocole I³ additionnel à ces instruments, relatives aux «infractions graves», et le génocide, par la Convention de 1948 sur le génocide⁴. Cependant, il n'existe aucun traité comparable en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, alors même que la perpétration de tels crimes constitue toujours un trait inacceptable de nombreux conflits et crises dans le monde entier.

2. Par exemple, le massacre de civils perpétré dans le cadre d'un conflit armé international serait couvert par le régime des infractions graves des Conventions de Genève de 1949, mais le même comportement s'inscrivant dans le cadre d'un conflit armé interne (ou dans le cadre de troubles internes n'atteignant pas le seuil d'intensité d'un conflit armé) ne le serait pas. Si ces massacres correspondent parfois aux conditions spécifiques prévues par la Convention sur le génocide, ce n'est souvent pas le cas, s'agissant par exemple des actes commis par les Khmers rouges au Cambodge. En conséquence, lorsque des massacres ou d'autres atrocités se produisent, il n'y a souvent aucune disposition conventionnelle applicable relative à la coopération entre États⁵.

3. Dans ces conditions, il apparaît qu'une convention de caractère universel relative aux crimes contre l'humanité fait nettement défaut dans le cadre actuellement formé par le droit international humanitaire, le droit international pénal et le droit international des droits

¹ Un quatrième crime particulièrement grave devrait s'inscrire à son tour dans le domaine de compétence de la Cour pénale internationale – le crime d'agression. En outre, des traités importants visent certains types de crimes spécifiques (par exemple la torture, l'apartheid ou les disparitions forcées) qui, s'ils sont commis de manière généralisée ou systématique, sont susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité.

² Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 970, p. 31; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 971, p. 85; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 972, p. 135; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 973, p. 287.

³ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17512, p. 3.

⁴ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

⁵ Les traités en vigueur visent parfois certains aspects de ces atrocités. Voir, par exemple, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, par. 53 à 55, consultable à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17065.pdf> (dans lequel, en dépit d'allégations de crimes contre l'humanité, la coopération interétatique pertinente s'est exclusivement axée sur les agissements tombant sous le coup de la Convention contre la torture).

de l'homme. La Commission du droit international aurait donc pour objectif, en ce qui concerne ce sujet, d'élaborer des projets d'article qui auraient vocation à devenir une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité (convention relative aux crimes contre l'humanité).

B. L'émergence de la notion de «crimes contre l'humanité»

4. La «clause de Martens» figurant dans les Conventions de La Haye de 1899/1907 faisait référence aux «lois de l'humanité et [aux] ... exigences de la conscience publique» en vue de mettre en place des protections pour les personnes en temps de guerre⁶. Plus tard, la possibilité de prohiber les «crimes contre l'humanité» a été envisagée, l'élément central étant l'interdiction faite à un gouvernement d'infliger des atrocités à son propre peuple, y compris en dehors des périodes de guerre. Les tribunaux créés à Nuremberg et Tokyo au lendemain de la Seconde Guerre mondiale comptaient parmi leurs chefs de compétence les «crimes contre l'humanité», définis comme:

«l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal»⁷.

5. Les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg ont été réaffirmés en 1946 par l'Assemblée générale⁸, laquelle a également invité la Commission du droit international à les «formuler». La Commission a donc étudié les principes de Nuremberg et en a proposé une synthèse en 1950, définissant les crimes contre l'humanité comme:

«l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes»⁹.

6. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par l'Assemblée générale en 1968, appelle les États à ériger en infraction et à rendre imprescriptibles dans leur droit interne les «crimes contre l'humanité» tels qu'ils sont définis par le statut de Nuremberg¹⁰. Cette convention, qui ne compte pas plus de quatre articles de fond, est étroitement centrée sur l'imprescriptibilité; elle appelle les parties à adopter les mesures nécessaires «en vue de permettre» l'extradition des auteurs

⁶ Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, préambule, voir J. B. Scott, éd., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 101 et 102.

⁷ Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, annexe, Statut du Tribunal militaire international, 1945, art. 6 c), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n^o 251, p. 280; Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, 19 janvier 1946, art. 5 c), modifié le 26 avril 1946, *Bevans*, vol. 4, p. 20. Personne n'a cependant été déclaré coupable de ce crime devant le Tribunal de Tokyo.

⁸ Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut [du Tribunal] de Nuremberg, résolution 95(I) de l'Assemblée générale, A/64/Add.1, p. 188.

⁹ *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 374.

¹⁰ Résolution 2391 (XXIII) de l'Assemblée générale, annexe, A/7218 (1968), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, n^o 10823 p. 73.

des crimes qu'elle vise mais ne leur fait pas expressément obligation d'exercer leur juridiction sur les crimes contre l'humanité. Elle a jusqu'à présent recueilli l'adhésion de 54 États.

7. En 1993, le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a donné compétence à celui-ci pour connaître des «crimes contre l'humanité»¹¹, tout comme l'a fait le statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda en 1994 en ce qui concerne cette juridiction¹². En 1996, la Commission a donné une définition des «crimes contre l'humanité» dans le cadre de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹³, dont la formulation a eu une influence considérable sur l'incorporation de ce crime dans le Statut de Rome de 1998 portant création de la Cour pénale internationale (CPI)¹⁴. Ce dernier texte définit notamment le crime contre l'humanité comme un crime «commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque»¹⁵.

C. Éléments clés à envisager pour une convention

8. Plusieurs éléments pourraient figurer dans une convention sur les crimes contre l'humanité et devront faire l'objet d'un examen approfondi par la Commission au cours de ses travaux. Les éléments clés qui semblent nécessaires viseraient à :

- Définir l'infraction de «crimes contre l'humanité» aux fins de la convention, ainsi qu'elle est définie à l'article 7 du Statut de Rome;
- Faire obligation aux parties d'incorporer cette infraction dans leur législation nationale, sans se limiter aux actes commis sur le territoire ou par des ressortissants de l'État partie, mais en visant également les actes commis à l'étranger par des non-nationaux qui se trouvent ensuite sur le territoire de l'État partie;
- Faire obligation aux parties de mettre en place une solide coopération entre les États aux fins de mener des enquêtes et de poursuivre et punir les auteurs de cette infraction, notamment par l'entraide judiciaire, l'extradition et la reconnaissance de la validité des preuves; et
- Imposer l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur le territoire d'une partie.

De nombreuses conventions relatives à d'autres types de crimes n'ont été axées que sur ces éléments essentiels et la Commission pourrait décider qu'une convention simplifiée serait, dans ce cas aussi, la meilleure solution¹⁶. Cependant, il se peut qu'au cours de ses travaux sur le sujet, elle identifie d'autres éléments à prendre en considération.

¹¹ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, résolution 827 du Conseil de sécurité, art. 5 de l'annexe (25 mai 1993).

¹² Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, résolution 955 du Conseil de sécurité, art. 3 de l'annexe (8 novembre 1994).

¹³ *Annuaire ... 1966*, vol. II (deuxième partie), par. 50, art. 18.

¹⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

¹⁵ Art. 7.

¹⁶ Voir, par exemple, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 1973, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, n° 15410, p. 167. Rédigé par la Commission lors de sa vingt-quatrième session en 1972, cet instrument a été ouvert à la signature en 1973 et est entré en vigueur en 1977; il compte actuellement 176 États parties.

D. Relation entre la convention et la Cour pénale internationale

9. La question de savoir quelle relation une convention relative aux crimes contre l'humanité entretiendrait avec la CPI se pose naturellement. Les travaux d'élaboration de la convention s'inspireraient sans doute beaucoup des dispositions du Statut de Rome et des instruments ainsi que de la jurisprudence s'y rapportant. Parallèlement, l'adoption de cette convention permettrait de faire progresser des initiatives capitales sur des points non traités par le Statut de Rome, tout en appuyant la mission de la CPI.

10. En premier lieu, le Statut de Rome régit les relations entre les États qui y sont parties et la CPI, mais il ne règle pas les questions qui se posent entre les États parties eux-mêmes (pas plus qu'entre États parties et non parties). Par ailleurs, le chapitre IX du Statut de Rome intitulé «Coopération internationale et assistance judiciaire» reconnaît implicitement que la coopération entre États concernant des crimes qui relèvent de la compétence de la CPI continuera de s'exercer en dehors de ce statut. La convention contribuerait à promouvoir la coopération générale entre États en vue de mener des enquêtes, de procéder à des arrestations, d'engager des poursuites et de punir les auteurs de crimes contre l'humanité, objectif correspondant pleinement à l'objet et au but du Statut de Rome.

11. En deuxième lieu, si la CPI est appelée à demeurer une institution internationale primordiale pour l'exercice de l'action pénale contre de hauts responsables accusés de crimes contre l'humanité, elle n'a pas été conçue (ni dotée des ressources suffisantes) pour poursuivre tous les auteurs de crimes contre l'humanité. Au contraire, l'idée qui a présidé à sa création est que les juridictions nationales sont, au premier chef, le lieu approprié pour l'exercice des poursuites, sous réserve que des lois nationales appropriées soient en place (principe de complémentarité). Selon une opinion largement répandue, étant donné que la CPI n'a pas la capacité de poursuivre tous les auteurs de crimes contre l'humanité, une prévention et une répression efficaces de ces crimes, au moyen d'une coopération active entre les juridictions nationales et de l'exercice de leur compétence, sont nécessaires.

12. En troisième lieu, la convention ferait obligation aux États d'adopter des législations nationales interdisant et réprimant la commission de crimes contre l'humanité, ce que de nombreux États n'ont pas encore fait à ce jour¹⁷. Elle contribuerait de ce fait à combler une lacune et pourrait ainsi avoir pour effet d'encourager tous les États à ratifier le Statut de Rome ou à y adhérer. Les États qui ont déjà adopté des législations nationales relatives aux crimes contre l'humanité se sont souvent bornés à autoriser l'exercice de l'action pénale pour les crimes commis par leurs nationaux ou sur leur territoire; la convention imposerait aux États parties d'élargir la portée de leur législation afin qu'elle soit applicable à d'autres

¹⁷ Diverses études ont tenté de répertorier les législations nationales relatives aux crimes contre l'humanité. Voir Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011); M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011) (voir le chapitre 9 intitulé «A Survey of National Legislation and Prosecutions for Crimes against humanity»); Comité international de la Croix-Rouge, *Base de données sur les mesures nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire* (mise à jour périodiquement), consultable à l'adresse <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>. Une étude menée par la George Washington University Law School International Human Rights Law Clinic indique que la moitié environ des États Membres de l'ONU n'ont pas adopté de législation nationale relative aux crimes contre l'humanité – ce chiffre n'est pas très différent si l'on se limite aux États parties au Statut de Rome, bien que le préambule de celui-ci affirme l'obligation d'adopter des législations nationales en la matière. Voir Statut de Rome, alinéa 6 du préambule (rappelant qu'«il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux»). Il ressort en outre de l'étude que les États qui ont adopté une telle législation ont souvent omis d'y incorporer tous les éléments du Statut de Rome et/ou d'incriminer les actes commis par des non-nationaux à l'étranger.

auteurs se trouvant sur leur territoire (à savoir des non-nationaux qui auraient commis les infractions visées sur le territoire d'une autre partie à la convention).

13. En quatrième lieu, dans l'hypothèse où un État partie au Statut de Rome recevrait une demande de remise d'une personne à la CPI et une demande d'extradition de cette personne émanant d'un autre État sur la base de la convention, le Statut de Rome prévoit à son article 90 une procédure visant à résoudre les cas de demandes concurrentes. La convention pourrait être rédigée de telle sorte que les États parties à la fois au Statut de Rome et à la convention puissent continuer à appliquer cette procédure.

E. Le sujet satisfait-il aux critères de la Commission concernant le choix des sujets?

14. La Commission a décidé précédemment que tout sujet nouveau devrait: a) correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international; b) être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et un développement progressif; et c) être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins¹⁸.

15. S'agissant des critères b) et c), le présent sujet est suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États, vu que des législations nationales réprimant les crimes contre l'humanité ont été adoptées dans la moitié environ des États Membres de l'ONU et qu'une attention considérable a été accordée à ces crimes ces vingt dernières années dans les instruments constitutifs des tribunaux pénaux internationaux et les textes connexes ainsi que dans la jurisprudence de ces juridictions, à savoir la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les chambres spéciales pour les crimes graves au Timor-Leste et les chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens. En outre, l'élaboration de la convention paraît aujourd'hui techniquement faisable compte tenu du grand nombre de conventions analogues couvrant d'autres types de crimes. La rédaction de la convention mettrait à profit les travaux antérieurs de la Commission dans ce domaine, tels que ses rapports et l'étude du Secrétariat sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)¹⁹, et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, visant notamment à promouvoir la coopération entre États en matière d'incrimination, de poursuites et d'extradition des auteurs de crimes contre l'humanité.

16. S'agissant du critère a), les États ont manifesté un grand intérêt pour des mesures visant à réprimer les crimes internationaux graves, comme le montre clairement la création de la CPI, ainsi que pour la conclusion d'instruments de caractère universel visant à définir des infractions pénales internationales et appelant les États à les prévenir et à en punir les auteurs. Actuellement, le renforcement des capacités nationales de répression des crimes internationaux graves, notamment pour permettre au principe de complémentarité de jouer pleinement son rôle, suscite un intérêt considérable. Dans ce contexte, les États souhaiteront peut-être adopter une convention relative aux crimes contre l'humanité rédigée avec soin. En outre, l'idée d'élaborer une convention de ce type a reçu ces dernières années le soutien de nombreux juges et membres du Bureau du Procureur de la CPI et d'autres tribunaux pénaux internationaux, d'anciens hauts fonctionnaires de l'ONU et représentants des États ainsi que de membres de la communauté universitaire²⁰.

¹⁸ *Annuaire ... 1997*, vol. II (deuxième partie), par. 238 (1997).

¹⁹ A/CN.4/630.

²⁰ Voir L. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011) (contenant des témoignages et des avis favorables à cette idée).

F. Calendrier envisageable

17. Si la Commission décidait d'inscrire ce sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-cinquième session, elle pourrait solliciter les avis des États à la Sixième Commission à l'automne 2013. Si les réactions sont favorables, elle pourrait, à sa soixante-sixième session, prendre les mesures nécessaires à l'examen du sujet, peut-être en nommant un rapporteur spécial qui soumettrait un premier rapport. Le succès de ce projet serait ensuite tributaire de nombreux facteurs, mais l'existence de conventions analogues et la base solide résultant de l'activité des tribunaux pénaux internationaux existants portent à croire que la Commission pourrait être en mesure d'adopter un projet d'articles complet en première lecture avant la fin du quinquennat en cours.

G. Background Materials

International Law Commission

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with Commentaries, Yearbook ... 1950, vol. II, p. 374.

Draft code of crimes against the peace and security of mankind, *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), para. 50.

Preliminary, Second, Third, and Fourth Reports on the Obligation to Extradite or Prosecute, 2006-2008 and 2011 (A/CN.4/571, A/CN.4/585 and Corr.1, A/CN.4/603 and A/CN.4/648, respectively).

Case-law

ICC: Various cases, including *Bemba Gombo*, *Gbagbo*, and *Katanga & Ngudjolo* cases.

ICTY: Various cases, including *Blaskić*, *Milutinović*, *Kordić*, *Kunarac*, *Kupreškić*, *Martić*, *Šešelj*, *Sikirica*, *Simić*, *Stakić*, *Stanković*, *Strugar*, *Tadić*, and *Vasiljević* cases.

ICTR: Various cases, including *Akayesu*, *Bagilishema*, *Bagosora*, *Bisengimana*, *Bikindi*, *Bucyibaruta*, *Gacumbitsi*, *Kajelijeli*, *Kambanda*, *Kamuhanda*, *Karemera*, *Karera*, *Kayishema & Ruzindana*, *Mpambara*, *Muhimana*, and *Musema* cases.

SCSL: Various cases, including *Brima*, *Fofana and Kondewa*, *Sesay*, and *Taylor* cases.

East Timor Special Panels: Various cases, including the decisions available at <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm>.

Cambodia Extrordinary Chambers: Various cases, including *Kaing Guek Eav* and *Nuon Chea et al.* cases.

Select Bibliography

K. Ambos & S. Wirth, "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 1 (2002).

G. Acquaviva & F. Pocar, "Crimes against Humanity", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 855 (2012).

E. Aronéanu, *Le Crime Contre l'Humanité* (1961).

M. Badar, "From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity", *San Diego International Law Journal*, vol. 5, p. 73 (2004).

- Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law* (2002).
- M.C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice* (2010).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*, 2nd revised edition (1999).
- M.C. Bassiouni, “‘Crimes against Humanity’: The Need for a Specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, p. 457 (1994).
- M. Bettati, “Le crime contre l’humanité” in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet eds., *Droit international pénal*, 2nd edition (2012), p. 103.
- J. Bazelaire & T. Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye* (2000).
- N. Boister & R. Cryer, *The Tokyo International Tribunal: A Reappraisal* (2008).
- H.D. Bosly & D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice* (2012).
- A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edition (2008), pp. 98-126.
- A. Cassese, “Crimes against Humanity” in A. Cassese et al. eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2002), p. 375.
- A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), *Juridictions Nationales et Crimes Internationaux* (2002).
- J. Cerone, “The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity”, *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 191 (2008).
- S. Chalandon & P. Nivelles, *Crimes contre l’Humanité: Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon* (1998).
- R. Clark, “Crimes against Humanity at Nuremberg” in G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law* (1990), p. 177.
- R. Clark, “Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court” in R. Clark, F. Feldbrugge, & S. Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs* (2001), p. 139.
- P. Currat, *Les crimes contre l’humanité dans le statut de la Cour pénale internationale* (2006).
- J. Dautricourt, “Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future,” *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 170 (1949).
- M. deGuzman, “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity,” *Human Rights Quarterly*, vol. 22, p. 335 (2000).
- M. Delmas-Marty, *Le crime contre l’humanité* (2009).
- P.M. Dhena, *Droit d’ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l’humanité et crime de génocide* (2012).

- J. Doria, "Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes" in J. Doria, H. Gasser, & M.C. Bassiouni, eds. *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honor of Professor Igo Blishchenko* (2009), p. 645.
- K. Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002).
- C. Eboe-Osuji, "Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population" *African Journal of Legal Studies*, vol. 2, p. 118 (2008).
- M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008).
- P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2009).
- S. Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'État moderne* (2010).
- J. Graven, "Les Crimes contre l'Humanité", *Recueil des Cours*, vol. 1950-I, p. 433.
- C.K. Hall *et al.*, "Article 7, Crimes against Humanity" in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition (2008), p. 159.
- "International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences", *American Journal of International Law*, vol. 41, p. 172 (1947).
- Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité* (LGDJ, Paris, 2002, XV-519 p.)
- S. Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2009).
- B. Kuschnik, "The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, p. 459 (2008).
- M. Lattimer and P. Sands (eds.), *Justice for Crimes against Humanity* (2003).
- R. Lee *et al.* (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001).
- D. Luban, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, p. 85 (2004).
- C. Macleod, "Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity", *European Journal of International Law*, vol. 21, p. 281 (2010).
- L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account* (2005).
- S. Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH* (2004).
- G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *Harvard International Law Journal*, vol. 43, p. 237 (2002).
- P. Parenti (ed.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional* (2007).
- Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la humanidad* (1986).
- D. Robinson, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 43 (1999).

-
- B. Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective* (2004).
- G. Richard (ed.), *L'Histoire Inhumaine: Massacres et Génocides des Origines à Nos Jours* (1992).
- L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011).
- W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), pp. 137-87.
- W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone* (2006).
- E. Schwelb, "Crimes against Humanity", *British Yearbook of International Law*, vol. 23, p. 181 (1946).
- D.L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (2005).
- E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003).
- P. Sturma, "K návrhu kodexu zlocinu proti míru a bezpečnosti lidstva", *Praivník*, vol. 128(9/10), p. 879 (1989).
- Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd edition (2008).
- R. Vernon, "What is Crime against Humanity?", *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, p. 231 (2002).
-