A/72/10*

Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

Soixante-neuvième session
(1er mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017)

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-douzième session
Supplément nº 10 (A/72/10)

* Nouveau tirage pour raisons techniques (15/09/2017).

Merci de recycler

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-douzième session
Supplément n° 10 (A/72/10)

Rapport de la Commission du droit international

Soixante-neuvième session
(1er mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017)

Nations Unies • New York, 2017

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 2017*.

ISSN 0251-822X

Table des matières

Chapitre		*Page*
I.	Introduction	1
II.	Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-neuvième session	5
III.	Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	7
IV.	Crimes contre l'humanité	9
V.	Application provisoire des traités	134
VI.	Protection de l'atmosphère	154
VII.	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	171
VIII.	Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)	201
IX.	Succession d'États en matière de responsabilité de l'État	213
X.	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés	222
XI.	Autres décisions et conclusions de la Commission	224

Table des matières

Chapitre *Page*

I. Introduction 1

A. Membres de la Commission 1

B. Membres du Bureau et Bureau élargi 2

C. Comité de rédaction 2

D. Groupes de travail 3

E. Secrétariat 4

F. Ordre du jour 4

II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-neuvième session 5

III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission 7

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 7

B. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 7

C. Nouveaux sujets 7

IV. Crimes contre l'humanité 9

A. Introduction 9

B. Examen du sujet à la présente session 9

C. Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité adoptés par la Commission en première lecture 10

1. Texte des projets d'article 10

2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs 21

Commentaire général 21

Préambule 23

Commentaire 24

Article 1 Champ d'application 25

Commentaire 25

Article 2 Obligation générale 26

Commentaire 26

Article 3 Définition des crimes contre l'humanité 29

Commentaire 30

Article 4 Obligation de prévention 47

Commentaire 47

Article 5 Non-refoulement 58

Commentaire 58

Article 6 Incrimination en droit interne 62

Commentaire 63

Article 7 Établissement de la compétence nationale 80

Commentaire 80

Article 8 Enquête 83

Commentaire 83

Article 9 Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire 85

Commentaire 85

Article 10 *Aut dedere aut judicare* 87

Commentaire 87

Article 11 Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction 92

Commentaire 92

Article 12 Victimes, témoins et autres personnes 96

Commentaire 96

Article 13 Extradition 103

Commentaire 104

Article 14 Entraide judiciaire 114

Commentaire 115

Article 15 Règlement des différends 121

Commentaire 122

Annexe 124

Commentaire 127

V. Application provisoire des traités 134

A. Introduction 134

B. Examen du sujet à la présente session 134

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission 135

1. Texte des projets de directive 135

2. Texte des projets de directive et des commentaires y afférents provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 136

Commentaire général 136

Directive 1 Champ d'application 138

Commentaire 138

Directive 2 Objet 139

Commentaire 139

Directive 3 Règle générale 139

Commentaire 140

Directive 4 Forme de l'accord 142

Commentaire 143

Directive 5 Prise d'effet de l'application à titre provisoire 145

Commentaire 145

Directive 6 Effets juridiques de l'application à titre provisoire 145

Commentaire 146

Directive 7 Responsabilité en cas de violation 147
Commentaire 147
Directive 8 Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie 148
Commentaire 148
Directive 9 Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire 150
Commentaire 150
Directive 10 Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités 151
Commentaire 152
Directive 11 Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales 153
Commentaire 153
VI. Protection de l'atmosphère 154
A. Introduction 154
B. Examen du sujet à la présente session 154
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour 155
1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule 155
2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 158
Préambule 158
Commentaire 158
Directive 9 Relation entre règles pertinentes 162
Commentaire 163
VII. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 171
A. Introduction 171
B. Examen du sujet à la présente session 172
1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport 174
2. Résumé du débat 175
a) Observations d'ordre général 176
b) Observations portant spécifiquement sur le projet d'article 7 180
c) Travaux futurs 182
3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale 182
C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission jusqu'à présent 184
1. Texte des projets d'article 184
2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session 186

VIII. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) 202
A. Introduction 202
B. Examen du sujet à la présente session 202
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport 204
2. Résumé du débat 206
a) Observations d'ordre général 206
b) Commentaires particuliers sur les projets de conclusion 209
3. Conclusions du Rapporteur spécial 211
IX. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 214
A. Introduction 214
B. Examen du sujet à la session en cours 214
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport 214
2. Résumé du débat 218
a) Observations d'ordre général 218
b) Observations particulières 219
c) Forme finale du résultat des travaux 221
d) Programme de travail futur 221
3. Observations finales du Rapporteur spécial 221
X. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 223
A. Introduction 223
B. Examen du sujet à la présente session 223
XI. Autres décisions et conclusions de la Commission 225
A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 225
B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission 225
1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme 225
2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat 225
a) Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 226
b) Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités 226
c) Application provisoire des traités 226
d) Détermination du droit international coutumier 226
e) Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 227
f) Protection de l'atmosphère 227
g) Crimes contre l'humanité 227
h) Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) 227
i) Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 228
3. Examen de la résolution 71/148 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016 relative à l'état de droit aux niveaux national et international 228
4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international 230

5. Honoraires 230
6. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission 230
7. Documentation et publications 231
8. *Annuaire de la Commission du droit international* 232
9. Aide de la Division de la codification 232
10. Sites Web 233
11. Médiathèque de droit international des Nations Unies 233
C. Dates et lieux de la soixante-dixième session de la Commission 233
D. Coopération avec d'autres organes 233
E. Représentation à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale 234
F. Séminaire de droit international 234
Annexes
A. Principes généraux du droit 237
B. L'administration de la preuve devant les juridictions internationales 256

Chapitre I
Introduction

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-neuvième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 1er mai au 2 juin 2017 pour la première partie de la session et du 3 juillet au 4 août 2017 pour la seconde partie. La session a été ouverte par M. Gilberto Vergne Saboia, Deuxième Vice-Président de la soixante-huitième session de la Commission.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

M. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

M. Bogdan Aurescu (Roumanie)

M. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Mme Concepción Escobar Hernández (Espagne)

Mme Patricia Galvão Teles (Portugal)

M. Juan Manuel Gómez Robledo (Mexique)

M. Claudio Grossman Guiloff (Chili)

M. Hussein A. Hassouna (Égypte)

M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)

M. Huikang Huang (Chine)

M. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leone)

M. Roman A. Kolodkin (Fédération de Russie)

M. Ahmed Laraba (Algérie)

Mme Marja Lehto (Finlande)

M. Shinya Murase (Japon)

M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)

M. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

M. Georg Nolte (Allemagne)

Mme Nilüfer Oral (Turquie)

M. Hassan Ouazzani Chahdi (Maroc)

M. Ki Gab Park (République de Corée)

M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)

M. Ernest Petrič (Slovénie)

M. Aniruddha Rajput (Inde)

M. August Reinisch (Autriche)

M. Juan José Ruda Santolaria (Pérou)

M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)

M. Pavel Šturma (République tchèque)

M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)

M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)

M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)

M. Amos S. Wako (Kenya)

Sir Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

3. À sa 3348e séance, le 1er mai 2017, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Georg Nolte (Allemagne)
Premier Vice-Président :	M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)
Deuxième Vice-Président :	M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
Président du Comité de rédaction :	M. Aniruddha Rajput (Inde)
Rapporteur :	M. Bogdan Aurescu (Roumanie)

4. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, de l'ancien Président de la Commission[1] et des rapporteurs spéciaux[2].

5. À sa 3350e séance, tenue le 3 mai 2017, la Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants : M. Eduardo Valencia-Ospina (Président), M. Yacouba Cissé, Mme Concepción Escobar Hernández, Mme Patricia Galvão Teles, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, Mme Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, Mme Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 3349e, 3354e, 3360e, 3365e, 3374e et 3381e séances, tenues respectivement les 2, 9, 18 et 30 mai, et les 13 et 25 juillet 2017, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

a) *Application provisoire des traités* : M. Aniruddha Rajput (Président), M. Juan Manuel Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, Mme Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, Mme Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, Mme Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

b) *Crimes contre l'humanité* : M. Aniruddha Rajput (Président), M. Sean D. Murphy (Rapporteur spécial), M. Yacouba Cissé, Mme Concepción Escobar Hernández, Mme Patricia Galvão Teles, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, Mme Marja Lehto, M. Georg Nolte, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

[1] M. Ernest Petrič.

[2] Mme Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi et Sir Michael Wood.

c) *Protection de l'atmosphère* : M. Aniruddha Rajput (Président), M. Shinya Murase (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M^me^ Marja Lehto, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

d) *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* : M. Aniruddha Rajput (Président), M^me^ Concepción Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

e) *Normes impératives du droit international général (jus cogens)* : M. Aniruddha Rajput (Président), M. Dire D. Tladi (Rapporteur spécial), M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

f) *Succession d'États en matière de responsabilité de l'État* : M. Aniruddha Rajput (Président), M. Pavel Šturma (Rapporteur spécial), M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Ki Gab Park, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 30 séances sur les six sujets susmentionnés.

D. Groupes de travail

8. À sa 3357^e^ séance, tenue le 12 mai 2017, la Commission a constitué un *Groupe de travail sur l'application provisoire des traités* : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Président), M. Juan Manuel Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M^me^ Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit).

9. À sa 3380^e^ séance, tenue le 25 juillet 2017, la Commission a constitué un *Groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés* : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Président), M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit).

10. Le Groupe de planification a constitué les Groupes de travail suivants :

a) *Groupe de travail sur le programme de travail à long terme* : M. Mahmoud D. Hmoud (Président), M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M. Roman A. Kolodkin, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit) ;

b) *Groupe de travail sur les méthodes de travail* : M. Hussein A. Hassouna (Président), M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M^me^ Patricia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Charles Chernor Jalloh, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Bogdan Aurescu (membre de droit).

E. Secrétariat

11. M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, représentait le Secrétaire général. M. Huw Llewellyn, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général. M. Arnold Pronto, juriste principal, assumait les fonctions de sous-secrétaire principal, M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, celles de secrétaire assistant principal et M^me^ Patricia Georget, M. David Nanopoulos et M^me^ Carla Hoe, juristes, et M. Daniel Stewart et M. Bart Smit Duijzentkunst, juristes adjoints de première classe, celles de secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

12. À sa 3348^e^ séance, tenue le 1^er^ mai 2017, la Commission a adopté pour sa soixante-neuvième session l'ordre du jour suivant :

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

Chapitre II
Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-neuvième session

13. Pour l'examen du sujet « **Crimes contre l'humanité** », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/704) qui traitait, en particulier, des questions suivantes : l'extradition, le non-refoulement, l'entraide judiciaire, les victimes, témoins et autres personnes touchées, les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes, les obligations des États fédéraux, les mécanismes de suivi et le règlement des différends, d'autres questions, le préambule du projet d'articles, et les clauses finales d'une convention.

14. À l'issue de l'examen du sujet à la session en cours, la Commission a adopté en première lecture un projet de préambule, 15 projets d'article et un projet d'annexe, assortis de commentaires, sur les crimes contre l'humanité. Elle a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles par l'entremise du Secrétaire général aux gouvernements, aux organisations internationales et à d'autres entités, pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici au 1er décembre 2018 (chap. IV).

15. S'agissant du sujet « **Application provisoire des traités** », la Commission a renvoyé les projets de directives 1 à 4 et 6 à 9 au Comité de rédaction, qui les avait provisoirement adoptés en 2016, afin qu'il réunisse en un seul et même ensemble les projets de directive, établis à ce stade sous une forme provisoire. Elle a ensuite adopté à titre provisoire les projets de directives 1 à 11, tels que le Comité de rédaction les avait présentés à la session en cours, assortis des commentaires y relatifs (chap. V).

16. Pour l'examen du sujet « **Protection de l'atmosphère** », la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/705 et Corr.1) qui, s'appuyant sur les trois rapports précédents, proposait quatre directives sur la relation entre les règles du droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, notamment du droit commercial international et du droit international de l'investissement, du droit de la mer, et du droit international des droits de l'homme.

17. À l'issue du débat, qui avait été précédé d'un dialogue informel avec des scientifiques spécialistes de l'atmosphère organisé par le Rapporteur spécial, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les quatre projets de directive tels qu'ils figuraient dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, la Commission a adopté à titre provisoire le projet de directive 9 et trois alinéas du préambule, assortis de commentaires (chap. VI).

18. S'agissant du sujet « **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** », la Commission a poursuivi l'examen du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/701), qu'elle avait entrepris à sa soixante-huitième session. Le rapport contenait une analyse de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et proposait un unique projet d'article à ce sujet.

19. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction le projet d'article 7, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, elle a adopté par vote le projet d'article 7, une annexe au projet d'articles et une note se rapportant à deux de ses rubriques, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. VII).

20. Pour l'examen du sujet « **Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)** », la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/706), qui visait à définir les critères d'identification des normes impératives (*jus cogens*) en prenant pour point de départ la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9, tels qu'ils figuraient dans le rapport du Rapporteur spécial, et de remplacer l'intitulé du sujet « *jus cogens* » par « Normes impératives du droit international

général (*jus cogens*) », comme l'avait proposé le Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 2 et 4 à 7 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été soumis pour information (chap. VIII).

21. Concernant la « **Succession d'États en matière de responsabilité de l'État** », la Commission a décidé d'inscrire ce sujet à son programme de travail et de nommer M. Pavel Šturma Rapporteur spécial. Elle était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/708), qui visait à présenter l'approche du Rapporteur spécial quant à la portée et au résultat des travaux sur le sujet, et à donner une vue d'ensemble des dispositions générales relatives au sujet. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1er à 4, tels qu'ils figuraient dans le rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur les projets d'articles 1er et 2 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été soumis pour information (chap. IX).

22. Concernant la « **Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés** », la Commission a constitué un groupe de travail sur ce sujet, présidé par M. Marcelo Vázquez-Bermúdez. Le Groupe de travail était saisi des projets de commentaire établis par la Rapporteuse spéciale précédente, même si elle n'était plus membre de la Commission, sur les projets de principes 4, 6 à 8, et 14 à 18 qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-huitième session de la Commission, et dont la Commission avait pris note à la même session. Le Groupe de travail s'est essentiellement efforcé, au cours de ses débats, de définir la marche à suivre. Après avoir pris connaissance du rapport présenté oralement par le Président du Groupe de travail, la Commission a décidé de nommer Mme Marja Lehto Rapporteuse spéciale (chap. X).

23. Pour ce qui concerne les « **Autres décisions et conclusions de la Commission** », la Commission a décidé d'inscrire le sujet « **Succession d'États en matière de responsabilité de l'État** » à son programme de travail et de nommer M. Pavel Šturma Rapporteur spécial pour ce sujet (chap. XI, sect. A).

24. La Commission a également constitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, lequel a décidé, à son tour, de créer un groupe de travail sur le programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Mahmoud D. Hmoud, et un groupe de travail sur les méthodes de travail, sous la présidence de M. Hussein A. Hassouna (chap. XI, sect. B). La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme les sujets « **Principes généraux de droit** » et « **La preuve devant les juridictions internationales** » (chap. XI., sect. B.1, et annexes A et B).

25. La Commission organisera une manifestation commémorative à sa soixante-dixième session, en 2018, pour marquer son soixante-dixième anniversaire. Cette manifestation sur le thème « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir » se déroulera en deux parties : la première à New York le 21 mai 2018, pendant la première partie de la soixante-dixième session, et la seconde à Genève les 5 et 6 juillet 2018, pendant la deuxième partie de la soixante-dixième session (chap. XI, sect. B).

26. La Commission a poursuivi ses échanges d'information habituels avec le Président de la Cour internationale de Justice, le Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, la Commission du droit international de l'Union africaine, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et le Comité juridique interaméricain. Les membres de la Commission ont également eu un échange de vues informel avec le Comité international de la Croix-Rouge (chap. XI, sect. D).

27. La Commission a décidé que sa soixante-dixième session se tiendrait à New York du 30 avril au 1er juin 2018 et à Genève du 2 juillet au 10 août 2018 (chap. XI, sect. C).

Chapitre III
Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

28. La Commission estime toujours pertinentes les demandes d'informations qu'elle a formulées au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session (2014) concernant le sujet « Protection de l'atmosphère »[3], et du rapport sur les travaux de sa soixante-septième session (2015) concernant les sujets « Application provisoire des traités »[4], et « *Jus cogens* »[5], et accueillerait avec intérêt toute information complémentaire.

29. La Commission souhaiterait que toute information concernant les points mentionnés au paragraphe ci-dessus ou les points suivants lui soit communiquée le 15 janvier 2018 au plus tard, pour qu'elle puisse être prise en compte dans les rapports respectifs des Rapporteurs spéciaux.

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

30. La Commission saurait gré aux États de lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire et exécutive, relativement aux questions suivantes :

a) L'invocation de l'immunité ;

b) La renonciation à l'immunité ;

c) La question de savoir à quel stade les autorités nationales tiennent compte de l'immunité (enquête, mise en accusation, jugement) ;

d) Les instruments dont dispose l'exécutif pour transmettre aux tribunaux nationaux les informations, les documents ou les avis juridiques relatifs à une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée ;

e) Les mécanismes d'assistance, de coopération et de consultation juridiques internationales auxquels les autorités de l'État peuvent avoir recours dans une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée.

B. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

31. Il serait utile à la Commission que les États puissent lui communiquer des accords internationaux, des dispositions législatives nationales ou des décisions de juridictions nationales portant sur la succession dans les droits et obligations résultant de faits internationalement illicites commis par ou contre un État prédécesseur, ou sur la répartition desdits droits et obligations.

C. Nouveaux sujets

32. La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme deux nouveaux sujets, à savoir : a) principes généraux de droit ; b) la preuve devant les juridictions internationales. Dans le choix de ces sujets, la Commission s'est appuyée sur les critères suivants, convenus à sa cinquantième session (1998) : a) les sujets devraient correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; b) les sujets devraient être suffisamment mûrs sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à un développement progressif et à une

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 27.

[4] Ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 30.

[5] Ibid., par. 31.

codification ; c) les sujets devraient être concrets et suffisamment faciles à traiter aux fins du développement progressif et de la codification ; d) la Commission ne devrait pas se cantonner à des sujets classiques mais peut au contraire envisager également des sujets qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale. La Commission accueillerait avec intérêt l'avis des États sur ces nouveaux sujets.

33. En outre, la Commission souhaiterait recevoir les propositions que les États pourraient juger bon de formuler concernant d'éventuels nouveaux sujets à inscrire à son programme de travail à long terme. Il serait utile que ces propositions s'accompagnent d'un exposé des raisons de leur choix tenant compte des critères énoncés ci-dessus.

34. La Commission note que son soixante-dixième anniversaire, qui doit être célébré pendant sa soixante-dixième session à New York et Genève, donnera l'occasion aux États et aux membres de la Commission d'échanger leurs vues sur les éventuels sujets que la Commission pourrait examiner à l'avenir.

Chapitre IV
Crimes contre l'humanité

A. Introduction

35. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Crimes contre l'humanité » à son programme de travail et a nommé M. Sean D. Murphy Rapporteur spécial[6]. Au paragraphe 7 de sa résolution 69/118, du 10 décembre 2014, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

36. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[7] et a provisoirement adopté quatre projets d'article et les commentaires y relatifs[8]. Elle a en outre demandé au Secrétariat d'établir un mémoire contenant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour ses travaux futurs sur le sujet[9].

37. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[10], ainsi que le mémoire du Secrétariat contenant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international[11], et a adopté six projets d'article supplémentaires et les commentaires y relatifs[12].

B. Examen du sujet à la présente session

38. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/704), qu'elle a examiné à ses 3348e à 3354e séances, du 1er au 9 mai 2017[13].

39. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial abordait les questions suivantes : extradition (chap. I) ; non-refoulement (chap. II) ; entraide judiciaire (chap. III) ; victimes, témoins et autres personnes touchées (chap. IV) ; relations avec les juridictions pénales internationales compétentes (chap. V) ; obligations des États fédéraux (chap. VI) ; mécanismes de suivi et règlement des différends (chap. VII) ; autres questions (chap. VIII) ; préambule (chap. IX) ; clauses finales d'une convention (chap. X) ; programme de travail futur (chap. XI). Il proposait sept projets d'article et un projet de préambule, correspondant aux questions abordées aux chapitres I à VII et au chapitre IX, respectivement[14].

40. À sa 3354e séance, le 9 mai 2017, la Commission a renvoyé les projets d'articles 11 à 17 et le projet de préambule tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial au Comité de rédaction.

---

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément no 10* (A/69/10), par. 266.

[7] A/CN.4/680 et Corr.1.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément no 10* (A/70/10), par. 110 à 117.

[9] Ibid., par. 115.

[10] A/CN.4/690.

[11] A/CN.4/698.

[12] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10), par. 79 à 85.

[13] Voir les comptes rendus analytiques provisoires des 3348e à 3354e séances (A/CN.4/SR.3348 à 3354).

[14] Voir le troisième rapport sur les crimes contre l'humanité (A/CN.4/704) : projet d'article 11 (Extradition) ; projet d'article 12 (Non-refoulement) ; projet d'article 13 (Entraide judiciaire) ; projet d'article 14 (Victimes, témoins et autres personnes) ; projet d'article 15 (Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes) ; projet d'article 16 (Obligations des États fédéraux) ; projet d'article 17 (Règlement des différends interétatiques) ; projet de préambule.

41. À ses 3366e et 3377e séances, les 1er juin et 19 juillet 2017, respectivement, la Commission a examiné et adopté les deux rapports du Comité de rédaction consacrés au projet de préambule, aux projets d'articles 1 à 15 et au projet d'annexe, adoptant ainsi l'ensemble des projets d'article sur les crimes contre l'humanité en première lecture (voir sect. C.1 *infra*).

42. À ses 3383e et 3384e séances, le 31 juillet 2017, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article sur les crimes contre l'humanité (voir sect. C.2 *infra*).

43. À sa 3384e séance, le 31 juillet 2017, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, la Commission a décidé de transmettre les projets d'article sur les crimes contre l'humanité aux gouvernements et aux organisations internationales par l'entremise du Secrétaire général, pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général le 1er décembre 2018 au plus tard.

44. À sa 3384e séance, le 31 juillet 2017, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Sean D. Murphy, dont le remarquable travail lui a permis de mener à bien la première lecture des projets d'article sur les crimes contre l'humanité.

C. Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets d'article

45. Le texte des projets d'article adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

Crimes contre l'humanité

Préambule

…

Ayant à l'esprit que tout au long de l'histoire, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que les crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Reconnaissant en outre que l'interdiction des crimes contre l'humanité constitue une norme impérative du droit international général (*jus cogens*),

Affirmant que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, doivent être prévenus en conformité avec le droit international,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant la définition des crimes contre l'humanité énoncée à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale,

Rappelant également qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les crimes contre l'humanité,

Considérant que puisque les crimes contre l'humanité ne sauraient rester impunis, la répression de tels crimes doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale, y compris en matière d'extradition et d'entraide judiciaire,

Considérant également les droits des victimes, témoins et autres personnes en relation avec des crimes contre l'humanité, ainsi que le droit des auteurs présumés des infractions à un traitement équitable,

…

Article 1 [1][15]
Champ d'application

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

Article 2 [2]
Obligation générale

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

Article 3 [3]
Définition des crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

b) Extermination ;

c) Réduction en esclavage ;

d) Déportation ou transfert forcé de population ;

e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

f) Torture ;

g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre ;

i) Disparition forcée de personnes ;

j) Crime d'apartheid ;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;

[15] Les numéros des projets d'article tels que précédemment adoptés provisoirement par la Commission sont indiqués entre crochets.

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. II n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

Article 4 [4]
Obligation de prévention

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) Mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ; et

b) La coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

Article 5
Non-refoulement

1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

Article 6 [5]
Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

a) Le fait de commettre un crime contre l'humanité ;

b) Le fait de tenter de commettre un tel crime ; et

c) Le fait d'ordonner, solliciter, encourager, apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise par une personne occupant une position officielle ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.

6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.

7. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

8. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Article 7 [6]
Établissement de la compétence nationale

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions couvertes par les présents projets d'article dans les cas suivants :

a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État ;

b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire ;

c) Quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.

2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions couvertes par les présents projets d'article dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.

3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

Article 8 [7]
Enquête

Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

Article 9 [8]
Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction couverte par les présents projets d'article assure la détention de cette personne ou prend toutes

autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État ; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 7. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

Article 10 [9]
Aut dedere aut judicare

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

Article 11 [10]
Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions couvertes par les présents projets d'article jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits ;

b) De recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États ; et

c) D'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

Article 12
Victimes, témoins et autres personnes

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

a) Assurer à quiconque allègue que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis le droit de porter plainte devant les autorités compétentes ; et

b) Veiller à ce que les plaignants, les victimes, les témoins, ainsi que leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou une autre procédure relevant du champ d'application des présents projets d'article soient protégés contre les mauvais

traitements ou intimidations en raison de toute plainte déposée, de toute communication d'informations, de tout témoignage ou de toute déposition faite. Les mesures de protection sont sans préjudice des droits de l'auteur présumé de l'infraction visés au projet d'article 11.

2. Chaque État fait en sorte, en conformité avec son droit interne, que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits visés au projet d'article 11.

3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation des dommages matériels et moraux subis, à titre individuel ou collectif, consistant, le cas échéant, en une ou plusieurs des formes suivantes ou tout autre forme : restitution ; indemnisation ; satisfaction ; réadaptation ; cessation et garanties de non-répétition.

Article 13
Extradition

1. Chacune des infractions couvertes par les présents projets d'article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

2. Pour les besoins de l'extradition entre États, les infractions couvertes par les présents projets d'article ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer les présents projets d'article comme constituant la base juridique de l'extradition pour toute infraction couverte par les présents projets d'article.

4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité, pour toute infraction couverte par les présents projets d'article :

a) Informe le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère les présents projets d'article comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États ; et

b) S'il ne considère pas les présents projets d'article comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.

5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux, aux infractions couvertes par les présents projets d'article, le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.

7. Si nécessaire, les infractions couvertes par les présents projets d'article sont réputées, aux fins de l'extradition entre États, avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément au paragraphe 1 du projet d'article 7.

8. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis,

celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

9. Aucune disposition des présents projets d'article ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de sa culture, de son appartenance à un certain groupe social, de ses opinions politiques, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissible en droit international, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

10. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

Article 14
Entraide judiciaire

1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions couvertes par les présents projets d'article conformément au présent projet d'article.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites, procédures judiciaires et autres, concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 8 du projet d'article 6.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

a) Identifier et localiser les auteurs présumés de l'infraction et, le cas échéant, les victimes, témoins ou autres personnes ;

b) Recueillir des témoignages ou des dépositions, y compris par vidéoconférence ;

c) Signifier des actes judiciaires ;

d) Effectuer des perquisitions et des saisies ;

e) Examiner des objets et visiter des lieux, y compris le fait d'obtenir des preuves médico-légales ;

f) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts ;

g) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents ;

h) Identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ou à toutes autres fins ;

i) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant ; ou

j) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

6. Sans préjudice de son droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu des présents projets d'article.

7. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire. Les dispositions du présent projet d'article s'appliquent néanmoins dans la mesure où elles prévoient une entraide judiciaire plus grande.

8. Le projet d'annexe aux présents projets d'article est applicable aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions du projet d'annexe. Les États sont encouragés à appliquer le projet d'annexe s'il facilite la coopération.

Article 15
Règlement des différends

1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux ou plusieurs États touchant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article qui n'aura pas été réglé par voie de négociation sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice, à moins que ces États ne conviennent de soumettre le différend à l'arbitrage.

3. Chaque État peut déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.

Annexe

1. Ce projet d'annexe s'applique en conformité avec le paragraphe 8 du projet d'article 14.

Désignation d'une autorité centrale

2. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Les autorités centrales assurent l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme des demandes reçues. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification par chaque État adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la

voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

Procédures de présentation des demandes

3. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies par chacun de ces États. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

4. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

a) La désignation de l'autorité dont émane la demande ;

b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ;

c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ;

d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquée ;

e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ; et

f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

5. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

Réponse de l'État requis

6. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

7. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en informe promptement l'État requis.

8. L'entraide judiciaire peut être refusée :

a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'annexe ;

b) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son *ordre public* ou à d'autres intérêts essentiels ;

c) Au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence ;

d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

9. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

10. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

11. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 8 du présent projet d'annexe ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 10, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

12. L'État requis :

a) Fournit à l'État requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès ; et

b) Peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

Utilisation de l'information par l'État requérant

13. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

14. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

Déposition de personnes provenant de l'État requis

15. Sans préjudice de l'application du paragraphe 19 du présent projet d'annexe, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

16. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle comparaisse en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

17. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions couvertes par les présents projets d'article, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause ; et

b) Les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

18. Aux fins du paragraphe 17 du présent projet d'annexe :

a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée ;

b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États ;

c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise ; et

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

19. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 17 et 18 du présent projet d'annexe ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

Frais

20. Les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs

46. Le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-neuvième session est reproduit ci-après.

Crimes contre l'humanité

Commentaire général

1) Trois catégories de crimes relèvent généralement de la compétence des juridictions pénales internationales : le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

Le crime de génocide[16] et les crimes de guerre[17] font l'objet de conventions de caractère universel qui exigent des États qu'ils préviennent et répriment ces crimes dans leur droit interne et coopèrent entre eux à cet effet. En revanche, il n'existe pas de convention de caractère universel consacrée à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité et à la promotion de la coopération entre États en la matière même si, selon toute vraisemblance, les crimes contre l'humanité ne sont pas moins courants que le génocide et les crimes de guerre. À la différence des crimes de guerre, les crimes contre l'humanité peuvent être commis dans des situations autres que celles de conflit armé. De plus, pour qu'il y ait crime contre l'humanité, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu lune intention particulière comme dans le cas du génocide[18]. Cela étant, d'aucuns ont exprimé l'avis que ni la Convention sur le génocide ni les Conventions de Genève et les protocoles s'y rapportant ne prévoyaient de mécanismes interétatiques de coopération détaillés comme le présent projet d'articles. Pour cette raison, il a été considéré que d'autres crimes parmi les principaux crimes de droit international auraient aussi pu être couverts dans le présent projet d'articles.

2) Il existe des traités visant la prévention, la répression et la coopération entre États pour de multiples infractions bien moins choquantes que les crimes contre l'humanité, comme la corruption[19] et la criminalité organisée[20]. Aussi une convention de caractère universel pour la prévention et la répression des crimes contre l'humanité pourrait-elle représenter une pièce maîtresse supplémentaire dans l'architecture actuelle du droit international et, en particulier, du droit international humanitaire, du droit pénal international et du droit international des droits de l'homme. Une telle convention pourrait recentrer l'attention sur le besoin de prévention et de répression et aider les États à adopter et harmoniser leur législation nationale en la matière, ouvrant ainsi la voie à une coopération entre États plus efficace en matière de prévention, d'enquêtes et de poursuites dans ce domaine. La mise en place d'un réseau de coopération, à l'instar de ce qui a été fait pour d'autres infractions, priverait de tout refuge les auteurs de tels faits, ce qui contribuerait, il faut l'espérer, à exercer un effet dissuasif *ab initio* et à établir les responsabilités *ex post*.

3) C'est pourquoi il est précisé dans la proposition pour le présent sujet adoptée par la Commission à sa soixante-cinquième session en 2013, que « [l]a 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

[16] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277 (ci-après la « Convention contre le génocide »).

[17] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 970, p. 31 (ci-après la « Convention de Genève I ») ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 971, p. 85 (ci-après la « Convention de Genève II ») ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 972, p. 135 (ci-après la « Convention de Genève III ») ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 973, p. 287 (ci-après la « Convention de Genève IV ») ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Genève, 8 juin 1977), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, nº 17512, p. 3 (ci-après le « Protocole I »).

[18] Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, par. 139 (« La Cour rappelle qu'elle a jugé, en 2007, que l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel est spécifique au génocide, et le distingue d'autres crimes qui lui sont apparentés comme les crimes contre l'humanité et la persécution ») (citant *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, aux pages 82 et 83, par. 187 et 188).

[19] Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, nº 42146, p. 41.

[20] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, nº 39574, p. 209.

des crimes contre l'humanité »[21]. Conformément à sa pratique, et en attendant que les États décident si le projet d'articles doit servir de base à une convention, la Commission n'a pas utilisé les termes techniques propres aux traités (par exemple la mention des « États Parties ») et n'a pas élaboré de clauses finales sur les questions telles que la ratification, les réserves, l'entrée en vigueur ou les amendements.

4) Les présents projets d'article ne sont pas en conflit avec les obligations des États découlant des instruments constitutifs des cours ou tribunaux pénaux internationaux ou « hybrides » (comprenant des éléments de juridiction internationale et des éléments de juridiction nationale), notamment la Cour pénale internationale. Tandis que le Statut de Rome de 1998, qui porte création de la Cour pénale internationale, régit les relations entre celle-ci et ses États parties (relation « verticale »), les présents projets d'article mettent l'accent sur l'adoption de lois nationales et sur la coopération entre États (relation « horizontale »). Il ressort du chapitre IX du Statut de Rome de 1998, intitulé « Coopération internationale et assistance judiciaire », que la coopération entre États pour des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale se poursuivra sans préjudice du Statut, mais cette coopération n'y est pas directement réglementée. Les présents projets d'article traitent de la coopération entre États dans les domaines de la prévention des crimes contre l'humanité ainsi que des enquêtes, arrestations, poursuites, extraditions et châtiments visant les auteurs de ces crimes dans les systèmes judiciaires nationaux, ce qui est un objectif compatible avec le Statut de Rome de 1998. Ce faisant, ils contribuent à la mise en œuvre du principe de complémentarité prévu par le Statut de Rome de 1998. Enfin, les instruments constitutifs des cours ou tribunaux pénaux internationaux ou hybrides traitent de la poursuite des personnes pour les crimes relevant de leur compétence, et non des mesures que les États devraient prendre pour empêcher ces crimes avant qu'ils ne soient commis ou pendant qu'ils le sont.

Préambule

…

Ayant à l'esprit que tout au long de l'histoire des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que les crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Reconnaissant en outre que l'interdiction des crimes contre l'humanité constitue une norme impérative du droit international général (*jus cogens*),

Affirmant que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, doivent être prévenus en conformité avec le droit international,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant la définition des crimes contre l'humanité énoncée à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale,

Rappelant également qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les crimes contre l'humanité,

Considérant que puisque les crimes contre l'humanité ne sauraient rester impunis, la répression de tels crimes doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale, y compris en matière d'extradition et d'entraide judiciaire,

[21] Voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (2013), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), annexe B, par. 3.

Considérant également les droits des victimes, des témoins et autres personnes en relation avec des crimes contre l'humanité, ainsi que le droit des auteurs présumés des infractions à un traitement équitable,

…

Commentaire

1) Le préambule vise à offrir un cadre conceptuel au présent projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, en exposant le contexte général dans lequel le sujet a vu le jour et les principaux buts du présent projet d'articles. Il s'inspire en partie des termes employés dans le préambule des traités internationaux visant les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, dont la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998[22].

2) Le premier alinéa du préambule rappelle qu'au cours de l'histoire des millions de personnes ont été victimes d'actes qui heurtent profondément la conscience humaine. Lorsque de tels actes, de par leur gravité, constituent des agressions particulièrement choquantes contre l'humanité elle-même, ils sont qualifiés de crimes contre l'humanité.

3) Le deuxième alinéa du préambule reconnaît que de tels crimes mettent en danger des valeurs contemporaines importantes (« la paix, la sécurité et le bien-être du monde »). Il se fait ainsi l'écho des buts énoncés à l'Article premier de la Charte des Nations Unies et souligne le lien entre poursuite de la justice pénale et maintien de la paix et de la sécurité.

4) Le troisième alinéa du préambule reconnaît que l'interdiction des crimes contre l'humanité ne constitue pas simplement une règle de droit international ; il s'agit d'une règle impérative du droit international général (*jus cogens*). À ce titre, cette interdiction est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère[23]. La Commission a fait savoir précédemment que l'interdiction des crimes contre l'humanité était « clairement acceptée et reconnue » en tant que norme impérative du droit international[24]. La Cour internationale de Justice a indiqué que l'interdiction de certains actes comme la torture[25] avait le caractère de *jus cogens*[26], ce qui *a fortiori* donne à penser qu'une interdiction de la perpétration de tels actes de manière généralisée ou systématique les rendant assimilables à des crimes contre l'humanité aurait aussi le caractère de *jus cogens*[27].

---

[22] Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3 (ci-après le « Statut de Rome »).

[23] Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331, art. 53.

[24] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 91, par. 5) du commentaire relatif à l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (soutenant que ces « normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de … crimes contre l'humanité ») ; voir également Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), par. 374 (mentionnant les crimes contre l'humanité « entre autres règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens* »).

[25] Voir Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, nº 24841, p. 85 (ci-après la « Convention contre la torture »).

[26] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457, par. 99.

[27] Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (Intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 141, par. 95 (indiquant que les règles interdisant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité en question dans l'affaire *Mandat d'arrêt* avaient « indubitablement valeur de *jus cogens* ») ; *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006 (Exceptions préliminaires, Fond, Réparations, frais et dépens), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 154, par. 96 (reconnaissant valeur de *jus cogens* à l'interdiction des crimes

5) Comme il est indiqué dans le projet d'article premier ci-dessous, le présent projet d'articles vise deux grands objectifs : la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Le quatrième alinéa du préambule est axé sur le premier de ces deux objectifs (la prévention) ; il préfigure les obligations qui apparaissent dans les projets d'articles 2, 4 et 5 du présent projet d'articles en affirmant que les crimes contre l'humanité doivent être prévenus en conformité avec le droit international. Ce faisant, il indique que ces crimes sont parmi les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale.

6) Le cinquième alinéa du préambule affirme le lien entre le premier grand objectif du présent projet d'articles (la prévention) et le second (la répression) en indiquant que la fin de l'impunité des auteurs de tels crimes fait progresser la prévention.

7) Les sixième à neuvième alinéas du préambule mettent l'accent sur le second des deux grands objectifs (la répression). Le sixième alinéa rappelle d'emblée la définition des crimes contre l'humanité donnée à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998. Cette définition, reprise dans le projet d'article 3 du présent projet d'articles, détermine, conjointement avec les projets d'articles 6 et 7, les infractions sur lesquelles les États doivent établir leur compétence en vertu de leur droit pénal national.

8) Le septième alinéa du préambule rappelle le devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les crimes contre l'humanité. Il anticipe entre autres les projets d'articles 8 à 10 concernant les enquêtes sur les crimes contre l'humanité, l'adoption de certaines mesures lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire national et le renvoi de l'affaire aux autorités de poursuites lorsque l'auteur présumé n'est pas extradé ou remis à un autre État ou tribunal international compétent.

9) Le huitième alinéa du préambule considère que la répression effective des crimes contre l'humanité doit être assurée à la fois par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale. Cette coopération inclut notamment la coopération en matière d'extradition et l'entraide judiciaire, qui font l'objet des projets d'articles 13 et 14 et du projet d'annexe.

10) Le neuvième alinéa du préambule souligne la nécessité de prêter attention aux droits des individus dans la lutte contre les crimes contre l'humanité. La référence aux droits des victimes, témoins et autres personnes préfigure les dispositions énoncées dans le projet d'article 12, y compris le droit de porter plainte devant les autorités compétentes, de prendre part à la procédure pénale et d'obtenir réparation. En même temps, la référence au droit des auteurs présumés à un traitement équitable anticipe les dispositions énoncées au projet d'article 11, notamment le droit à un procès équitable et, le cas échéant, l'accès aux autorités consulaires.

Article 1
Champ d'application

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

Commentaire

1) Le projet d'article 1 définit le champ d'application des présents projets d'article en indiquant que ceux-ci s'appliquent à la fois à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité. La prévention des crimes contre l'humanité consiste essentiellement à empêcher la commission de ces infractions, tandis que leur répression repose sur les procédures pénales engagées contre des personnes après que ces crimes ont été commis ou pendant qu'ils sont commis.

contre l'humanité) ; *Le Procureur c. Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement, 10 décembre 1998, chambre de première instance II, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Rapports judiciaires 1998*, par. 153 (qui va dans le même sens) ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête nº 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2001-XI, par. 61 (qui va dans le même sens).

2) Les présents projets d'article visent uniquement les crimes contre l'humanité, qui sont des crimes internationaux graves, où qu'ils se produisent. Ils ne traitent pas d'autres crimes internationaux graves, comme le génocide, les crimes de guerre ou le crime d'agression. Il a été proposé d'inclure ces crimes dans le sujet, mais la Commission a décidé de se concentrer sur les crimes contre l'humanité.

Article 2
Obligation générale

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

Commentaire

1) Le projet d'article 2 énonce l'obligation générale qu'ont les États de prévenir les crimes contre l'humanité et d'en punir les auteurs. La teneur de cette obligation générale est examinée à travers les diverses obligations plus spécifiques énoncées dans les projets d'article suivants, à partir du projet d'article 4. Ces obligations spécifiques portent sur les mesures que les États doivent prendre dans leurs systèmes juridiques nationaux, ainsi que sur leur coopération avec d'autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, s'il y a lieu, d'autres organisations.

2) En énonçant cette obligation générale, le projet d'article 2 reconnaît les crimes contre l'humanité comme des « crimes au regard du droit international ». Dans le Statut du Tribunal militaire international établi à Nuremberg[28] (ci-après le « Statut de Nuremberg »), les « crimes contre l'humanité » font partie des actes relevant de la compétence du Tribunal. Le Tribunal a dit, notamment, que « la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »[29]. Les crimes contre l'humanité relevaient également de la juridiction du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (ci-après le « Tribunal de Tokyo »)[30].

3) En 1946, l'Assemblée générale a pris acte des principes de droit international reconnus par le Statut de Nuremberg et les a réaffirmés[31]. L'Assemblée a aussi chargé la Commission de « formuler » les principes du Statut de Nuremberg et de préparer un projet de code des crimes[32]. En 1950, la Commission a produit les « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal », selon lesquels les crimes contre l'humanité étaient « punis en tant que crimes de droit international »[33]. En outre, en 1954, la Commission a achevé la rédaction d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui incriminait, au paragraphe 11 de son article 2, une série d'actes inhumains aujourd'hui considérés comme des crimes contre l'humanité et disposait en son article 1 que « [l]es crimes contre la paix et

[28] Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international, art. 6 c) (Londres, 8 août 1945), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279 (ci-après « le Statut de Nuremberg »).

[29] *Arrêt du 30 septembre 1946, Tribunal militaire international, dans Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946)*, vol. 22 (1948), p. 466.

[30] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, art. 5 c) (Tokyo, 19 janvier 1946) (tel que modifié le 26 avril 1946), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. Bevans (dir. publ.) (Washington, Département d'État, 1968), p. 20, à la page 23, art. 5 c) (ci-après le Statut de Tokyo). Personne, cependant, n'a été reconnu coupable d'un tel crime par ce tribunal.

[31] *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946.

[32] *Formulation des principes reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour*, résolution 177 (II) de l'Assemblée générale en date du 21 novembre 1947.

[33] *Annuaire … 1950*, vol. II, document A/1316, 3e partie, p. 376 (principe VI).

la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis »[34].

4) Le fait de qualifier les crimes contre l'humanité de « crimes de droit international » indique qu'ils existent en tant que crimes, que les actes en cause soient ou non incriminés dans le droit interne. Le Statut de Nuremberg définit les crimes contre l'humanité comme la perpétration de certains actes « qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés » (art. 6 c)). En 1996, la Commission a achevé un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui prévoit, entre autres, que les crimes contre l'humanité sont des « crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national »[35]. La gravité de ces crimes ne fait aucun doute ; la Commission a déjà indiqué que l'interdiction des crimes contre l'humanité est « clairement acceptée et reconnue » en tant que norme impérative du droit international.

5) Le projet d'article 2 qualifie aussi les crimes contre l'humanité de crimes au regard du droit international « qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé ». La référence au « conflit armé » doit être lue comme recouvrant tant les conflits armés internationaux que les conflits armés non internationaux. La définition des crimes contre l'humanité figurant dans le Statut de Nuremberg, telle que modifiée par le Protocole de Berlin[36], était liée à l'existence d'un conflit armé international ; les actes visés ne constituaient des crimes au regard du droit international que s'ils étaient commis « à la suite » de « tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal » ou « en liaison » avec un tel crime, autrement dit un crime contre la paix ou un crime de guerre. Le fait de traiter de questions qui relevaient habituellement de la compétence nationale d'un État était justifié par l'existence d'un lien entre le crime et un conflit entre États. Ce lien, à son tour, suggérait des crimes odieux commis sur une grande échelle, peut-être dans le cadre d'une ligne de conduite[37]. Le Tribunal militaire international, chargé de juger les principaux dirigeants politiques et militaires du III^e^ Reich, a reconnu plusieurs accusés coupables de crimes contre l'humanité commis pendant la guerre, bien que dans certains cas le lien entre ces crimes et d'autres crimes relevant de sa juridiction ait été ténu[38].

6) En 1950, cependant, la Commission, dans ses « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal », a défini les crimes contre l'humanité dans le principe VI c) d'une manière qui n'exigeait aucun lien avec un conflit armé[39]. Dans le commentaire se rapportant à ce principe, elle a souligné qu'il n'était pas nécessaire que le crime soit commis pendant une guerre, mais a

[34] *Annuaire … 1954*, vol. II, p. 150.

[35] *Annuaire … 1996*, vol. II (2^e^ partie), p. 17, par. 50 (art. 1). Le projet de code de 1996 contenait cinq catégories de crimes, dont celle des crimes contre l'humanité.

[36] Protocole portant rectification d'une différence dans le texte du Statut (Berlin, 6 octobre 1945), dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (Nuremberg 14 novembre 1945-1^er^ octobre 1946)*, vol. 1 (1947), p. 17 et 18 (ci-après « Protocole de Berlin »). Le Protocole de Berlin a remplacé le point-virgule après « pendant la guerre » par une virgule, afin d'harmoniser les textes anglais et français avec le texte russe. Ibid., p. 17. Cela a eu pour effet de relier la première partie de la disposition à sa dernière partie ((à la suite de) « tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal ou en liaison avec ce crime ») et donc à l'existence d'un conflit armé international.

[37] Voir Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Histoire de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et développement du droit de la guerre* (His Majesty's Stationery Office, 1948), p. 179 (« Seuls les crimes qui, par leur ampleur et leur sauvagerie, ou leur grand nombre, ou encore le fait qu'une entreprise similaire a été menée à différents moments et différents endroits, ont mis en danger la communauté internationale ou choqué la conscience de l'humanité, justifient l'intervention d'autres États que celui sur le territoire duquel ils ont été commis ou dont les ressortissants sont devenus les victimes. »).

[38] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kupreškić* et consorts, affaire n^o^ IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 576 (relevant le lien ténu entre les crimes contre l'humanité commis par Baldur von Schirach et les autres crimes relevant de la compétence du Tribunal militaire international), *Supplément judiciaire n^o^ 11*, janvier 2000.

[39] *Annuaire … 1950*, vol. II, document A/1316, 3^e^ partie, p. 377.

soutenu que les crimes commis avant devaient néanmoins être liés à un crime contre la paix[40]. En même temps, elle a fait valoir que « des actes peuvent constituer des crimes contre l'humanité, même s'ils sont commis par l'auteur contre sa propre population »[41]. La Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité fait référence, au paragraphe b) de l'article 1, aux « crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946 […] »[42].

7) La compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie couvre les « crimes contre l'humanité ». L'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dispose que le tribunal est habilité à poursuivre les personnes responsables d'une série d'actes (tels que l'assassinat, la torture ou le viol) « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit »[43]. Ainsi, la formule employée à l'article 5 a conservé le lien avec un conflit armé, mais on la comprend mieux si on la replace dans son contexte. Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été élaboré en 1993, alors que l'on savait qu'un conflit armé était en cours dans l'ex-Yougoslavie ; le Conseil de sécurité avait déjà déterminé que la situation constituait une menace pour la paix et la sécurité internationales, conduisant à l'exercice des pouvoirs de coercition prévus au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En tant que telle, la formule employée à l'article 5 (« conflit armé ») était essentiellement destinée à dissiper l'idée que les crimes contre l'humanité devaient être liés à un « conflit armé international ». Dans la mesure où cette formule pouvait être interprétée comme laissant entendre que le droit international coutumier exigeait un lien avec un conflit armé, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ensuite précisé qu'il n'y avait « aucun fondement logique ou juridique » pour retenir un lien avec un conflit armé, car cette condition « a[vait] été abandonnée » dans la pratique des États depuis Nuremberg[44]. Elle a aussi relevé que « [l]e caractère obsolète de l'exigence d'un lien ressort à l'évidence des Conventions internationales relatives au génocide et à l'apartheid, qui interdisent toutes les deux des types particuliers de crimes contre l'humanité abstraction faite de la relation avec un conflit armé »[45]. Et elle a fait valoir par la suite que la mention de ce lien dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie visait simplement à circonscrire le champ de compétence du Tribunal, et non à codifier le droit international coutumier[46].

---

[40] Ibid., par. 123.

[41] Ibid., par. 124.

[42] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, nº 10823, p. 73. En juillet 2017, il y avait 55 États parties à cette convention. Pour une convention régionale de nature semblable, voir la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Strasbourg, 25 janvier 1974), Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités*, nº 82. En juillet 2017, il y avait huit États parties à cette convention.

[43] Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 et figurant dans le rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704 et Add.1, annexe, art. 5 (ci-après « Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie »).

[44] *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Rapports judiciaires 1994-1995*, vol. I, par. 140. Voir aussi *International Legal Materials* (ILM), vol. 35, nº 1 (janvier 1996), par. 140.

[45] Ibid.

[46] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire nº IT-95-14/2-T, jugement, 26 février 2001, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 33, *Supplément judiciaire nº 24*, avril/mai 2001 ; *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire nº IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 249 à 251, *Supplément judiciaire nº 6*, juin/juillet 1999. Voir aussi ILM, vol. 38 (1999) (« La condition relative au conflit armé est satisfaite dès lors que l'existence du conflit armé est prouvée ; c'est la

8) En 1994, le Conseil de sécurité a établi le Tribunal pénal international pour le Rwanda et lui a donné compétence pour juger de « crimes contre l'humanité ». Bien que l'on trouve à l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda la même série d'actes que celle figurant dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la référence à un conflit armé n'a pas été retenue dans le libellé du paragraphe liminaire[47]. De même, l'article 7 du Statut de Rome de 1998 ne fait aucune référence à un conflit armé.

9) Alors que les premières définitions des crimes contre l'humanité exigeaient que les actes visés aient été commis en liaison avec un conflit armé, le lien en tant que tel a disparu des statuts des juridictions pénales internationales contemporaines, y compris le Statut de Rome de 1998. Il a été remplacé, comme indiqué ci-après au sujet du projet d'article 3, par l'exigence, dans le paragraphe liminaire, que le crime soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

Article 3
Définition des crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

b) Extermination ;

c) Réduction en esclavage ;

d) Déportation ou transfert forcé de population ;

e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

f) Torture ;

g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre ;

i) Disparition forcée de personnes ;

j) Crime d'apartheid ;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

seule condition posée par le Statut qui, ce faisant, se montre déjà plus exigeant que le droit international coutumier. »).

[47] Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 1994, résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité en date du 8 novembre 1994, annexe, art. 3 (ci-après « Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda ») ; voir *Semanza c. Le Procureur*, affaire nº ICTR-97-20-A, arrêt, 20 mai 2005, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 269 (« [C]ontrairement à l'article 5 du [Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], l'article 3 du [Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda] n'exige pas que les crimes soient commis dans le cadre d'un conflit armé. Il s'agit là d'une distinction importante. »).

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. II n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

Commentaire

1) Les trois premiers paragraphes de l'article 3 du projet établissent, aux fins du présent projet d'articles, une définition du « crime contre l'humanité ». Leur libellé est repris textuellement de celui de l'article 7 du Statut de Rome de 1998, à l'exception de trois modifications ne portant pas sur le fond (exposées plus loin) qui sont nécessaires compte tenu du contexte différent dans lequel la définition est employée. Le paragraphe 4 du projet d'article 3 est une clause « sans préjudice » qui indique que cette définition n'a pas d'incidence sur les définitions plus larges prévues dans des instruments internationaux ou des lois nationales.

Définitions données dans d'autres instruments

2) Diverses définitions des « crimes contre l'humanité » ont été employées depuis 1945, tant dans des instruments internationaux que dans des législations nationales qui ont codifié ces crimes. Le Statut de Nuremberg, en son article 6 c), définit les « crimes contre l'humanité » comme étant :

> « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et 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 rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

3) Le principe VI c) des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, établis par la Commission en 1950, définit 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 »[48].

4) En outre, dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, la Commission a recensé parmi ces crimes « [l]es actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement »[49].

5) L'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de 1993 indique que le Tribunal « est habilité à juger les personnes présumées responsables » d'une série d'actes (tels que l'assassinat, la torture et le viol) « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit […] ». Bien que le Secrétaire général ait proposé dans son rapport que cet article indique que les crimes contre l'humanité « désignent des actes inhumains d'une extrême gravité […] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses »[50], ce membre de phrase particulier n'a pas été retenu dans le texte de l'article 5.

6) En revanche, le Statut de 1994 du Tribunal pénal international pour le Rwanda a retenu à l'article 3 la même série d'actes, mais le libellé du paragraphe liminaire reprend la formule figurant dans le rapport établi en 1993 par le Secrétaire général, à savoir « lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit » et se poursuit par « en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse […] ». En tant que tel, le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda prévoit expressément qu'une intention discriminatoire est requise pour établir le crime. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé par la Commission en 1996 définit également les « crimes contre l'humanité » comme une série d'actes spécifiques lorsqu'ils sont commis « d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe », mais ne mentionne pas d'intention discriminatoire[51]. Les crimes contre l'humanité ont également été définis aux fins d'établir la compétence de cours ou de tribunaux pénaux hybrides[52].

---

[48] *Annuaire … 1950*, vol. II, document A/1316, 3e partie, p. 377, par. 119.

[49] *Annuaire … 1954*, vol. II, p. 150, par. 50 (art. 2, par. 11).

[50] Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704 et Corr.1, p. 13, par. 48.

[51] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49, art. 18.

[52] Voir, par exemple, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone (avec statut) (Freetown, 16 janvier 2002),

7) Le paragraphe 1 b) de l'article 5 du Statut de Rome de 1998 fait relever les crimes contre l'humanité de la compétence de la Cour pénale internationale. Le paragraphe 1 de l'article 7 définit le « crime contre l'humanité » comme l'un quelconque d'une série d'actes « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Au paragraphe 2 du même article figure une série de définitions qui, entre autres, précisent que par « attaque lancée contre une population civile », on entend le « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque » (par. 2 a)). Quant au paragraphe 3, il prévoit que « le terme "sexe" s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens ». Le paragraphe 1 h) de l'article 7 ne retient pas le lien avec un conflit armé, qui caractérise le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ni (sauf s'agissant des actes de persécution) l'exigence d'une intention discriminatoire, qui caractérise le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

8) La définition du « crime contre l'humanité » énoncée à l'article 7 du Statut de Rome de 1998 a été acceptée par les plus de 120 États qui sont parties à ce statut, et bon nombre d'États la reprennent à présent lorsqu'ils adoptent ou modifient leurs lois nationales. La Commission a considéré l'article 7 comme une base appropriée pour définir ces crimes aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3. De fait, le texte de l'article 7 est repris textuellement à l'exception de trois modifications ne portant pas sur le fond, qui sont nécessaires compte tenu du contexte différent dans lequel la définition est employée. Tout d'abord, le début du paragraphe 1 est « Aux fins du présent projet d'articles » au lieu de « Aux fins du présent Statut ». Deuxièmement, la même modification a été apportée au début du paragraphe 3. Troisièmement, le paragraphe 1 h) de l'article 7 du Statut de Rome de 1998 incrimine les actes de persécution lorsqu'ils sont commis « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ». Là aussi, pour tenir compte de la différence de contexte, ce membre de phrase est devenu, au projet d'article 3, « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou du crime de génocide ou des crimes de guerre ». Le moment venu, la Cour pénale internationale pourra exercer sa compétence sur le crime d'agression, une fois que les conditions fixées par la Conférence de révision du Statut de Rome de 1998 de la Cour pénale internationale seront remplies, auquel cas il faudra peut-être remanier le paragraphe.

Paragraphes 1 à 3

9) La définition des « crimes contre l'humanité » énoncée aux paragraphes 1 à 3 de l'article 3 contient trois critères généraux qui méritent d'être examinés plus en détail. Ces critères, qui figurent tous au paragraphe 1, ont été mis en évidence dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale et d'autres cours ou tribunaux internationaux ou hybrides. La définition énumère aussi les actes prohibés sous-jacents aux crimes contre l'humanité et définit plusieurs des termes qu'elle emploie (donnant ainsi des définitions dans la définition). Il ne fait pas de doute que l'évolution de la jurisprudence de la Cour pénale internationale et d'autres juridictions internationales ou hybrides continuera à contribuer à éclairer les autorités nationales, y compris les tribunaux, sur le sens de cette définition, et, partant, favorisera l'harmonisation des approches au niveau national. La Commission note que la jurisprudence pertinente continue de se développer dans le temps, de sorte que la discussion qui suit vise simplement à déterminer ce que certains de ces termes recouvrent en juillet 2017.

« Attaque généralisée ou systématique »

10) Le premier critère général est que les actes doivent être commis dans le cadre d'une attaque « généralisée ou systématique ». Il a été formulé pour la première fois dans le Statut

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, nº 38342, p. 154, statut, p. 161 (ci-après le « Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone) ; loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 27 octobre 2004, art. 5 (ci-après l'« Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge »).

du Tribunal pénal international pour le Rwanda[53], même si dans certaines décisions, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a soutenu qu'il était implicite dans son propre Statut, car ces termes figuraient dans le rapport du Secrétaire général proposant ce statut[54]. Selon la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, la condition selon laquelle l'attaque doit être « généralisée » et « systématique » est disjonctive et non conjonctive ; l'une ou l'autre condition peut être remplie pour établir l'existence du crime[55]. Cette lecture de la condition du caractère généralisé/systématique se retrouve aussi dans le commentaire se rapportant au projet de code de 1996, dans lequel la Commission a affirmé qu'« un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères [d'échelle ou de systématicité] est constatée »[56].

11) Lorsque cette norme a été examinée en vue de l'élaboration du Statut de Rome de 1998, certains États ont dit qu'à leur avis, les conditions d'échelle et de systématicité (« généralisée » et « systématique ») devaient être conjonctives − autrement dit, que les deux devaient être présentes pour que l'existence du crime soit établie − car à défaut, la norme serait trop inclusive[57]. Ils ont fait valoir que, si la seule commission « généralisée » des actes était suffisante, les vagues spontanées de crimes généralisés mais sans rapport entre eux constitueraient des crimes contre l'humanité. Compte tenu de cette préoccupation, un compromis a été élaboré, aux termes duquel, si ces deux conditions sont restées disjonctives[58],

---

[53] Contrairement à la version anglaise, la version française de l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda emploie une formule conjonctive (« généralisée et systématique »). Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a indiqué ce qui suit : « Dans la version originale française du Statut, ces exigences sont cumulatives […], ce qui relève sensiblement le seuil d'application de cette disposition. Dans la mesure où le droit international coutumier se borne à exiger que l'attaque soit généralisée ou systématique, il y a tout lieu de croire que la version française souffre d'une erreur de traduction. ». *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, Chambre de première instance I, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 579, note 144.

[54] *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, jugement, 3 mars 2000, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires 2000*, par. 202 ; *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire n° IT-94-1-T, jugement, 7 mai 1997, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires 1997*, par. 648.

[55] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mile Mrkšić, Miroslac Radić et Veselin Šljivančanin*, affaire n° IT-95-13/1-T, jugement, 27 septembre 2007, Chambre de première instance II, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 437 (« [L]'attaque doit être généralisée ou systématique, cette condition étant disjonctive et non cumulative. ») ; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 123 (« L'attaque doit remplir l'une ou l'autre des deux conditions suivantes, à savoir être généralisée ou systématique. ») ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 579 ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 648 (« [U]ne conclusion faisant état d'un caractère soit général […] soit systématique […] satisfait cette condition. »).

[56] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 50, par. 4) du commentaire de l'article 18. Voir aussi le rapport du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 22* (A/50/22), par. 78 (« [Les] éléments qui devraient apparaître dans la définition des crimes contre l'humanité […] [sont notamment le fait que] ces crimes […] consistaient généralement en une agression généralisée [ou] systématique ») (italiques ajoutés) ; *Annuaire … 1995*, vol. II (2e partie), par. 90 (« les notions de violations "systématiques" et "massives" étaient des éléments complémentaires des crimes considérés ») ; *Annuaire … 1994*, vol. II (2e partie), p. 42, par. 14) du commentaire de l'article 21 (« la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques ») (italiques ajoutés) ; *Annuaire … 1991*, vol. II (2e partie), p. 108, par. 3) du commentaire de l'article 21 (« Il suffit que l'un ou l'autre de ces caractères − systématique ou massif − soit présent dans l'un quelconque des actes énumérés […] pour que l'infraction soit réalisée. »).

[57] Voir *Nations Unies, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998, Documents officiels*, vol. II, document A/CONF/183/13 (vol. II), p. 159 (Inde) ; ibid., p. 161 et 162 (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, France) ; ibid., p. 162 et 163 (Thaïlande, Égypte) ; ibid., p. 164 (République islamique d'Iran) ; ibid., p. 165 (Turquie) ; ibid., p. 167 (Fédération de Russie) ; ibid., p. 168 (Japon).

[58] Dans sa jurisprudence, la Cour pénale internationale a affirmé que les conditions de caractère « généralisé » et « systématique » énoncées à l'article 7 du Statut de Rome de 1998 étaient

une définition de l'expression « attaque lancée contre toute population civile» qui, comme on le verra ci-dessous aux paragraphes 17) à 27) du commentaire relatif au présent projet d'article, contient un élément politique, a été ajoutée au paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome de 1998.

12) Selon la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Kunarac*, « [l]'adjectif "généralisé" indique que l'attaque est menée sur une grande échelle et que le nombre des victimes est élevé »[59]. En tant que tel, ce critère fait référence à une « multiplicité de victimes »[60] et exclut les actes de violence isolés[61], comme les meurtres faisant des victimes individuelles commis par des personnes agissant de leur propre chef et non dans le cadre d'une initiative plus large. Une telle attaque peut être « massive, fréquente, menée collectivement, d'une gravité considérable et dirigée contre un grand nombre de victimes »[62]. En même temps, un acte unique commis par un auteur individuel peut constituer un crime contre l'humanité s'il se produit dans le contexte d'une campagne plus large[63]. Il n'existe pas de seuil numérique particulier − nombre de victimes − devant être atteint pour qu'une attaque soit « généralisée ».

---

disjonctives. Voir *Situation en République du Kenya*, affaire nº ICC-01/09, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome de 1998, 31 mars 2010, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 94 ; voir aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire nº ICC-01/05-01/08, décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome relativement aux charges, 15 juin 2009, Chambre préliminaire II, par. 82 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire nº ICC-01/05-01/08, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, Chambre préliminaire III, Cour pénale internationale, par. 162.

[59] *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, affaire nº IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, jugement, 22 février 2001, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 428, *Supplément judiciaire nº 23*, février/mars 2001 ; voir aussi *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 163 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire nº ICC-01/04-01/07, jugement, 7 mars 2014, Chambre de première instance II, Cour pénale internationale, par. 1123 ; *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire nº ICC-01/04-01/07, décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 394 ; *Le Procureur c. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, affaire nº IT-02-60-T, jugement, 17 janvier 2005, Chambre de première instance I, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 545 et 546 ; Le Procureur *c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire nº IT-95-14/2-A, arrêt [et rectificatif], 17 décembre 2004, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 94.

[60] *Bemba*, Décision de 2009, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 83 ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 123 ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 580 ; *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49, art. 18 (où l'expression « sur une grande échelle » est employée à la place de « généralisée ») ; voir aussi *Mrkšić*, jugement, 27 septembre 2007 (note 55 *supra*), par. 437 (« L'adjectif "généralisé" renvoie au fait que l'attaque a été menée sur une grande échelle et au nombre de victimes qu'elle a faites. »). Dans l'affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire nº ICC-01/04-02/06, décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 24, la Chambre a conclu que l'attaque contre la population civile avait été généralisée car elle avait fait un grand nombre de victimes civiles.

[61] Voir *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire nº ICC-01/04-02/06, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 19 ; *Le Procureur c. Ahmad Harun et Ali Muhammad al abd-al-Rahman*, affaire nº ICC-02/05-01/07, décision relative à la requête déposée par l'accusation en vertu de l'article 58 7) du Statut, 27 avril 2007, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 62 ; voir aussi *Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, affaire nº ICTR-96-3-T, jugement, 6 décembre 1999, Chambre de première instance I, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 67 à 69 ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (note 55 *supra*), par. 122 et 123 ; *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49 ; *Annuaire … 1991*, vol. II (2e partie), p. 108.

[62] *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 163 (citant *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 83).

[63] *Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000 (voir *supra*, note 38), par. 550 ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 649.

13) L'adjectif « généralisée » peut aussi avoir une dimension géographique, l'attaque se produisant dans plusieurs endroits à la fois[64]. Ainsi, dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a conclu qu'il existait des preuves suffisantes pour établir qu'une attaque était « généralisée » compte tenu des témoignages faisant état d'attaques menées en divers endroits dans une zone géographique étendue, notamment des preuves attestant de milliers de viols, de l'existence de fosses communes et d'un nombre élevé de victimes[65]. Cela étant, il n'est pas nécessaire que la zone géographique soit étendue ; le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a constaté qu'une attaque pouvait être menée dans une zone géographique restreinte contre un grand nombre de civils[66].

14) Dans sa décision relative à la *Situation en République du Kenya*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a indiqué que « [l]'appréciation de cet élément ne doit répondre à des critères ni exclusivement quantitatifs ni géographiques, mais être effectuée sur la base des faits »[67]. Une attaque peut être généralisée en raison de l'effet cumulé d'une multiplicité d'actes inhumains ou être le résultat d'un seul acte inhumain de grande ampleur[68].

15) De même que le terme « généralisée », le terme « systématique » exclut les actes de violence isolés ou sans lien[69] et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale fait apparaître une compréhension similaire du sens de ce terme. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a défini le terme « systématique » comme dénotant « le caractère organisé des actes de violence et la répétition délibérée et l'improbabilité de leur caractère fortuit »[70] et a jugé que la preuve d'un schéma ou d'un plan méthodique permettait d'établir qu'une attaque avait été systématique[71]. En conséquence, la Chambre d'appel a confirmé en l'affaire *Kunarac* que « c'est au scénario des crimes − c'est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires − que l'on reconnaît leur caractère systématique »[72]. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a adopté une approche similaire[73].

16) Dans le droit fil de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, une Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a constaté en l'affaire *Harun* que l'adjectif « systématique » dénote « le caractère organisé des actes de violence et l'improbabilité de leur caractère fortuit »[74]. Dans l'affaire *Katanga*, une Chambre préliminaire de la Cour

[64] Voir, par exemple, *Ntaganda*, décision, 13 juillet 2012 (note 61 *supra*), par. 30 ; *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 177.

[65] *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 117 à 124 ; voir *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (note 58 *supra*), par. 688 et 689.

[66] *Kordić*, arrêt, 17 décembre 2004 (voir *supra*, note 59), par. 94 *; Blaškić*, jugement, 3 mars 2000 (voir *supra*, note 54), par. 206.

[67] *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (voir *supra*, note 58), par. 95 ; voir aussi *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (note 58 *supra*), par. 163.

[68] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49, par. 4) du commentaire de l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ; voir aussi *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (note 58 *supra*), par. 83 (où la Chambre a estimé que l'adjectif « généralisé » suppose qu'il s'agisse « d'une attaque couvrant une zone géographique étendue ou d'une attaque couvrant une zone géographique restreinte mais dirigée contre un grand nombre de civils »).

[69] Voir *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49 ; *Annuaire … 1991*, vol. II (2e partie), p. 108.

[70] *Mrkšić*, jugement, 27 septembre 2007 (voir *supra*, note 55), par. 437 ; *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 429.

[71] Voir, par exemple, *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (note 54 *supra*), par. 648.

[72] *Le Procureur c. Kunarac*, affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, arrêt, 12 juin 2002, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 94, *Supplément judiciaire n° 34*, juin 2002.

[73] *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 123 ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 580.

[74] *Harun*, décision, 27 avril 2007 (voir *supra*, note 61), par. 62 (renvoyant à *Kordić*, arrêt, 17 décembre 2004 (voir *supra*, note 59), par. 94, qui renvoie lui-même à *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 429) ; voir aussi *Ruto*, décision, 23 janvier 2012 (note 64 *supra*), par. 179 ;

pénale internationale a constaté que ce terme « a été compris comme dénotant soit un plan organisé dans la poursuite d'une politique commune, qui suit un schéma régulier et se traduit par la commission continue d'actes, soit un "ensemble de crimes" tel que les crimes constituent une "répétition non accidentelle de comportements criminels similaires et réguliers" »[75]. En appliquant cette norme en l'affaire *Ntaganda*, une Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a estimé qu'une attaque était systématique dès lors que « les auteurs avaient employé des moyens et des méthodes similaires pour attaquer les différents lieux : ils s'étaient approchés des cibles simultanément, en grand nombre, et, à partir de directions différentes, avaient attaqué des villages avec des armes lourdes, et systématiquement chassé la population par des méthodes similaires, allant de maison en maison et battant les buissons, brûlant toutes les propriétés et se livrant au pillage »[76]. En outre, dans la décision de confirmation des charges rendue en l'affaire *Ntaganda*, une Chambre préliminaire a estimé que l'attaque avait été systématique parce qu'elle avait suivi un « schéma régulier » avec un « mode opératoire récurrent, notamment la mise en place de barrages routiers, la pose de mines terrestres, et coordonné la commission des actes illégaux […] pour attaquer la population civile non Hema »[77]. Dans l'affaire *Gbagbo*, une Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a dit qu'une attaque était systématique lorsque « des préparatifs ont été entrepris à l'avance » et que l'attaque a été planifiée et coordonnée, les actes de violence révélant « une série manifeste » de violences[78].

« Lancée contre toute population civile »

17) Le deuxième critère général est que l'acte doit être commis dans le cadre d'une attaque « lancée contre toute population civile ». Le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 définit « l'attaque lancée contre toute population civile » aux fins du paragraphe 1 comme « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »[79]. Comme on le verra ci-dessous, dans leur jurisprudence le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et la Cour pénale internationale ont interprété la signification de chacun des termes ou expressions suivants : « lancée contre », « toute », « population », « civile », « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes » et « la politique d'un État ou d'une organisation ».

18) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé que l'expression « lancée contre » suppose que les civils soient la cible principale visée par l'attaque, et non des victimes incidentes[80]. Les Chambres préliminaires de la Cour pénale internationale ont ensuite adopté cette interprétation dans l'affaire *Bemba* et l'affaire relative à la *Situation en République du Kenya*[81], tout comme les Chambres de première instance de la Cour pénale internationale dans les jugements *Katanga* et *Bemba*[82]. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a estimé qu'il existait des preuves suffisantes pour établir que l'attaque était « dirigée contre » les civils de la République

Situation en République du Kenya, décision, 31 mars 2010 (note 58 *supra*), par. 96 ; *Katanga*, décision, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 394.

[75] *Katanga*, décision, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 397.

[76] *Ntaganda*, décision, 13 juillet 2012 (voir *supra*, note 61), par. 31 ; voir aussi *Ruto*, décision, 23 janvier 2012 (note 64 *supra*), par. 179.

[77] *Ntaganda*, décision, 9 juin 2014 (voir *supra*, note 60) par. 24.

[78] *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, affaire nº ICC-02/11-01/11, décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 225.

[79] Voir Statut de Rome ; voir aussi Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, document PCNICC/2000/1/Add.2, p. 11.

[80] Voir, par exemple, *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (note 59 *supra*), par. 421 (« L'expression "dirigée contre" indique que dans le cas d'un crime contre l'humanité, la population civile doit être la cible principale de l'attaque. »).

[81] *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (voir *supra*, note 58), par. 82 *; Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 76.

[82] *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1104 ; *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 154.

centrafricaine[83]. Elle a conclu que les soldats du Mouvement de libération du Congo (ci-après le « MLC ») savaient que leurs victimes étaient des civils, compte tenu des preuves directes montrant que les civils étaient attaqués dans leur maison ou dans leur cour[84]. Elle a aussi considéré que les soldats du MLC visaient *principalement* les civils, comme le démontrait une attaque menée dans une localité où les soldats du MLC n'avaient pas trouvé les troupes rebelles qu'ils prétendaient chasser[85]. Le terme « lancée » met l'accent sur l'intention de l'attaque plutôt que sur son résultat physique[86]. C'est l'attaque, et non les actes de l'auteur individuel, qui doit être « lancée contre » la population visée[87]. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Bemba* a ultérieurement confirmé que « la population civile était la cible première, et non pas incidente, de l'attaque et donc que l'attaque était bien lancée contre la population civile en [République centrafricaine] »[88]. Ce faisant, elle a expliqué que « [l]orsqu'une attaque est lancée dans une zone où sont présents aussi bien des civils que des non-civils, les facteurs à prendre en compte pour déterminer si cette attaque visait une population civile sont les moyens et les méthodes utilisés au cours de l'attaque, le statut des victimes, leur nombre, le caractère discriminatoire de l'attaque, la nature des crimes commis pendant celle-ci, la forme de la résistance opposée aux assaillants au moment de l'attaque, ainsi que la mesure dans laquelle les forces attaquantes ont respecté les précautions édictées par le droit de la guerre »[89].

19) L'adjectif « toute » indique que le terme « population civile » doit être défini au sens large et interprété de même[90]. Une attaque peut être menée contre des civils, « indépendamment de toute condition de nationalité, d'appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs »[91] et peut aussi être menée contre des nationaux ou des étrangers[92]. La population visée peut « comprendre un groupe défini par son affiliation politique (supposée) »[93]. Afin d'être reconnues comme une « population civile » en temps de conflit armé, les personnes ciblées doivent être « principalement » des civils ; la présence de certains combattants au sein de la population ne modifie pas le caractère de cette population[94]. Cette approche est conforme à d'autres règles découlant du droit international

[83] *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 94 ; voir aussi *Ntaganda*, décision, 13 juillet 2012 (note 61 *supra*), par. 20 et 21.

[84] *Bemba*, décision, 15 juillet 2009 (voir *supra*, note 58), par. 94.

[85] Ibid., par. 95 à 98.

[86] Voir, par exemple, *Blaškić*, jugement, 3 mars 2000 (note 54 *supra*), par. 208, note 401.

[87] *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (voir *supra*, note 72), par. 103.

[88] *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 674.

[89] Ibid., par. 153 (citant la jurisprudence de diverses juridictions internationales).

[90] Voir, par exemple, *Mrkšić*, jugement, 27 septembre 2007 (note 55 *supra*), par. 442 ; *Le Procureur c. Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000 (note 38 *supra*), par. 547 (« L'intention semble être de donner une définition large des termes "population" et "civile". L'objet et le but des principes généraux et des règles du droit humanitaire en donnent une première confirmation. C'est notamment le cas des règles prohibant les crimes contre l'humanité. ») ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 127 ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 643.

[91] *Katanga*, décision, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 399 (citant *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 635) ; voir aussi *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (note 59 *supra*), par. 1103 ; *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 155.

[92] Voir, par exemple, *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (note 59 *supra*), par. 423.

[93] *Ruto*, décision, 23 janvier 2012 (voir *supra*, note 64), par. 164.

[94] Voir, par exemple, *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (note 59 *supra*), par. 1105 (soulignant que la population prise pour cible « doit être essentiellement composée de civils » et que « la présence en son sein de personnes ne l'étant pas n'ayant dès lors aucune incidence sur sa qualification de population civile ») ; *Mrkšić*, jugement, 27 septembre 2007 (voir *supra*, note 55), par. 442 ; *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 425 (« sans que, cependant, la présence de certains non-civils en son sein modifie la nature de cette population ») ; *Kordić*, jugement, 26 février 2001 (voir *supra*, note 46), par. 180 ; *Blaškić*, jugement, 3 mars 2000 (voir *supra*, note 54), par. 214 (« la présence de militaires, au sein de la population civile qui fait l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci ») ; *Le Procureur c. Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000 (voir *supra*, note 38), par. 549 (« la présence dans une population de personnes activement impliquées dans le conflit ne devrait pas empêcher de la qualifier de civile ») ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 128 ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 582 (« La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la

humanitaire. Par exemple, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 dispose ce qui suit : « La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité. »[95]. Dans l'affaire *Kayishema*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda a considéré qu'en temps de paix, le terme de « civil » devait s'appliquer à toutes les personnes exception faite de celles chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique à cette fin au moment où elles sont attaquées[96]. La situation de chaque victime en particulier doit être appréciée au moment où l'infraction est commise[97] ; une personne doit être considérée comme civile s'il existe un doute quelconque sur son statut[98].

20) Le terme « population » ne signifie pas que toute la population d'une région géographique donnée doit faire l'objet de l'attaque[99] ; il vise plutôt à exprimer le caractère collectif du crime en tant qu'attaque contre de multiples victimes[100]. Comme l'a noté la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Gotovina*, cette notion signifie que l'attaque vise plus qu'un simple « nombre limité d'individus choisis au hasard »[101]. Dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Bemba* et dans la *Situation en République du Kenya*, la Cour pénale internationale a adopté une approche similaire, déclarant que le Procureur doit démontrer que l'attaque ne peut être décrite comme une attaque lancée contre un groupe limité d'individus[102].

21) La première partie du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 mentionne le « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque ». Bien que ce membre de phrase ne figure pas dans la définition statutaire des crimes contre l'humanité retenue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, il est le reflet de la jurisprudence de ces deux tribunaux[103] et on le retrouve au paragraphe 2 a) de

définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité. ») ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 638.

95 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 50, par. 3.

96 *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 127 (qui fait référence à « toutes les personnes […], exception faite de celles chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique. À titre d'exemple, ne sont pas considérés comme des civils les éléments des [Forces armées rwandaises], du [Front patriotique rwandais], de la police et de la gendarmerie nationale. »).

97 *Blaškić*, jugement, 3 mars 2000 (voir *supra*, note 54), par. 214 (« [L]a situation concrète de la victime au moment où les crimes sont commis, plutôt que son statut, doit être prise en compte pour déterminer sa qualité de civil. ») ; voir aussi *Kordić*, jugement, 26 février 2001 (note 46 *supra*), par. 180 (« [D]es personnes qui, à un moment donné, se sont livrées à des actes de résistance peuvent, dans certaines circonstances, être victimes de crimes contre l'humanité. ») ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 582 (constatant que la population civile comprend « les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat »).

98 *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 426.

99 Voir *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (note 58 *supra*), par. 82 ; *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 77 ; *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 424 ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 644 ; voir aussi *Annuaire … 1994*, vol. II (2e partie), p. 40, par. 14) du commentaire de l'article 21 (qui définit les crimes contre l'humanité comme des « actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie de la population civile ») (italiques ajoutés).

100 Voir *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (note 54 *supra*), par. 644.

101 *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak et Mladen Markač*, affaire no IT-06-90-T, jugement, 15 avril 2011, Chambre de première instance I, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 1704.

102 *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (voir *supra*, note 58), par. 81 ; *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 77 ; *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 154.

103 Voir, par exemple, *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (note 59 *supra*), par. 415 (définissant l'attaque comme « un type de comportement entraînant des actes de violence ») ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 122 (définissant l'attaque comme « le fait auquel les crimes énumérés sont rattachables ») ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53),

l'article 7 du Statut de Rome de 1998. Aux termes des Éléments des crimes relatifs audit Statut, les « actes » visés au paragraphe 2 a) de l'article 7 « ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire »[104]. En l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance a dit que « l'attaque ne doit pas nécessairement être de nature militaire et […] peut impliquer toute forme de violence à l'encontre d'une population civile »[105].

22) La deuxième partie du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 prévoit que l'attaque doit être lancée « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Cet élément de « politique » était absent de la définition des crimes contre l'humanité donnée dans les statuts des tribunaux internationaux jusqu'à l'adoption du Statut de Rome de 1998[106]. Cela étant, s'il ne figurait pas dans les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda[107], il est apparu très tôt dans la jurisprudence[108]. De fait, dès les premiers temps du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Tadić* l'a mentionné dans une conclusion qui a fait date et allait plus tard influencer la rédaction du Statut de Rome de 1998. La Chambre a dit que :

> « la raison pour laquelle les crimes contre l'humanité scandalisent tellement la conscience de l'humanité et justifient l'intervention de la communauté internationale tient à ce qu'il ne s'agit pas d'actes isolés, commis fortuitement par des individus, mais qu'ils résultent plutôt d'une tentative délibérée de cibler une population civile. Traditionnellement, cette condition a été interprétée comme signifiant qu'il doit exister une certaine forme de politique pour commettre ces actes. […] Plus important encore, cependant, une telle politique n'a pas besoin d'être énoncée de façon formelle et elle peut être déduite de la façon dont les actes sont commis. »[109].

La Chambre de première instance a en outre noté que, en raison de l'élément de politique, ces crimes « ne peuvent pas être l'œuvre de seuls individus isolés »[110]. Dans sa jurisprudence ultérieure, toutefois, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a

---

par. 581 (« L'"attaque" peut se définir comme tout acte contraire à la loi du type énuméré [dans le Statut]. Les actes non violents par nature, y compris l'imposition d'un système d'apartheid […] ou l'exercice de pressions publiques sur une population pour amener celle-ci à agir de telle ou telle manière pourraient être rangés sous ce vocable […]. »).

104 Voir Cour pénale internationale, Éléments des crimes, p. 11.

105 *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1101.

106 L'article 6 c) du Statut de Nuremberg ne contient aucune référence expresse à un plan ou une politique. Le Jugement de Nuremberg, cependant, mentionne le terme « politique » lors de l'examen de l'article 6 c) dans le cadre de la notion d'« attaque » dans son ensemble. Voir *Jugement du 30 septembre 1946* (note 29 *supra*), p. 493 (« La politique de terreur a certainement été menée sur une grande échelle, et dans de nombreux cas a été organisée et systématique. La politique de persécution, de répression et d'assassinat de civils susceptibles d'être hostiles au gouvernement qui a été menée en Allemagne avant la guerre de 1939 a été exécutée de la manière la plus impitoyable. »).
L'article II 1) c) de la Loi nº 10 du Conseil de contrôle relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité ne fait pas non plus référence à un plan ou une politique dans sa définition des crimes contre l'humanité. Loi nº 10 du Conseil de contrôle relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, vol. 3, p. 52 (1946).

107 La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déterminé qu'il n'y avait pas d'élément de politique relatif aux crimes contre l'humanité dans le droit international coutumier, voir *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (voir *supra*, note 72), par. 98 (« Rien, dans le Statut ou le droit international coutumier tel qu'il existait à l'époque des faits allégués, n'exige la preuve de l'existence d'un plan ou d'une politique visant à la perpétration de ces crimes. »), bien que cette position ait été critiquée dans la doctrine.

108 *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 644, 653 à 655 et 626.

109 Ibid., par. 653.

110 Ibid., par. 655 (citant *Le Procureur c. Dragan Nikolić alias « Jenki »*, affaire nº IT-94-2-R61, examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 26).

minimisé l'élément de politique, considérant qu'il suffisait simplement de prouver l'existence d'une attaque généralisée ou systématique[111].

23) Avant le Statut de Rome de 1998, la Commission avait tendance, dans ses travaux sur des projets de codes, à exiger un élément de politique. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1954 définissait les crimes contre l'humanité comme : « [l]es actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, *par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement* »[112]. La Commission a décidé d'insérer le critère d'instigation ou de consentement de l'État afin d'exclure les actes inhumains commis par des personnes privées agissant de leur propre chef, sans aucune participation de l'État[113]. En même temps, la définition des crimes contre l'humanité figurant dans le projet de code de 1954 ne comportait aucun critère d'échelle (« généralisée ») ou de systématicité.

24) Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé par la Commission en 1996 contenait aussi un élément de politique, puisqu'il définissait les crimes contre l'humanité comme « le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après »[114]. La Commission a inséré ce critère pour exclure des actes inhumains commis par un individu « de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation »[115]. En d'autres termes, l'élément de politique visait à exclure les crimes « ordinaires » d'individus agissant de leur propre initiative et sans aucun lien avec un État ou une organisation.

25) Le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 contient le même élément de politique que celui défini au paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome de 1998. Aux termes des Éléments des crimes relatifs à ce statut, une « politique ayant pour but une telle attaque » suppose que « l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile »[116] et « [d]ans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque »[117].

26) Cet élément de « politique » a été examiné par la Cour pénale internationale dans le cadre de plusieurs affaires[118]. Dans le jugement *Katanga* de 2014, la Chambre de première

---

[111] Voir, par exemple, *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (note 72 *supra*), par. 98 ; *Kordić*, jugement, 26 février 2001 (voir *supra*, note 46), par. 182 (estimant que « l'existence d'un plan ou d'une politique devrait davantage être considérée comme indicative du caractère systématique des infractions qualifiées de crimes contre l'humanité ») ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 124 (« Pour qu'un acte de persécution à grande échelle constitue un crime contre l'humanité, il faut que l'existence d'un élément politique soit démontrée. L'absence de l'une ou de l'autre des deux conditions que sont le caractère généralisé ou systématique du crime suffit pour entraîner l'exclusion des actes qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une politique ou d'un plan plus vaste. ») ; *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (voir *supra*, note 53), par. 580.

[112] *Annuaire … 1954*, vol. II, p. 150 (italiques ajoutés).

[113] Ibid.

[114] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49 (italiques ajoutés).

[115] Ibid. Pour expliquer qu'elle ait inséré un élément de politique, la Commission a noté ce qui suit : « Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question, tels que l'article 18 les envisage. ».

[116] Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, p. 11.

[117] Ibid. D'autres précédents soulignent aussi que le fait de s'abstenir délibérément d'agir peut satisfaire à la condition de l'élément de politique. Voir *Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000 (note 38 *supra*), par. 554 et 555 (« approuvée », « tolérée », « assentiment explicite ou implicite ») ; *Annuaire … 1954*, vol. II, p. 150 (art. 2 11)) (« consentement ») ; Conseil de sécurité, Rapport de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, document S/1994/674, par. 85.

[118] Voir, par exemple, *Ntaganda*, décision, 13 juillet 2012 (note 61 *supra*), par. 24 ; *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 81 ; *Katanga*, jugement, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 396.

instance de la Cour pénale internationale a souligné que l'exigence de l'existence d'une politique n'était pas synonyme de « caractère systématique », car cela serait contraire à la formulation disjonctive des termes de l'article 7 du Statut de Rome de 1998, qui dispose qu'une attaque doit être « généralisée » ou « systématique »[119]. De fait, alors que l'adjectif « systématique » exige des niveaux élevés d'organisation et l'existence d'un schéma fait de comportements répétitifs ou la commission renouvelée d'actes de violence[120], « [é]tablir une "politique" vise uniquement à démontrer que l'État ou l'organisation entendait mener une attaque contre une population civile. L'analyse du caractère systématique de l'attaque va dès lors au-delà de l'existence d'une quelconque politique visant à éliminer, persécuter ou affaiblir une communauté »[121]. En outre, la condition de « politique » ne requiert pas l'existence de projets formels ou de plans préétablis, peut être mise en œuvre en agissant ou en s'abstenant d'agir et peut être déduite des circonstances[122]. La Chambre de première instance a estimé que la politique n'a pas besoin d'être établie officiellement ou promulguée avant l'attaque et que son existence peut être déduite du constat de la répétition d'actes, de l'existence d'activités préparatoires ou encore de mobilisations collectives[123]. De plus, cette politique n'a pas besoin d'être concrète ou précise, et elle peut évoluer dans le temps en fonction des circonstances[124]. En outre, dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de première instance a jugé que la condition voulant que ce comportement reflète le lien avec la politique de l'État ou de l'organisation était satisfaite non seulement lorsqu'un auteur agissait délibérément dans la poursuite de cette politique mais aussi lorsqu'il adoptait, en connaissance de cause, un comportement prévu par cette politique[125].

27) De même, dans sa décision de confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a dit que les termes « politique » et « systématique » ne devaient pas être amalgamés[126]. En l'espèce, elle a relevé que « la preuve qu'un État ou une organisation a planifié, organisé ou dirigé l'attaque peut être utile pour établir tant l'existence d'une politique que le caractère systématique de l'attaque, mais les deux notions ne doivent pas être amalgamées car elles servent des fins différentes et correspondent à des critères différents au regard des articles 7 1) et 7 2) a) du Statut »[127]. L'élément de politique exige que les actes soient « mis en place » par un État ou une organisation[128] et il exclut les « actes de violence spontanés ou isolés », mais il n'est pas nécessaire que la politique ait été formellement adoptée[129] et la preuve des raisons ou des motivations de la politique n'est pas exigée[130]. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a estimé que l'attaque relevait d'une politique appliquée par une organisation en se fondant sur les éléments montrant que les soldats du MLC « lançaient des attaques qui se déroulaient suivant le même modèle »[131]. La Chambre de première instance a ultérieurement conclu que les soldats du MLC savaient que leurs actes s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque à plus grande échelle lancée contre la population civile en République centrafricaine[132].

28) Le second membre de phrase du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 fait référence à la politique d'un « État » ou d'une « organisation » ayant pour but une telle attaque, à l'instar du paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome de 1998. Dans sa décision relative à la *Situation en République du Kenya*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a fait observer que le sens du terme « État » au paragraphe 2 a) de l'article 7

[119] *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1112 ; voir aussi ibid., par. 1101 ; *Gbagbo*, décision, 12 juin 2014 (voir *supra*, note 78), par. 208.
[120] *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1111 à 1113.
[121] Ibid., par. 1113.
[122] Ibid., par. 1108, 1109 et 1113.
[123] Ibid., par. 1109 ; voir aussi *Gbagbo*, décision, 12 juin 2014 (note 78 *supra*), par. 211, 212 et 215.
[124] *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1110.
[125] *Bemba*, jugement, 15 juin 2016 (voir *supra*, note 58), par. 161.
[126] *Gbagbo*, décision, 12 juin 2014 (voir *supra*, note 78), par. 208 et 216.
[127] Ibid., par. 216.
[128] Ibid., par. 217.
[129] Ibid., par. 215.
[130] Ibid., par. 214.
[131] *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 115.
[132] *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 669.

est « explicite »[133]. Elle a ensuite relevé qu'une politique adoptée par des organes régionaux, voire locaux, de l'État pourrait donc remplir le critère relatif à l'existence de la politique d'un État[134].

29) La jurisprudence de la Cour pénale internationale porte à croire que le terme « organisation » recouvre tout organisme ou groupe ayant les capacités et les ressources nécessaires pour planifier et mener une attaque généralisée ou systématique. Dans l'affaire *Katanga*, par exemple, la Chambre préliminaire a dit ce qui suit : « Cette politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire donné ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. »[135]. Dans la même affaire, une Chambre de première instance de la Cour pénale internationale a fait observer que l'organisation doit disposer « de ressources, de moyens et de capacités suffisantes pour permettre la réalisation de la ligne de conduite ou de l'opération impliquant la commission multiple d'actes […] [et être] dotée d'un ensemble de structures ou de mécanismes, quels qu'ils soient, suffisamment efficaces pour assurer la coordination nécessaire à la réalisation d'une attaque dirigée contre une population civile »[136].

30) Dans sa décision relative à la *Situation en République du Kenya*, la majorité de la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a rejeté l'idée que « seules les organisations présentant les caractéristiques d'un État peuvent entrer en ligne de compte » en tant qu'organisations aux fins du paragraphe 2 a) de l'article 7, puis a noté que « le caractère structuré d'un groupe et son degré d'organisation ne devraient pas être considérés comme des critères essentiels à cet égard. Il convient plutôt […] de déterminer si un groupe a la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales »[137]. En 2012, dans l'affaire *Ruto*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a dit que, pour déterminer si un groupe donné peut être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7 du Statut de Rome de 1998 :

> « [la Chambre] peut prendre en compte un certain nombre d'éléments, notamment : i) si le groupe dispose d'un commandement responsable ou d'une hiérarchie bien établie ; ii) s'il possède, de fait, les moyens de lancer une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ; iii) s'il exerce un contrôle sur une partie du territoire d'un État ; iv) s'il a pour but principal de mener des activités criminelles au préjudice de la population civile ; v) s'il exprime, explicitement ou implicitement, l'intention d'attaquer une population civile ; vi) s'il fait partie d'un groupe plus important qui remplit certains ou la totalité des critères susmentionnés »[138].

---

[133] *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (voir *supra*, note 58), par. 89.

[134] Ibid.

[135] *Katanga*, décision, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 396 (renvoyant à la jurisprudence du TPIY et du TPIR ainsi qu'au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1991, *Annuaire … 1991*, vol. II (2e partie), p. 103) ; voir aussi *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (note 58 *supra*), par. 81.

[136] *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1119.

[137] *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (voir *supra*, note 58), par. 90. Cette position a aussi été adoptée dans l'affaire Katanga par la Chambre de première instance, qui a relevé que « [l]e fait que l'attaque doive par ailleurs être qualifiée de généralisée ou de systématique ne signifie pas, pour autant, que l'organisation qui la favorise ou l'encourage soit structurée d'une manière telle qu'elle présente les mêmes caractéristiques que celles d'un État ». *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1120. La Chambre de première instance a aussi constaté que « la "pratique générale acceptée comme étant le droit" […] fait état de crimes contre l'humanité commis par des États et des organisations qui ne sont pas spécifiquement définies comme devant revêtir des caractéristiques quasi-étatiques ». Ibid., par. 1121.

[138] *Ruto*, décision, 23 janvier 2012 (voir *supra*, note 64), par. 185 ; voir aussi *Situation en République du Kenya*, décision, 31 mars 2010 (note 58 *supra*), par. 93 ; *Situation en République de Côte d'Ivoire*, affaire nº ICC-02/11, rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome de 1998, 15 novembre 2011, Chambre préliminaire III, Cour pénale internationale, par. 45 et 46.

31) En conséquence de la « politique » émanant éventuellement d'une organisation non étatique, la définition énoncée aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3 n'exige pas que l'auteur soit un responsable ou un agent de l'État. Cette position est conforme à l'évolution de la notion de crimes contre l'humanité en droit international. La Commission, commentant en 1991 le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité qui allait devenir le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, a indiqué que « le projet d'article ne limite pas les auteurs possibles des crimes y prévus aux seuls agents ou représentants d'un État » et qu'il « n'exclut pas que de simples particuliers, pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bandes ou groupes criminels, puissent eux aussi commettre le genre de violations systématiques ou massives des droits de l'homme prévues dans le présent article, hypothèse dans laquelle leurs actes tomberaient sous le coup du projet de code »[139]. Comme indiqué précédemment, le projet de code de 1996 a ajouté le critère voulant que, pour constituer des crimes contre l'humanité, les actes inhumains aient été commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, *d'une organisation ou d'un groupe* »[140]. Dans son commentaire sur ce critère, la Commission a noté que « [c]e sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État »[141].

32) Dans sa jurisprudence, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a accepté la possibilité que des acteurs non étatiques soient poursuivis pour crimes contre l'humanité. En l'affaire *Tadić*, par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a dit que « le droit relatif aux crimes contre l'humanité a évolué de sorte à tenir compte de forces qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent le contrôle de facto sur un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement »[142]. Cette constatation a été reprise dans l'affaire *Limaj*, où la Chambre de première instance a considéré que les défendeurs, membres de l'Armée de libération du Kosovo, pouvaient être poursuivis pour crimes contre l'humanité[143].

33) Dans l'affaire *Ntaganda*, la Cour pénale internationale a confirmé les charges portées contre un défendeur associé à deux groupes paramilitaires, l'Union des patriotes congolais et les Forces patriotiques pour la libération du Congo en République démocratique du Congo[144]. De même, dans l'affaire *Callixte Mbarushimana*, le procureur a porté des charges contre un défendeur associé aux Forces démocratiques pour la libération du Rwanda, décrites, dans leurs statuts, comme un « groupe armé ayant pour objectif de "reconquérir et défendre la souveraineté nationale" du Rwanda »[145]. Dans l'action contre Joseph Kony engagée au titre de la situation en Ouganda, le défendeur serait associé à l'Armée de résistance du Seigneur, « un groupe armé qui aurait mené […] une insurrection contre le Gouvernement ougandais [et] l'armée ougandaise »[146] et qui « serait organisé selon une hiérarchie de type militaire et fonctionnerait comme une armée »[147]. En ce qui concerne la situation au Kenya, la Chambre préliminaire a confirmé les charges de crimes contre l'humanité portées contre les défendeurs en raison de leur association dans un « réseau » d'auteurs « composé de hauts responsables politiques [du Mouvement démocratique orange (ODM)], de représentants des médias, d'anciens membres de la police

[139] *Annuaire … 1991*, vol. II (2e partie), p. 108.

[140] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 50 (art. 18) (italiques ajoutés).

[141] Ibid.

[142] *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 654. Pour plus de détails sur les auteurs non étatiques, voir ibid., par. 655.

[143] *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala et Isak Musliu*, affaire no IT-03-66-T, jugement, 30 novembre 2005, Chambre de première instance II, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 212 et 213.

[144] *Ntaganda*, décision, 13 juillet 2012 (voir *supra*, note 61), par. 22.

[145] *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, décision relative à la confirmation des charges, affaire no ICC-01/04-01/10, 16 décembre 2011, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 2.

[146] *Situation en Ouganda*, affaire no ICC-02/04-01/05, mandat d'arrêt de Joseph Kony délivré le 8 juillet 2005, tel que modifié le 27 septembre 2005, 27 septembre 2005, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 5.

[147] Ibid., par. 7.

kényane et de l'armée, d'anciens de la communauté kalenjin ainsi que de chefs locaux »[148]. De même, les charges ont été confirmées en ce qui concerne d'autres défendeurs associés à des « attaques coordonnées » menées « à différents endroits de Nakuru et de Naivasha, [par] les Mungiki et des jeunes sympathisants du Parti de l'unité nationale (PNU) », attaques qui « étaient dirigées contre des personnes tenues pour des partisans [de l']ODM, identifiées de diverses manières, notamment au moyen de listes et de barrages routiers, par leurs caractéristiques physiques et par la langue »[149].

« En connaissance de cette attaque »

34) Le troisième critère général est que l'auteur doit commettre l'acte « en connaissance de cette attaque ». Dans leur jurisprudence, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont conclu que l'auteur doit avoir connaissance qu'il y a une attaque contre la population civile et, en outre, que son acte fait partie de cette attaque[150]. Cette approche en deux parties se reflète dans les *Éléments des crimes* relatifs au Statut de Rome de 1998, qui, pour chacun des actes proscrits, prévoient, comme dernier élément de cet acte, que « [l]'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie ». Cela étant,

> « le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'État ou de l'organisation. Dans le cas où une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est dans sa phase initiale, l'intention visée dans le dernier élément indique que l'élément psychologique est présent dès lors que l'auteur avait l'intention de mener une telle attaque. »[151].

35) Dans sa décision confirmant les charges portées contre Laurent Gbagbo, une Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a fait observer qu'« il est seulement nécessaire de prouver que l'intéressé avait connaissance de l'attaque de manière générale »[152]. En effet, il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur connaissait les détails spécifiques de l'attaque[153] ; au contraire, la connaissance de l'auteur peut être inférée de preuves indirectes[154]. En conséquence, lorsqu'elle a conclu en l'affaire *Bemba* que les troupes du MLC savaient que leurs actes s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque menée, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a estimé que le fait que les troupes avaient connaissance de cette attaque pouvait être déduit « des méthodes d'attaque mises en œuvre », qui suivaient clairement un modèle[155]. Dans l'affaire *Katanga*, elle a estimé que :

---

148 *Ruto*, décision, 23 janvier 2012 (voir *supra*, note 64), par. 182.

149 *Situation en République du Kenya* dans l'affaire *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, affaire n° ICC-01/09-02/11, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 102.

150 Voir, par exemple, *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (note 59 *supra*), par. 418 ; *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (voir *supra*, note 55), par. 133.

151 Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, p. 11.

152 *Gbagbo*, décision, 12 juin 2014 (voir *supra*, note 78), par. 214.

153 *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (voir *supra*, note 59), par. 434 (estimant que si l'auteur doit savoir qu'il y a une attaque, « [i]l n'est toutefois pas nécessaire qu'il soit informé des détails de [cette] attaque »).

154 Voir *Blaškić*, jugement, 3 mars 2000 (note 54 *supra*), par. 259 (estimant que la connaissance du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque peut se déduire d'un certain nombre de faits, notamment « de la nature des crimes commis et de leur notoriété ») ; *Tadić*, jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 657 (« Donc si la connaissance est requise, elle est approchée sur un plan objectif et elle peut être déduite implicitement des circonstances. ») ; voir aussi *Kayishema*, jugement, 21 mai 1999 (note 55 *supra*), par. 134 (estimant qu'« une connaissance objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque » est suffisante).

155 *Bemba*, décision, 15 juin 2009 (voir *supra*, note 58), par. 126 ; voir *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (note 58 *supra*), par. 166 à 169.

> « le fait que l'auteur avait connaissance de l'attaque et qu'il avait conscience que sa participation à cette attaque peut être inférée de preuves indirectes comme : la place occupée par l'accusé dans la hiérarchie militaire ; le fait qu'il assumait un rôle important dans la campagne criminelle dans son ensemble ; sa présence sur les lieux des crimes ; le fait qu'il fasse mention de la supériorité de son groupe par rapport à l'ennemi ; et le contexte historique et politique général dans lequel les actes ont été commis. »[156].

36) En outre, les mobiles ayant poussé l'auteur à participer à l'attaque importent peu ; il n'est pas exigé que l'auteur partage le but ou l'objectif assigné à l'attaque[157]. Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'arrêt *Kunarac*, la preuve que l'auteur a agi pour des raisons purement personnelles pourrait, tout au plus, « indiquer qu'il n'était pas conscient que ses actes faisaient partie de l'attaque, présomption qui n'a rien d'irréfragable »[158]. C'est la connaissance qu'a l'auteur de ce que son acte fait partie de l'attaque, ou son intention de l'inscrire dans le cadre de celle-ci, qui sont pertinentes pour remplir ce critère. En outre, le critère est rempli lorsqu'il peut être prouvé que l'auteur a commis l'infraction sous-jacente en profitant directement d'une attaque plus large, ou lorsque la commission de l'infraction sous-jacente a eu pour effet de perpétuer l'attaque plus large[159]. Ainsi, dans l'affaire *Kunarac*, les auteurs étaient accusés de diverses formes de violence sexuelle, d'actes de torture, et de réduction en esclavage infligés à des femmes et des filles musulmanes. La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a conclu que les accusés avaient la connaissance requise, car non seulement ils savaient qu'une attaque dirigée contre la population civile musulmane était en cours, mais ils l'avaient aussi perpétrée en « [mettant] directement à profit la situation ainsi créée » et « [avaient] […] pleinement approuvé l'attaque lancée […] pour des motifs ethniques »[160]. De même, une Chambre de première instance de la Cour pénale internationale a jugé que l'auteur doit savoir que l'acte fait partie d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile, mais que le mobile de l'auteur est sans importance pour que l'acte soit qualifié de crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait connaissance de toutes les caractéristiques ou des détails de l'attaque, pas plus qu'il n'est demandé que l'auteur adhère « aux buts du projet criminel de l'État ou de l'organisation »[161].

Actes prohibés

37) De même que l'article 7 du Statut de Rome de 1998, le paragraphe 1 du projet d'article 3 énumère, aux alinéas a) à k), les actes prohibés en matière de crimes contre l'humanité. Ces actes apparaissent aussi dans la définition des crimes contre l'humanité figurant à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, bien que le libellé diffère légèrement. Une personne qui commet l'un de ces actes peut commettre un crime contre l'humanité ; elle n'a pas besoin d'avoir commis de multiples actes, mais son acte doit faire « partie » d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile[162]. Pour déterminer si le lien requis existe, il faut « procéder à un examen objectif tenant compte, en particulier, des caractéristiques, des buts, de la nature et/ou des conséquences [des] actes. Les actes isolés qui, par leur contexte et leurs circonstances, diffèrent clairement d'autres actes s'inscrivant dans le cadre d'une attaque ne relèvent pas » de l'article 3, paragraphe 1[163]. L'infraction n'a pas besoin d'être commise au cœur de l'attaque contre la

156 *Katanga*, décision, 30 septembre 2008 (voir *supra*, note 59), par. 402.

157 Voir, par exemple, *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (note 72 *supra*), par. 103 ; *Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000 (voir *supra*, note 38), par. 558.

158 *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (voir *supra*, note 72), par. 103.

159 Voir, par exemple, *Kunarac*, jugement, 22 février 2001 (note 59 *supra*), par. 592.

160 Ibid.

161 *Katanga*, jugement, 7 mars 2014 (voir *supra*, note 59), par. 1125.

162 Voir, par exemple, *Kunarac*, arrêt, 12 juin 2002 (note 72 *supra*), par. 100 ; *Tadić*, opinion et jugement, 7 mai 1997 (voir *supra*, note 54), par. 649.

163 *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 58), par. 165.

population civile pour satisfaire à cette exigence ; elle peut faire partie de l'attaque si un lien suffisant avec celle-ci peut être établi[164].

Définitions dans la définition

38) Comme indiqué plus haut, le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 définit l'« attaque lancée contre une population civile » aux fins du paragraphe 1 de l'article 3. Les alinéas b) à i) du paragraphe 2 du projet d'article 3 définissent d'autres termes qui figurent dans le paragraphe 1, à savoir : « extermination » ; « réduction en esclavage » ; « déportation ou transfert forcé de population » ; « torture » ; « grossesse forcée » ; « persécution » ; « crime d'apartheid » ; « disparition forcée de personnes ». Le paragraphe 3 du projet d'article 3 donne en outre une définition du terme « sexe ». On trouve aussi ces définitions à l'article 7 du Statut de Rome et la Commission a estimé utile de les retenir dans le projet d'article 3.

Paragraphe 4

39) Le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose ce qui suit : « Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale. ». Cette disposition est similaire au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui est libellé comme suit : « Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large. »[165]. L'article 10 du Statut de Rome de 1998 (qui figure dans le chapitre II intitulé « Compétence, recevabilité et droit applicable ») contient lui aussi une « clause sans préjudice », qui dispose ce qui suit : « Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut. ».

40) Le paragraphe 4 est destiné à garantir que la définition des « crimes contre l'humanité » énoncée au projet d'article 3 ne remet pas en cause les définitions plus larges qui peuvent exister dans d'autres instruments internationaux ou dans la législation nationale. « Instrument international » doit s'entendre au sens large du terme et pas seulement dans le sens d'un accord international contraignant. Par exemple, la définition des « disparitions forcées de personnes » figurant dans le projet d'article 3 reprend celle de l'article 7 du Statut de Rome de 1998, mais diffère des définitions figurant dans la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[166], dans la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée de personnes[167] et dans la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[168]. Ces différences tiennent essentiellement au fait que ces instruments ne contiennent pas le membre de phrase « dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi », ni les termes « pendant une période prolongée » et ne mentionnent pas les organisations en tant qu'auteurs potentiels du crime lorsqu'elles agissent sans participation de l'État.

41) À la lumière de ces différences, la Commission a jugé prudent d'insérer le paragraphe 4 du projet d'article 3. Sur le fond, si les trois premiers paragraphes du projet d'article 3 définissent les crimes contre l'humanité aux fins du projet d'articles, cela est sans préjudice des définitions plus larges prévues par des instruments internationaux ou des

[164] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Šljivančanin*, affaire nº IT-95-13/1-A, arrêt, 5 mai 2009, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 41 ; *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias « Tuta » et Vinko Martinović alias « Štela »*, affaire nº IT-98-34-T, jugement, 31 mars 2003, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 234, *Supplément judiciaire nº 42*, juin 2003 ; *Mrkšić*, jugement, 27 septembre 2007 (voir *supra*, note 55), par. 438 ; *Tadić*, arrêt, 15 juillet 1999 (voir *supra*, note 46), par. 249.

[165] Convention contre la torture, art. 1, par. 2.

[166] Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1992.

[167] Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes (Belém, 9 juin 1994), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, nº 60.

[168] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, nº 48088, p. 3.

lois nationales. En conséquence, si un État souhaite adopter une définition plus large dans son droit interne, le présent projet d'articles ne l'empêche pas de le faire. En même temps, l'un des objectifs importants du projet d'articles est l'harmonisation des législations nationales, qui pourront ainsi servir de base à une coopération solide entre États. Les éléments adoptés dans le cadre d'une loi nationale, qui n'entreraient pas dans le champ d'application du présent projet d'articles, ne bénéficieraient pas des dispositions prévues par celui-ci, notamment en matière d'extradition et d'entraide judiciaire.

Article 4
Obligation de prévention

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) Mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ; et

b) La coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 énonce une obligation de prévention des crimes contre l'humanité. Lorsqu'elle a examiné cette obligation, la Commission a jugé utile d'étudier la pratique conventionnelle existante en matière de prévention des crimes et d'autres actes. Dans de nombreux cas, les traités concernés visent des actes qui, lorsqu'ils sont commis dans certaines circonstances, peuvent constituer des crimes contre l'humanité (par exemple, le génocide, la torture, l'apartheid ou la disparition forcée). Ainsi, l'obligation de prévention énoncée dans ces traités s'étend également à la prévention des actes en question lorsqu'ils peuvent aussi être qualifiés de crimes contre l'humanité.

2) La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide contient déjà un exemple intéressant d'obligation de prévention en son article I, ainsi libellé : « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir »[169]. De plus, l'article V prévoit que : « [l]es Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ». L'article VIII est libellé comme suit : « Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. ». La Convention contient donc plusieurs éléments ayant trait à la prévention : une obligation générale de prévenir le génocide, une obligation d'adopter des mesures nationales pour donner effet aux dispositions de la Convention, et une disposition relative à la coopération des États parties avec l'Organisation des Nations Unies pour la prévention du génocide.

3) Ce type d'obligation de prévention caractérise la plupart des traités multilatéraux relatifs à des infractions élaborés depuis les années 1960. C'est notamment le cas des instruments suivants : la Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile[170] ; la Convention de 1973 sur la prévention et la

[169] Convention sur le génocide, art. I.

[170] Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, nº 14118, p. 185. Le paragraphe 1 de l'article 10 dispose : « Les États contractants s'engagent, conformément au droit international et

répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques[171] ; la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid[172] ; la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages[173] ; la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[174] ; la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture[175] ; la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes[176] ; la Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé[177] ; la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif[178] ; la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée[179] ; le Protocole additionnel de 2000 à la

national, à s'efforcer de prendre les mesures raisonnables en vue de prévenir les infractions visées à l'article l. ».

171 Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, nº 15410, p. 173, art. 4 (« Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2, notamment : a) en prenant toutes les mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leur territoire. »).

172 Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, nº 14861, p. 249, art. IV (« Les États parties à la présente Convention s'engagent […] a) à prendre toutes les mesures, législatives ou autres, nécessaires pour empêcher que le crime d'apartheid et autres politiques ségrégationnistes semblables ou leurs manifestations ne soient encouragés de quelque manière que ce soit ainsi que pour éliminer tout encouragement de cette nature et pour punir les personnes coupables de ce crime. »).

173 Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, nº 21931, p. 212, art. 4, par. 1 (« Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 1, notamment : a) en prenant toutes les mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions destinées à être commises […] y compris des mesures tendant à interdire sur leur territoire les activités illégales des individus, des groupes et des organisations qui encouragent, fomentent, organisent ou commettent des actes de prise d'otages. »).

174 Convention contre la torture, art. 2, par. 1 : « Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. ».

175 Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (Carthagène, 9 décembre 1985), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, nº 67, art. 1 (« Les États parties s'engagent à prévenir et à réprimer la torture selon les termes de la présente Convention. ») et art. 6 (« Les États parties prennent, selon les termes de l'article premier, des mesures efficaces pour prévenir et réprimer la torture dans leur juridiction. »).

176 Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. 1er (« Les États parties à la présente Convention s'engagent […] c) à coopérer entre eux pour contribuer par tous les moyens à prévenir, à sanctionner et à éradiquer la disparition forcée des personnes ; d) à prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres, nécessaires à l'exécution des engagements qu'elles ont contractés dans le cadre de la présente Convention. »).

177 Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, nº 35457, p. 400, art. 11 (« Les États parties coopèrent à la prévention des infractions visées à l'article 9, notamment : a) en prenant toutes les mesures possibles pour empêcher que ne se préparent sur leurs territoires respectifs de telles infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leurs territoires ; et b) en échangeant des renseignements conformément à leur législation nationale et en coordonnant les mesures administratives et autres à prendre, le cas échéant, afin de prévenir la perpétration de ces infractions. »).

178 Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, nº 37517, p. 294, art. 15 (« Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2. »).

179 Convention contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, nº 39574, p. 303, art. 9, par. 1 (« Outre les mesures énoncées à l'article 8 de la présente Convention, chaque État partie, selon qu'il convient et conformément à son système juridique, adopte des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif ou autre pour promouvoir l'intégrité et prévenir, détecter et punir la corruption des agents publics. ») ; art. 9, par. 2 (« Chaque État Partie prend des mesures pour s'assurer que ses autorités agissent efficacement en matière de prévention, de détection et de répression de la corruption des agents

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants[180] ; le Protocole facultatif de 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[181] ; la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[182].

4) Certains instruments multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, même s'ils ne sont pas axés sur la prévention et la répression de crimes en tant que tels, énoncent des obligations de prévention et de répression des violations des droits de l'homme. Tel est le cas, par exemple, de la Convention internationale de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[183], de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[184] et de la Convention du Conseil de

---

publics, y compris en leur donnant une indépendance suffisante pour empêcher toute influence inappropriée sur leurs actions. ») ; art. 29, par. 1 (« Chaque État Partie établit, développe ou améliore, dans la mesure des besoins, des programmes de formation spécifiques à l'intention du personnel de ses services de détection et de répression, y compris des magistrats du parquet, des juges d'instruction et des agents des douanes, ainsi que d'autres personnels chargés de prévenir, de détecter et de réprimer les infractions visées par la présente Convention. ») ; art. 31, par. 1 (« Les États parties s'efforcent d'élaborer et d'évaluer des projets nationaux ainsi que de mettre en place et de promouvoir les meilleures pratiques et politiques pour prévenir la criminalité transnationale organisée. »).

[180] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (New York, 15 novembre 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2237, nº 39574, p. 352, art. 9, par. 1 (« Les États parties établissent des politiques, programmes et autres mesures d'ensemble pour : a) prévenir et combattre la traite des personnes ; et b) protéger les victimes de la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, contre une nouvelle victimisation. »).

[181] Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 18 décembre 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2375, nº 24841, p. 274. Le préambule est ainsi libellé : « Rappelant que la prévention efficace de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants requiert un programme d'éducation et un ensemble de mesures diverses, législatives, administratives, judiciaires et autres ». L'article 3 dispose que : « Chaque État partie met en place, désigne ou administre, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

[182] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Le préambule est ainsi libellé : « Déterminé à prévenir les disparitions forcées et à lutter contre l'impunité du crime de disparition forcée ». L'article 23 dispose que : « 1. Tout État partie veille à ce que la formation du personnel militaire ou civil chargé de l'application des lois, du personnel médical, des agents de la fonction publique et des autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde ou le traitement de toute personne privée de liberté puisse inclure l'enseignement et l'information nécessaires concernant les dispositions pertinentes de la présente Convention, en vue de : a) prévenir l'implication de ces agents dans des disparitions forcées ; b) souligner l'importance de la prévention et des enquêtes en matière de disparition forcée ; c) veiller à ce que l'urgence de la résolution des cas de disparition forcée soit reconnue. 2. Tout État partie veille à ce que soient interdits les ordres ou instructions prescrivant, autorisant ou encourageant une disparition forcée. Tout État partie garantit qu'une personne refusant de se conformer à un tel ordre ne sera pas sanctionnée. 3. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que les personnes visées au paragraphe 1 du présent article qui ont des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite ou est projetée signalent le cas à leurs supérieurs et, au besoin, aux autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes. ».

[183] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 7 mars 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195, art. 3 (« Les États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature. »).

[184] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, nº 20378, p. 13, art. 2 (« Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes. ») ; art. 3 (« Les États parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes. »).

l'Europe de 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique[185]. D'autres ne mentionnent pas expressément la « prévention » ou « l'élimination » de l'acte, mais mettent plutôt l'accent sur l'obligation de prendre les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour « donner effet » au traité ou le « mettre en œuvre », ce qui peut être considéré comme englobant les mesures nécessaires ou appropriées pour prévenir l'acte visé. Tel est notamment le cas du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques[186] et de la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant[187].

5) Les cours et tribunaux internationaux ont examiné ces obligations de prévention. Dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a noté que l'obligation de punir dans le contexte de cette convention est liée à l'obligation de prévenir, mais en est distincte. Si « l'une des manières les plus efficaces de prévenir la commission d'actes criminels, en général, est de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des personnes qui viendraient à commettre de tels actes, et d'appliquer effectivement ces sanctions à ceux qui auraient commis les actes dont on cherche à éviter le renouvellement »[188], la Cour a jugé que « l'obligation de prévenir le génocide et celle d'en punir les auteurs […] [sont] […] deux obligations distinctes, quoique reliées entre elles »[189]. De fait, « [l]'obligation pour chaque État contractant de prévenir le génocide revêt une portée normative et un caractère obligatoire. Elle ne se confond pas avec l'obligation de punition, elle ne peut pas non plus être regardée comme une simple composante de cette dernière. »[190].

6) La pratique conventionnelle, la jurisprudence, et l'acceptation par les États, qui est bien établie, du fait que les crimes contre l'humanité sont des crimes relevant du droit international qui doivent être punis, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé et qu'ils soient ou non incriminés dans la législation nationale, impliquent que les États se sont engagés à s'acquitter de l'obligation de prévenir les crimes contre l'humanité. Le paragraphe 1 du projet d'article 4, par conséquent, formule une obligation de prévention semblable à celle figurant à l'article I de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, en commençant par : « Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité […] ».

7) Dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a analysé le sens de l'expression « s'engagent à prévenir » figurant à l'article I de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. Au stade de la demande en indication de mesures conservatoires, elle a jugé que

---

[185] Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 5 novembre 2011), *Conseil de l'Europe, Recueil des Traités*, n° 210, art. 4 ; par. 2 (« Les Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier : en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe ; en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions ; en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes. »).

[186] Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171, art. 2, par. 2 (« Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur. »).

[187] Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3, art. 4 (« Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. »).

[188] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 219, par. 426.

[189] Ibid., par. 425.

[190] Ibid., p. 220, par. 427.

les parties avaient « l'incontestable obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour […] assurer la prévention [d'actes de génocide] à l'avenir »[191]. Au stade de la procédure sur le fond, elle a défini le sens ordinaire du terme « s'engagent » comme suit :

> promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation. C'est là un terme qui est souvent utilisé dans les traités énonçant les obligations des Parties contractantes […] Il ne revêt pas un caractère purement incitatif et ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité. L'engagement n'est assorti d'aucune réserve […] et ne doit pas être interprété comme une simple introduction aux dispositions qui évoquent ensuite expressément les mesures législatives, les poursuites et l'extradition. Ces caractéristiques portent à conclure que l'article I, en particulier l'engagement de prévenir qui y est formulé, crée des obligations distinctes de celles qui apparaissent dans les articles suivants[192].

L'engagement de prévenir les crimes contre l'humanité, tel qu'énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, est destiné à exprimer le même type d'effet juridiquement contraignant pour les États ; il ne revêt pas lui non plus un caractère purement incitatif et il ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité, pas plus qu'il n'est simplement une introduction à la suite du projet d'articles.

8) Dans la même affaire, la Cour internationale de Justice a en outre noté que, lorsqu'il met en œuvre des mesures de prévention, « il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale »[193]. La Commission a jugé important d'énoncer expressément cette exigence au paragraphe 1 du projet d'article 4, et a donc inséré une clause indiquant que les mesures de prévention doivent être « en conformité avec le droit international ». Ainsi, les mesures prises par un État pour s'acquitter de cette obligation doivent être compatibles avec les règles du droit international, y compris les règles relatives à l'emploi de la force énoncées dans la Charte des Nations Unies, le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme. Il est seulement demandé à l'État de prendre les mesures qu'il peut légitimement prendre en vertu du droit international pour prévenir les crimes contre l'humanité.

9) Comme il découle du paragraphe 1 du projet d'article 4, cette obligation de prévention, expressément ou implicitement, contient quatre éléments. Premièrement, du fait de cet engagement, les États ont l'obligation de ne pas « commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international »[194]. Selon la Cour internationale de Justice, qui a examiné l'obligation analogue de prévention figurant à l'article I de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide :

> L'article I fait obligation aux États parties de prévenir la commission d'un génocide, qu'il qualifie de « crime du droit des gens ». Il n'impose pas *expressis verbis* aux États de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide. De l'avis de la Cour, cependant, eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article I a pour effet d'interdire aux États parties de commettre eux-mêmes un génocide. Une telle prohibition résulte, d'abord, de la qualification de « crime du droit des gens » donnée par cet article au génocide : en acceptant cette qualification, les États parties s'engagent logiquement à ne pas commettre l'acte ainsi qualifié. Elle résulte, ensuite, de l'obligation, expressément stipulée, de prévenir la commission d'actes de génocide. Cette obligation impose notamment aux États parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent, dans des conditions qui seront précisées plus loin dans le présent arrêt, afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III.

[191] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 3, à la page 22, par. 45.

[192] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra*, note 188), p. 43, à la page 111, par. 162.

[193] Ibid., p. 221, par. 430.

[194] Ibid., p. 113, par. 166.

> Il serait paradoxal que les États soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international. En somme, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre[195].

10) La Cour a également jugé que l'obligations matérielle découlant de cet article ne semblait pas être territorialement limitée, mais, au contraire, « s'appliqu[ai]t à un État, où que celui-ci se trouve agir ou en mesure d'agir pour s'acquitter de [l']obligation en question »[196].

11) Un manquement à cette obligation de ne pas commettre de tels actes directement engage la responsabilité de l'État si le comportement en cause est imputable à l'État en vertu des règles relatives à la responsabilité de l'État. En effet, en ce qui concerne les différends qui peuvent se produire au regard de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, l'article IX mentionne, notamment, les différends « relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ». Bien que cette convention porte principalement sur les poursuites engagées contre des personnes pour crime de génocide, la Cour internationale de Justice a souligné que le non-respect de l'obligation de prévenir ne constitue pas une violation à caractère *pénal* commise par l'État, mais plutôt une violation du droit international qui engage la responsabilité de l'État[197]. L'approche de la Cour est conforme aux vues exprimées précédemment par la Commission[198], notamment dans le commentaire relatif au projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. »[199].

12) Deuxièmement, en vertu de l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, les États ont l'obligation « de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent […] afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre » de tels actes[200]. À cette fin, l'État partie doit faire tout ce qu'il peut (norme de diligence voulue) lorsqu'il a la « capacité d'influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide », capacité qui est fonction des liens géographiques, politiques et autres entre l'État partie et les personnes ou les groupes en cause[201]. La Cour internationale de Justice a analysé comme suit cette norme au regard de l'obligation de prévention prévue par la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide :

> [I]l est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « due diligence », qui appelle

---

195 Ibid..

196 Ibid., p. 120, par. 183.

197 Ibid., p. 114, par. 167 (où la Cour constate que la responsabilité internationale d'un État « possède une nature tout à fait différente de celle de la responsabilité pénale »).

198 *Annuaire … 1998*, vol. II (2e partie), p. 67, par. 248 (où il est indiqué que la Convention sur le génocide « n'envisageait pas le crime d'État ni la responsabilité criminelle des États dans son article IX sur la responsabilité des États »).

199 *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 153, par. 3 du commentaire se rapportant à l'article 58.

200 *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir *supra*, note 188), p. 43, à la page 113, par. 166.

201 Ibid., p. 221, par. 430.

> une appréciation *in concreto*, revêt une importance cruciale. Plusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un État s'est correctement acquitté de l'obligation en cause. Le premier d'entre eux est évidemment la capacité, qui varie grandement d'un État à l'autre, à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide. Cette capacité est elle-même fonction, entre autres, de l'éloignement géographique de l'État considéré par rapport au lieu des événements, et de l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit État et les acteurs directs de ces événements. Par ailleurs, la capacité d'influence de l'État doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ; de ce point de vue, la capacité d'influence dont dispose un État peut varier selon la position juridique qui est la sienne à l'égard des situations et des personnes concernées par le risque, ou la réalité, du génocide. Peu importe, en revanche, que l'État dont la responsabilité est recherchée allègue, voire qu'il démontre, que s'il avait mis en œuvre les moyens dont il pouvait raisonnablement disposer, ceux-ci n'auraient pas suffi à empêcher la commission du génocide. Une telle circonstance, d'ailleurs généralement difficile à prouver, est sans pertinence au regard de la violation de l'obligation de comportement dont il s'agit. Il en va d'autant plus ainsi qu'on ne saurait exclure que les efforts conjugués de plusieurs États, dont chacun se serait conformé à son obligation de prévention, auraient pu atteindre le résultat − empêcher la commission d'un génocide − que les efforts d'un seul d'entre eux n'auraient pas suffi à obtenir[202].
>
> En même temps, la Cour a soutenu que « la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis »[203].

13) Troisièmement, et en conséquence de ce qui précède, l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4 oblige les États à prendre activement et en amont des mesures destinées à contribuer à empêcher l'infraction d'être commise, par exemple des « mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction », comme indiqué à l'alinéa a). Ce texte est inspiré du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui dispose ce qui suit : « Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. »[204].

14) L'expression « autres mesures […] de prévention » a été employée de préférence à simplement « autres mesures » pour souligner que les mesures visées dans cette disposition relèvent exclusivement de la prévention. Le terme « efficaces » suppose que l'État doit examiner régulièrement les mesures qu'il a prises et, si elles sont insuffisantes, les améliorer en prenant des mesures plus efficaces. Dans ses observations sur la disposition correspondante de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Comité contre la torture a dit ce qui suit :

> Les États parties sont tenus de supprimer tous les obstacles, juridiques ou autres, qui empêchent l'élimination de la torture et des mauvais traitements et prendre des mesures positives effectives pour prévenir efficacement de telles pratiques et empêcher qu'elles ne se reproduisent. Ils sont également tenus d'effectuer un examen régulier de leur législation et de la mise en œuvre de la Convention et, si besoin est, de les améliorer, conformément aux observations finales du Comité et aux constatations adoptées au sujet de communications

[202] Ibid.

[203] Ibid., p. 221, par. 431 ; voir *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 27 (*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 14, par. 3 : « La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient »).

[204] Convention contre la torture, art. 2, par. 1.

individuelles. Si les mesures prises par les États parties ne parviennent pas à éradiquer les actes de torture, la Convention impose de les réviser et/ou d'en adopter de nouvelles qui soient plus efficaces[205].

15) Quant aux types spécifiques de mesures qui doivent être prises par un État, en 2015, le Conseil des droits de l'homme a adopté une résolution sur la prévention du génocide[206] qui donne quelques indications sur le type de mesures qui sont attendues pour mettre en œuvre l'article premier de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. Dans cette résolution, le Conseil a notamment : a) réaffirmé « la responsabilité qu'a chaque État de protéger sa population contre le génocide, ce qui entraîne l'obligation de prévenir un tel crime, ainsi que l'incitation à le commettre, par les moyens nécessaires et appropriés »[207] ; b) encouragé « les États Membres à renforcer leur capacité de prévention du génocide en développant les compétences individuelles et en créant, au sein des gouvernements, des bureaux compétents chargés de renforcer le travail de prévention »[208] ; et c) encouragé « les États à envisager de désigner des points de contact pour la prévention du génocide, qui coopéreraient et échangeraient des informations et des bonnes pratiques entre eux et avec le Conseiller spécial pour la prévention du génocide, les organismes des Nations Unies concernés et les mécanismes régionaux et sous-régionaux »[209].

16) Au niveau régional, la Convention européenne de 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[210] ne prévoit aucune obligation expresse de « prévenir » les violations de la Convention, mais la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le paragraphe 1 de l'article 2 (sur le droit à la vie) prévoyait une telle obligation et exigeait que des mesures appropriées de prévention soient prises, notamment « en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, supprimer et sanctionner les violations »[211]. Cela étant, la Cour a aussi reconnu que l'obligation de l'État partie à cet égard est limitée[212]. De même, même si la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme[213] ne contient aucune obligation expresse de « prévenir » les violations de la Convention, la Cour interaméricaine

[205] Voir Comité contre la torture, observation générale nº 2 (2007) sur l'application de l'article 2, par. 4, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément nº 44* (A/63/44), annexe VI.

[206] Rapport du Conseil des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 53* (A/70/53), chap. II, résolution 28/34, adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 27 mars 2015.

[207] Ibid., par. 2.

[208] Ibid., par. 3.

[209] Ibid., par. 4.

[210] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, nº 2889, p. 221 (ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme »).

[211] *Makaratzis c. Grèce*, requête nº 50385/99, arrêt du 20 décembre 2004, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2004-XI, par. 57 ; voir *Kiliç c. Turquie*, requête nº 22492/93, arrêt du 28 mars 2000, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2000-III par. 62 (où la Cour constate que l'article 2, paragraphe 1, astreint l'État partie non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction).

[212] *Mahmut Kaya c. Turquie*, requête nº 22535/93, arrêt du 28 mars 2000, Sect. I, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2000-III par. 86 (« Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive [énoncée au paragraphe 1 de l'article 2] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. ») ; voir aussi *Kerimova et autres c. Russie*, requêtes nºs 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 et 5684/05, arrêt définitif du 15 septembre 2011, sect. I, Cour européenne des droits de l'homme, par. 246 *; Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil 1998-VIII*, par. 116.

[213] Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, vol. 1144, nº 17955, p. 183.

des droits de l'homme, lorsqu'elle a interprété l'obligation qu'ont les États parties de « garantir » le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention[214], a estimé que cette obligation emporte une « obligation de prévention » qui exige à son tour que l'État partie prenne certaines mesures. La Cour a dit ce qui suit :

> Cette obligation de prévention comprend tous les moyens d'ordre juridique, politique, administratif et culturel qui favorisent la protection des droits de l'homme et garantissent que toutes les violations sont considérées et traitées comme des actes illégaux, qui, en tant que tels, peuvent conduire au châtiment des responsables et à l'obligation d'indemniser les victimes pour le préjudice subi. Il est impossible d'établir la liste détaillée de toutes ces mesures, car elles varient en fonction de la législation et de la situation dans chaque État partie[215].
>
> Elle s'est fondée sur un raisonnement analogue pour interpréter l'article 6 de la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture[216].

17) Ainsi, les mesures de prévention spécifiques que tout État doit prendre en ce qui concerne les crimes contre l'humanité dépendront du contexte et des risques en cause pour cet État au regard de ces infractions. Cette obligation astreint normalement l'État à, pour le moins : a) adopter les lois et politiques nationales nécessaires pour faire prendre conscience du caractère criminel de l'acte et pour promouvoir la détection précoce de tout risque qu'il soit commis ; b) examiner régulièrement ces lois et politiques et si nécessaire les améliorer ; c) prendre des initiatives propres à informer les responsables gouvernementaux des obligations qui incombent à l'État au titre du projet d'articles ; d) mettre en œuvre des programmes de formation destinés aux personnels de la police, de l'armée, des milices et autres personnels concernés, selon que de besoin, pour contribuer à prévenir la commission de crimes contre l'humanité ; e) une fois que l'acte prohibé est commis, s'acquitter de bonne foi de toutes les autres obligations d'enquêter sur les faits et de poursuivre ou d'extrader les auteurs, car cela permet, en partie, de dissuader d'autres personnes de commettre de tels actes à l'avenir[217]. Certaines mesures, comme la mise en œuvre de programmes de

---

[214] Le paragraphe 1 de l'article 1 dispose ce qui suit : « Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction ». Il convient de noter que l'article 1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit que les États parties « reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ». Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, nº 26363, p. 217.

[215] *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988 (fond), Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), nº 4, par. 175 ; voir aussi *Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru*, arrêt du 8 juillet 2004 (fond, réparations et dépens), Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), nº 110, par. 155 ; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, arrêt du 7 juin 2003 (exception préliminaire, fond, réparation et dépens), Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), nº 99, par. 137 et 142.

[216] *Tibi v. Ecuador*, arrêt du 7 septembre 2004 (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), nº 114, par. 159 ; voir aussi *Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru* (note 215 *supra*), par. 155.

[217] Pour des mesures comparables en ce qui concerne la prévention de certains types de violations des droits de l'homme, voir Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale nº 6 (1988) sur les mécanismes nationaux et publicité efficaces, par. 1 et 2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément nº 38* (A/43/38), chap. V, par. 770 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale nº 15 (1990) sur la non-discrimination à l'égard des femmes dans les stratégies nationales de prévention du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) et de lutte contre cette pandémie, ibid., *quarante-cinquième session, Supplément nº 38* (A/45/38), chap. IV, par. 438 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale nº 19 (1992) sur la violence à l'égard des femmes, par. 9, ibid., *quarante-septième session, Supplément nº 38* (A/47/38), chap. I ; Comité des droits de l'enfant, observation générale nº 5 (2003) sur les mesures d'application générales de la Convention, par. 9, ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément nº 41* (A/59/41), annexe XI ; Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, Rapport du Comité des droits de l'homme, ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément nº 40* (A/59/40), vol. I, Annexe III ; Comité des droits de l'enfant, observation générale nº 6 (2005) sur le traitement des

formation, peuvent déjà avoir été prises par l'État pour contribuer à prévenir des faits illicites (tels que l'assassinat, la torture ou le viol) en lien avec les crimes contre l'humanité. L'État est tenu de compléter ces mesures, selon que de besoin, pour prévenir spécifiquement les crimes contre l'humanité. Là aussi, la responsabilité internationale de l'État est engagée si celui-ci n'a pas fait tout son possible pour organiser l'appareil gouvernemental et administratif, par les moyens nécessaires et appropriés, pour prévenir autant que possible les crimes contre l'humanité.

18) Le paragraphe 1 a) du projet d'article 4 mentionne le fait que l'État prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention « dans tout territoire sous sa juridiction ». Cette formulation couvre le territoire d'un État mais aussi les activités menées dans d'autres territoires sous la juridiction de l'État. Comme la Commission l'a déjà expliqué,

> elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction *de jure*, par exemple les situations d'intervention, d'occupation et d'annexion illicites au regard du droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à l'affaire de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*. Dans cet avis, la Cour, après avoir estimé l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation dont la Cour avait constaté l'illicéité et avoir conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto exercé sur celle-ci par l'Afrique du Sud[218].

19) Quatrièmement, de par l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, les États ont l'obligation de mettre en œuvre certaines formes de coopération, non seulement entre eux mais aussi avec des organisations telles que l'ONU, le Comité international de la Croix-Rouge et la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. L'obligation qu'ont les États de coopérer en vue de la prévention des crimes contre l'humanité découle, en premier lieu, du paragraphe 3 de l'Article 1 de la Charte des Nations Unies[219], qui indique que l'un des buts de la Charte est de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre […] humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ». En outre, aux Articles 55 et 56 de la Charte, tous les Membres des Nations Unies s'engagent « à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation » « en vue d'atteindre » certains buts, dont « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour

---

enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, par. 50 à 63, ibid., *soixante et unième session, Supplément nº 41* (A/61/41), annexe II ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale nº 31 (2005) sur la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, par. 5, ibid., *soixantième session, Supplément nº 18* (A/60/18), chap. IX, par. 460) ; voir aussi Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, résolution 60/147 de l'Assemblée générale (16 décembre 2005), annexe, principe 3 a) (« L'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, telle qu'elle est prévue dans les régimes juridiques pertinents, comprend, entre autres, l'obligation [d]e : a) Prendre les mesures législatives et administratives appropriées ainsi que d'autres mesures appropriées pour prévenir les violations. »).

[218] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, paragraphe 12 du commentaire se rapportant à l'article 1 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, p. 162 (renvoyant aux *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, à la page 54, par. 118) ; voir aussi *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), p. 72, par. 25) du commentaire se rapportant au principe 2 des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 242, par. 29 (mentionnant « [l]'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur "juridiction ou sous leur contrôle" respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale »).

[219] Charte des Nations Unies (San Francisco, 26 juin 1945).

tous ». En ce qui concerne plus précisément la prévention des crimes contre l'humanité, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu, dans ses Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (1973), une responsabilité générale en matière de coopération entre États et de mesures intra-étatiques visant à prévenir la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Elle a notamment déclaré que « [l]es États coopèrent sur une base bilatérale et multilatérale en vue de faire cesser et de prévenir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et prennent à cette fin les mesures nationales et internationales indispensables »[220].

20) En conséquence, le paragraphe 1 b) du projet d'article 4 indique que les États doivent coopérer les uns avec les autres pour prévenir les crimes contre l'humanité et coopérer avec les organisations intergouvernementales pertinentes. Le terme « pertinentes » est destiné à indiquer que la coopération avec une organisation intergouvernementale donnée dépendra, entre autres, des fonctions de l'organisation, de la relation de l'État avec cette organisation et du contexte dans lequel le besoin de coopération se manifeste. En outre, l'alinéa b) prévoit que les États coopèrent, selon qu'il convient, avec d'autres organisations. Ces organisations sont notamment des organisations non gouvernementales qui pourraient jouer un rôle important dans la prévention des crimes contre l'humanité dans certains pays. L'expression « selon qu'il convient » est employée pour indiquer que l'obligation de coopération, en plus d'être d'ordre contextuel, ne renvoie pas à ces organisations dans la même mesure qu'aux États et aux organisations intergouvernementales pertinentes.

21) Le paragraphe 2 du projet d'article 4 indique qu'aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier l'infraction. Ce texte est inspiré du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[221], mais a été remanié pour mieux s'insérer dans le contexte des crimes contre l'humanité. L'expression « état de guerre ou de menace de guerre » a été remplacée par « conflit armé », comme dans le projet d'article 2. En outre, on a employé l'expression « qu'il s'agisse, entre autres » et non simplement « qu'il s'agisse » pour souligner que les exemples donnés ne prétendent pas à l'exhaustivité.

22) On trouve des libellés comparables dans d'autres traités internationaux ou régionaux portant sur des crimes graves. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contient des dispositions semblables[222], de même que l'article 5 de la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture[223].

23) L'un des avantages de ce libellé en ce qui concerne les crimes contre l'humanité est qu'il est rédigé de manière à pouvoir renvoyer au comportement d'acteurs étatiques ou non étatiques. En même temps, le paragraphe traite cette question uniquement dans le cadre de l'obligation de prévention et non pas, par exemple, dans le contexte des moyens de défense possibles pour un individu dans une procédure pénale ou d'autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale.

---

[220] Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale (3 décembre 1973), par. 3.

[221] Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2, par. 2 (« Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. »).

[222] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 1, par. 2 (« Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. »).

[223] Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 5 (« Ne peut être invoquée ni admise comme justification du crime de torture l'existence de certaines circonstances, telles que l'état de guerre, la menace de guerre, l'état de siège, l'état d'alerte, les bouleversements ou conflits intérieurs, la suspension des garanties constitutionnelles, l'instabilité politique interne et d'autres crises ou calamités publiques. »).

Article 5
Non-refoulement

1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

Commentaire

1) Conformément à l'objectif de prévention de grande portée énoncé dans le projet d'article 4, le paragraphe 1 du projet d'article 5 prévoit qu'aucun État n'envoie une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité. Cette disposition recourt ainsi au principe du non-refoulement pour empêcher que, dans certaines circonstances, des personnes ne soient exposées à des crimes contre l'humanité.

2) De manière générale, le principe du non-refoulement fait obligation à un État de ne pas refouler une personne vers un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque de subir des persécutions ou un autre préjudice déterminé. Ce principe a été repris dans plusieurs instruments au cours du XX^e siècle, dont la quatrième Convention de Genève de 1949[224], mais il est plus communément associé au droit international des réfugiés et, en particulier, à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951[225]. D'autres conventions et instruments[226] touchant les réfugiés l'ont aussi repris, comme la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique[227].

3) Ce principe a aussi été appliqué à tous les étrangers (et pas uniquement aux réfugiés) dans divers instruments[228] et traités, comme la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969[229] et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981[230]. De fait, le projet d'articles de la Commission de 2014 sur l'expulsion des étrangers[231] a repris cette interprétation plus large. Le Comité des droits de l'homme et la Cour

[224] Convention de Genève IV, art. 45.

[225] Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137, art. 33, par. 1 (« Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. »).

[226] Voir, par exemple, Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée par le Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, à Carthagène (Colombie) le 22 novembre 1984, conclusion 5.

[227] Convention de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 14691, p. 45, art. II, par. 3.

[228] Voir, par exemple, Déclaration sur l'asile territorial, résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1967 (A/6716) ; texte final des Principes de Bangkok de 1966 sur le statut et le traitement des réfugiés, adoptée par l'Organisation consultative juridique Asie-Afrique à sa quarantième session, tenue à New Delhi le 24 juin 2001, art. III ; Conseil de l'Europe, recommandation n° R(84)1 du Comité des Ministres relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiées, adoptée par le Comité des ministres le 25 janvier 1984.

[229] Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22, par. 8.

[230] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (« Charte de Banjul »), art. 12, par. 3.

[231] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 44, art. 23, par. 1 (« Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international. »).

européenne des droits de l'homme ont conçu l'interdiction de la torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, énoncée respectivement à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966[232] et à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950[233], comme imposant implicitement l'obligation de non-refoulement quand bien même ces instruments ne prévoient pas d'obligation expresse en ce sens. De plus, les traités d'extradition reprennent souvent le principe de non-refoulement en précisant qu'aucune disposition du traité ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État partie requis d'extrader un délinquant présumé s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée en vue de persécuter le délinquant présumé pour des raisons déterminées. Le paragraphe 9 du projet d'article 13 du présent projet d'articles s'inscrit parmi ce type de dispositions.

4) Ce principe, qui revêt une importance particulière pour le présent projet d'articles, a été repris dans des traités visant des infractions spécifiques comme la torture et la disparition forcée. Par exemple, l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 est ainsi libellé :

> 1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.
>
> 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

5) Cette disposition s'inspirait de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, mais ajoutait l'élément supplémentaire d'« extradition » pour couvrir un autre moyen possible de transfert physique d'une personne vers un autre État[234]. De même, l'article 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 prévoit ce qui suit :

> 1. Aucun État partie n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée.
>
> 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

6) La Commission a jugé approprié de calquer le projet d'article 5 sur cette dernière disposition. Alors que, comme dans des conventions antérieures, l'obligation de l'État au titre du paragraphe 1 du projet d'article 5 répond au souci d'éviter l'exposition d'une personne à des crimes contre l'humanité, cette disposition est sans préjudice d'autres obligations de non-refoulement découlant pour l'État de traités ou du droit international coutumier.

---

[232] Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, par. 9, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 40* (A/47/40), annexe VI, sect. A (« Les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement. »).

[233] Voir, par exemple, *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 1996-V, par. 80.

[234] Une disposition similaire figure dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 364, 18 décembre 2000, p. 1, art. 19, par. 2 (« 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. »).

7) Le paragraphe 1 du projet d'article 5 prévoit que l'État ne renvoie pas la personne vers un autre État « s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque » d'être victime d'un crime contre l'humanité. Différents organes conventionnels spécialisés et tribunaux internationaux se sont penchés sur cette règle. Ainsi, le Comité contre la torture, en examinant des communications dénonçant la violation par un État de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, a déclaré qu'il existait « des motifs sérieux » chaque fois que le risque de torture était personnel, actuel, prévisible et réel[235]. L'existence d'un tel risque doit être appréciée selon des éléments qui « ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons », encore qu'il ne soit pas « nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable »[236].

8) Le Comité des droits de l'homme a indiqué à l'intention des États qu'un État avait l'obligation de « ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte »[237]. En interprétant ce critère, le Comité des droits de l'homme a conclu que les États devaient s'abstenir d'exposer des individus à un risque réel de violation des droits qu'ils tiraient du Pacte, « conséquence nécessaire et prévisible » de l'expulsion[238]. Il a soutenu également qu'il fallait évaluer la réalité d'un tel risque « à la lumière des informations que détenaient ou auraient dû détenir les autorités de l'État partie » au moment de l'extradition et que, pour ce faire, il n'était pas nécessaire « qu'il [fût] prouvé que des actes de torture [avaie]nt été commis par la suite, même si les informations ayant trait à des événements ultérieurs [étaient] pertinentes pour évaluer le risque initial »[239].

9) La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'État était assujetti à cette obligation s'il existait des motifs sérieux de croire qu'un individu courait un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[240]. En appliquant ce critère juridique, les États doivent examiner les « conséquences prévisibles » du renvoi d'un

---

[235] Voir, par exemple, Comité contre la torture, *Dadar c. Canada*, communication nº 258/2004, constatations adoptées le 23 novembre 2005, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément nº 44* (A/61/44), annexe VIII, sect. A, p. 263, par. 8.4 ; *N. S. c. Suisse*, communication nº 356/2008, constations adoptées le 6 mai 2010, ibid., *soixante-cinquième session, Supplément nº 44* (A/65/44), annexe XIII, sect. A, p. 346, par. 7.3.

[236] Voir également Comité contre la torture, observation générale nº 1 (1997) sur l'application de l'article 3, par. 6 et 7, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément nº 44* (A/53/44), annexe IX, p. 54. À sa cinquante-cinquième et sa cinquante-huitième session, respectivement en 2015 et 2016, le Comité contre la torture a convenu de réviser l'observation générale nº 1. Le projet de texte révisé du 2 février 2017 (CAT/C/60/R.2) est à consulter à l'adresse : http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/GCArticle3/CAT-C-GC-1.pdf. Voir également, par exemple, Comité contre la torture, *A. R. c. Pays-Bas*, communication nº 203/2002, constatations adoptées le 14 novembre 2003, ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/59/44), annexe VII, sect. A, par. 7.3.

[237] Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31 (2004), par. 12. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément nº 40* (A/59/40), vol. I, annexe III.

[238] Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Chitat Ng c. Canada*, communication nº 469/1991, constatations adoptées le 5 novembre 1993, ibid., *quarante-neuvième session, Supplément nº 40* (A/49/40), vol. II, annexe IX, sect. CC, par. 15.1 a) ; *A. R. J. c. Australie*, communication nº 692/1996, constatations adoptées le 28 juillet 1997, ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément nº 40* (A/52/40), vol. II, annexe VI, sect. T, par. 6.14 ; *Hamida c. Canada*, communication nº 1544/2007, constatations adoptées le 18 mars 2010, ibid., *soixante-cinquième session, Supplément nº 40* (A/65/40), vol. II, annexe V, sect. V, par. 8.7.

[239] Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Maksudov et consorts c. Kirghizistan*, communications nºs 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 et 1477/2006, constatations adoptées le 16 juillet 2008, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément nº 40* (A/63/40), vol. II, annexe V, sect. W, par. 12.4.

[240] Voir, par exemple, *Soering c. Royaume-Uni*, requête nº 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH série A, vol. 161, par. 88 ; *Chahal c. Royaume-Uni* (voir *supra*, note 233), par. 74.

individu vers le pays de destination[241]. S'il ne suffit pas d'une « simple possibilité » de mauvais traitements, il n'est pas nécessaire non plus de démontrer la probabilité de la soumission à des mauvais traitements[242]. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'examen des éléments de preuve relatifs à un risque réel devait être « rigoureux »[243]. De plus, et comme dans le cas du Comité des droits de l'homme, « il faut se référer en priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion »[244], encore qu'il soit possible de tenir compte de renseignements ultérieurs[245].

10) Le paragraphe 2 du projet d'article 5 prévoit que les États tiennent compte de « toutes les considérations pertinentes » pour déterminer s'il existe des motifs sérieux aux fins du paragraphe 1. Ces considérations s'entendent notamment, mais n'y sont pas limitées, de « l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques, graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire ». De fait, diverses considérations peuvent être pertinentes. En interprétant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, le Comité des droits de l'homme a déclaré qu'il fallait examiner tous les facteurs pertinents et que « [l']existence d'assurances, leur teneur et l'existence et la mise en œuvre de mécanismes d'exécution [étaient] autant d'éléments utiles pour déterminer si, dans la pratique, il existait un risque réel de mauvais traitements interdits »[246]. Le Comité contre la torture a dressé, aux fins de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, une liste non exhaustive de sept éléments à examiner par l'État partie pour déterminer si le renvoi est autorisé[247].

11) La Convention relative au statut des réfugiés de 1951 prévoit des exceptions à l'obligation de non-refoulement pour permettre le renvoi d'une personne qui a commis un crime ou représenté un risque grave pour la sécurité[248]. Les traités conclus depuis cette époque, toutefois, n'ont pas prévu d'exceptions de cette nature, conférant ainsi un caractère absolu à cette obligation[249]. La Commission a jugé bon de ne prévoir aucune exception dans le projet d'article 5.

---

241 Voir, par exemple, *Saadi c. Italie*, requête nº 37201/06, arrêt du 28 février 2008, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, 2008-II, par. 130.

242 Ibid., par. 131 et 140.

243 Ibid., par. 128.

244 Ibid., par. 133.

245 Voir, par exemple, *El-Masri c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, requête nº 39630/09, arrêt du 13 décembre 2012, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2012-VI, par. 214.

246 Voir, par exemple, *Maksudov c. Kirghizistan* (note 239 *supra*), par. 12.4.

247 Comité contre la torture, observation générale nº 1, par. 8. La liste contient les éléments suivants portant sur le point de savoir : a) s'il y a, dans l'État intéressé, des preuves de l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ; b) si l'auteur a été torturé ou maltraité par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ; c) s'il existe des éléments de preuve de nature médicale ou d'autres éléments de preuve de sources indépendantes à l'appui des allégations de l'auteur qui affirme avoir été torturé ou maltraité dans le passé ; d) si la situation interne en ce qui concerne les droits de l'homme dans l'État intéressé a changé ; e) si l'auteur s'est livré, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État intéressé, à des activités politiques ou autres qui font qu'il court un risque particulier d'être soumis à la torture ; f) s'il existe des preuves de la crédibilité de l'auteur ; et g) s'il existe des incohérences factuelles dans ce que l'auteur affirme.

248 Convention relative au statut des réfugiés, art. 33, par. 2.

249 Voir, par exemple, *Maksudov c. Kirghizistan* (note 239 *supra*), par. 12.4 ; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, requête nº 8139/09, arrêt du 17 janvier 2012, quatrième section, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2012-I, par. 185 ; Comité contre la torture, *Tapia Paez c. Suède*, communication nº 39/1996, constatations adoptées le 28 avril 1997, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément nº 44* (A/52/44), annexe V, sect. B 4, par. 14.5 ; *Abdussamatov et consorts c. Kazakhstan*, communication nº 444/2010, constatations adoptées le 1er juin 2012, ibid., *soixante-septième session, Supplément nº 44* (A/67/44), annexe XIV, sect. A, p. 551 et 552, par. 13.7.

Article 6
Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

a) Le fait de commettre un crime contre l'humanité ;

b) Le fait de tenter de commettre un tel crime ; et

c) Le fait d'ordonner, solliciter, encourager, apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise par une personne occupant une position officielle ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.

6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.

7. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

8. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 énonce les diverses mesures que tout État doit prendre dans le cadre de son droit pénal pour ériger en infractions les crimes contre l'humanité, exclure certains moyens de défense et toute prescription, et prévoir des peines appropriées tenant compte de la gravité de ces crimes. Des mesures de ce type sont indispensables à la bonne application des projets d'article suivants relatifs à l'établissement et à l'exercice de la compétence à l'égard des auteurs présumés.

Faire en sorte que les « crimes contre l'humanité » constituent des infractions au regard du droit pénal national

2) Le Tribunal militaire international de Nuremberg a jugé qu'il était important de punir les individus reconnus coupables, notamment, de crimes contre l'humanité, en affirmant : « Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international. »[250]. En 1950, la Commission, dans ses Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, a affirmé : « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiment. »[251]. La Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité affirme dans son préambule que « la répression effective [...] des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales ». Aux termes du préambule du Statut de Rome de 1998, « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et [...] leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ».

3) De nombreux États ont adopté des lois sur les crimes contre l'humanité qui prévoient la poursuite des auteurs de tels crimes au niveau national. C'est en particulier le Statut de Rome de 1998 qui a inspiré la promulgation ou la révision de plusieurs législations nationales sur les crimes contre l'humanité, lesquelles reprennent désormais textuellement ou presque la définition de l'infraction énoncée à son article 7. Cela étant, de nombreux États se sont dotés de législations nationales qui s'écartent, parfois de façon importante, de la définition énoncée à l'article 7. En outre, d'autres États ne se sont dotés d'aucune loi interne sur les crimes contre l'humanité. En général, la législation de ces États réprime, d'une manière ou d'une autre, nombre d'actes individuels (meurtre, torture, viol, etc.) qui, dans certaines circonstances, peuvent être constitutifs de crimes contre l'humanité[252]. Néanmoins, comme ces États ne répriment pas les crimes contre l'humanité en tant qu'infractions distinctes, leurs auteurs peuvent échapper à toutes

[250] Arrêt du 30 septembre 1946 (voir *supra*, note 29), p. 466.

[251] *Annuaire... 1950*, vol. II, document A/1316, 3e partie, p. 374, par. 97 (Principe premier).

[252] Voir *Le Procureur c. Gbagbo*, affaire no ICC-02/11-01/12 OA, arrêt relatif à l'appel interjeté par la Côte d'Ivoire contre la décision de la Chambre préliminaire I du 11 décembre 2014 intitulée « Décision relative à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Côte d'Ivoire s'agissant de l'affaire concernant Simone Gbagbo », 27 mai 2015, Chambre d'appel, Cour pénale internationale (la Chambre a jugé que les poursuites internes du chef des infractions de droit commun de trouble à l'ordre public, d'organisation de bandes armées et d'atteinte à la sûreté de l'État ne tiraient pas sensiblement fondement de la même conduite que celle visée par les allégations de meurtre, de viol, de persécution et autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité).

poursuites et condamnations, notamment à des peines proportionnées à la gravité de leurs actes.

4) La Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose, au paragraphe 1 de son article 4 : « Tout État Partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. »[253]. Le Comité contre la torture a souligné qu'il importe de respecter cette obligation pour éviter toute divergence entre la définition du crime donnée dans la Convention et celle retenue dans la législation nationale :

> Si la définition de la torture en droit interne est trop éloignée de celle énoncée dans la Convention, le vide juridique réel ou potentiel qui en découle peut ouvrir la voie à l'impunité. Dans certains cas, même si les termes utilisés sont les mêmes, le sens peut en être restreint par le droit interne ou par la jurisprudence ; c'est pourquoi le Comité appelle chaque État partie à veiller à ce que toutes les branches de son gouvernement se conforment à la définition de la Convention pour définir les obligations de l'État[254].

5) Afin d'éviter un tel vide juridique en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, le projet d'article 6 prévoit, au paragraphe 1, que tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal. Les paragraphes 2 et 3 du même projet d'article (examinés ci-après) obligent en outre tout État à incriminer certains faits par lesquels des individus peuvent participer à de tels crimes.

6) L'expression « crimes contre l'humanité » étant définie aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3, l'obligation énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 6 suppose que les crimes ainsi définis soient érigés en infractions au regard des lois pénales de l'État. Un État considéré peut s'écarter légèrement des termes employés aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3 pour tenir compte de particularités terminologiques ou autres qui lui sont propres, mais cela ne devrait pas aboutir à des restrictions ou des modifications qui s'éloignent trop des définitions des crimes contre l'humanité figurant dans ces paragraphes. Le terme « crimes contre l'humanité » employé dans le projet d'article 6 (et dans les projets d'article suivants) n'est toutefois pas assorti de la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 4 du projet d'article 3. Cette clause réserve la possibilité de prévoir une définition plus large des « crimes contre l'humanité » dans un instrument international ou une loi nationale mais, aux fins du présent projet d'articles, la définition de ces crimes ne va pas au-delà de celle donnée aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3.

7) À l'instar de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de nombreux instruments conclus dans les domaines du droit international humanitaire, des droits de l'homme et du droit pénal international obligent tout État partie à faire en sorte que le comportement prohibé constitue une « infraction » ou soit « punissable » au regard de son droit interne, même si le libellé précis de l'obligation varie[255]. Certains instruments, comme la Convention de 1948 sur la

---

[253] Convention contre la torture, art. 4, par. 1.

[254] Voir Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2007) ; voir aussi Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 44* (A/58/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Slovénie, par. 115 a), et Belgique, par. 130.

[255] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, n° 12325, p. 105, art. 2 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 2, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 2 ; Convention contre la torture, art. 4 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 6 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 9, par. 2 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. III ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 4 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38349, p. 197, art. 4 ; Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999), ibid., vol. 2219, n° 39464, p. 179, art. 2 a) ; Protocole additionnel à la Convention des

prévention et la répression du crime de génocide[256] et les Conventions de Genève de 1949[257], visent une obligation de prendre les mesures « législatives » nécessaires, mais la Commission a estimé préférable de rédiger le paragraphe 1 du projet d'article 6 sur le modèle d'instruments plus récents comme la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le fait de commettre ou de tenter de commettre un crime contre l'humanité, ou d'apporter toute forme d'assistance à la commission d'un tel crime

8) Aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 6, tout État prend les mesures nécessaires pour que certains actes par lesquels des individus sont susceptibles de participer à des crimes contre l'humanité soient érigés en infractions au regard de son droit pénal : le fait de commettre un crime contre l'humanité, le fait de tenter de commettre un tel crime, le fait d'ordonner, solliciter, encourager, apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

9) S'agissant des crimes contre l'humanité, il ressort de l'étude des instruments internationaux et des lois nationales que différents types (ou modes) de responsabilité pénale individuelle sont envisagés. En premier lieu, tous les systèmes qui incriminent les « crimes contre l'humanité » tiennent pour pénalement responsable toute personne qui « commet » l'infraction (les termes parfois employés en droit interne visent la commission « directe » ou la « perpétration » de l'acte, ou l'auteur « principal » de celui-ci). Par exemple, le Statut de Nuremberg, à l'article 6, donnait compétence au Tribunal militaire international pour juger et punir « toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants ». De même, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[258] et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[259] disposent l'un et l'autre que quiconque « a commis » un crime contre l'humanité « est individuellement responsable dudit crime ». Aux termes du Statut de Rome de 1998, « [q]uiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni » et « une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : a) [e]lle commet un tel crime, que ce soit individuellement [ou] conjointement avec une autre personne »[260]. De la même façon, les textes constitutifs du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[261], des Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[262], des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[263], de la Cour pénale suprême d'Iraq[264] et des Chambres africaines extraordinaires au sein des

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 5, par. 1 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 7, par. 1 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme (Cebu, 13 janvier 2007), art. IX, par. 1, dans *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international*, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2 (New York, 2008), p. 336.

256 Convention sur le génocide, art. V.

257 Première Convention de Genève ; deuxième Convention de Genève ; troisième Convention de Genève ; quatrième Convention de Genève. Pour le commentaire de 2016 relatif à l'article 49 (Sanctions pénales) de la première Convention de Genève (ci-après « Commentaire du CICR de 2016 sur l'article 49 »), voir Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

258 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 1.

259 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 1.

260 Voir Statut de Rome, art. 25, par. 2 et 3 a).

261 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 6.

262 Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, Règlement nº 2000/15 portant création des chambres ayant compétence exclusive à l'égard des infractions pénales graves (UNTAET/REG/2000/15), sect. 5 (2000) (ci-après « Statut du Tribunal pour le Timor oriental »).

263 Accord relatif aux Chambres extraordinaires du Cambodge, art. 5. Voir aussi Accord entre les Nations Unies et le Gouvernement Royal du Cambodge concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique (Phnom Penh, 6 juin 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2329, nº 41723, p. 117.

264 Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, ILM, vol. 43, p. 231, art. 10 b) (2004). Le Gouvernement provisoire iraquien a promulgué en 2005 un nouveau statut fondé sur le précédent, rebaptisant le

juridictions sénégalaises[265] envisagent tous la responsabilité pénale de quiconque « commet » un crime contre l'humanité. Les lois internes consacrées aux crimes contre l'humanité incriminent systématiquement la « commission » de tels actes. Dans les traités visant à réprimer d'autres types d'infractions, les États parties sont également systématiquement invités à proscrire dans leur droit interne la « commission » de l'infraction considérée. La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide prévoit ainsi la responsabilité pénale individuelle des personnes ayant « commis » le génocide[266].

10) En second lieu, tous ces systèmes juridiques nationaux ou internationaux, à des degrés divers, considèrent aussi comme pénalement responsable quiconque participe à l'infraction autrement que par la « commission » de l'acte. Il peut s'agir de celui qui « tente » de commettre l'infraction, ou agit comme « complice » de la commission ou de la tentative de commission de celle-ci. S'agissant de la « tentative » de commettre le crime, les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ne prévoient pas de responsabilité à ce titre. Par contre, le Statut de Rome de 1998 tient pour pénalement responsable toute personne qui tente de commettre le crime, sauf si elle abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement[267]. À l'occasion de l'affaire *Banda et Jerbo*, une Chambre préliminaire a affirmé que pour retenir la responsabilité pénale d'une personne du chef de tentative, il est d'une importance critique de déterminer si le comportement en cause, « dans le cours normal des événements, […] aurait entraîné la commission du crime si des circonstances échappant au contrôle de l'auteur n'étaient pas intervenues »[268].

11) En troisième lieu, les instruments internationaux traitent diversement de la responsabilité du « complice », visant par exemple le fait « d'ordonner » ou « de provoquer » la commission de l'infraction, « d'encourager » ou « d'inciter autrui à commettre » l'infraction, d'apporter « aide et assistance » à autrui, d'être partie à une « entente en vue de commettre » l'infraction, d'en être « complice », d'y « participer » ou d'être partie à une « entreprise criminelle commune ». Ainsi, selon le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime. »[269]. Cette disposition est reprise presque textuellement dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[270]. Ces deux tribunaux ont déclaré des accusés coupables du chef de participation à des crimes relevant de leur compétence[271]. De même, les textes constitutifs du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[272], des Chambres spéciales

tribunal « Supreme Iraqi Criminal Tribunal » (Cour pénale suprême d'Iraq). Voir *Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Law No. 10, Official Gazette of the Republic of Iraq*, vol. 47, nº 4006 (18 octobre 2005).

265 Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, *International Legal Materials*, vol. 52, p. 1028, art. 4 b) et 6 (2013) (ci-après « Statut des Chambres africaines extraordinaires »).

266 Convention sur le génocide, art. III a) et IV.

267 Statut de Rome, art. 25, par. 3 f).

268 *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, affaire nº ICC-02/05-03/09, rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 96.

269 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 1. Différentes décisions du Tribunal contiennent une analyse de cette responsabilité pénale. Voir, par exemple, *Tadić*, arrêt, 15 juillet 1999 (note 46 *supra*), (« la Chambre d'appel estime que la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier »).

270 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 1.

271 Voir, par exemple, *Le Procureur c. Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement, 10 décembre 1998, Chambre de première instance II, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires 1998*, par. 246 (« S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, [le complice] a eu l'intention de le faciliter et il est coupable de complicité. »).

272 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 6, par. 1.

chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[273], des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[274], de la Cour pénale suprême d'Iraq[275] et des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[276] prévoient tous la responsabilité pénale de toute personne qui participe sous une forme quelconque à la commission d'un crime contre l'humanité.

12) Dans le Statut de Rome de 1998, est considérée comme pénalement responsable toute personne qui « commet un tel crime […] par l'intermédiaire d'une autre personne », qui « ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime » ou qui, « [e]n vue de faciliter la commission d'un tel crime, […] apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission », et, sous certaines conditions, [toute] personne qui « contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »[277]. La Commission a décidé de s'appuyer sur la terminologie employée dans le Statut pour le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 6.

13) Dans ces divers instruments internationaux, les notions connexes de « provocation » ou d'« incitation » au crime, ou de « fourniture d'aide et assistance » comprennent généralement le fait de planifier ou d'encourager la commission de l'infraction, de s'entendre en vue de la commettre et, surtout, d'inciter directement autrui à commettre l'infraction. Ainsi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vise non seulement la commission de génocide, mais aussi « [l]'entente en vue de commettre le génocide », « [l]'incitation directe et publique à commettre le génocide », « [l]a tentative de génocide » et « [l]a complicité dans le génocide »[278]. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dispose de manière générale que : « Si l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'État et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'État qui toléreraient sa perpétration. »[279].

14) Les divers instruments distinguent en outre, et considèrent comme complémentaires le fait d'« ordonner » la commission du crime et la notion de responsabilité du « commandement » ou du supérieur hiérarchique. Il s'agit dans le premier cas de la responsabilité pénale du supérieur qui donne l'ordre de commettre l'acte constitutif de l'infraction. Par contre, le second cas concerne la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en raison de son inaction, en particulier lorsque, sachant ou ayant des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtent à commettre ou ont déjà commis un crime, il ne prend pas les mesures raisonnables nécessaires pour empêcher ce crime ou en punir les auteurs.

15) En général, les traités qui visent à réprimer des crimes autres que les crimes contre l'humanité définissent la responsabilité pénale des personnes qui participent à la commission de ces actes en termes généraux, si bien que les États n'ont pas à modifier la terminologie ou les qualifications bien établies en droit interne. Autrement dit, ces traités emploient des formulations générales plutôt que des dispositions précises, laissant ainsi aux États le soin d'énoncer précisément les éléments de la responsabilité pénale selon leurs lois internes en vigueur, la jurisprudence et leur tradition juridique. À titre d'exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions

[273] Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 14.
[274] Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 29.
[275] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, art. 15.
[276] Statut des Chambres africaines extraordinaires, art. 10.
[277] Statut de Rome, art. 25, par. 3 a) à d).
[278] Convention sur le génocide, art. III b) à e).
[279] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, art. 2.

forcées de 2006 dispose en termes généraux : « Tout État Partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins … [t]oute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commandite, tente de la commettre, en est complice ou y participe. »[280]. Le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 6 suit la même approche.

Responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique

16) Le paragraphe 3 du projet d'article 6 vise la question de la responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique. D'une manière générale, ce paragraphe pose que le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par ses subordonnés lorsqu'il a manqué à son devoir par rapport au comportement de ceux-ci.

17) Les juridictions internationales qui ont eu à connaître de crimes contre l'humanité retiennent la responsabilité pénale d'un chef militaire ou autre supérieur hiérarchique pour une infraction commise par ses subordonnés dans certaines circonstances[281]. Tout particulièrement, les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ont fait application du principe de la responsabilité du commandement à l'égard des chefs tant militaires que civils, une approche qui a influencé d'autres juridictions par la suite[282]. Selon les termes employés par une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda dans l'affaire *Le Procureur c. Musema* : « Concernant la question de savoir si la forme de responsabilité pénale individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 6 du Statut [du Tribunal] s'applique non seulement aux militaires, mais également aux personnes exerçant une fonction civile, il est important de noter que lors des procès de Tokyo, certaines autorités civiles ont été condamnées pour des crimes de guerre en application de ce principe. »[283].

18) Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « [l]e fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs »[284]. Le Tribunal a reconnu plusieurs accusés coupables sur la base de cette disposition[285]. Le même libellé figure dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[286] et lui a aussi servi de fondement à plusieurs déclarations de culpabilité[287]. On trouve une disposition semblable dans les statuts du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[288], du Tribunal spécial pour le Liban[289], des

[280] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1 a).

[281] Voir, par exemple, *United States of America v. Wilhelm von Leeb, et al.* (« The High Command Case »), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. 11 (Washington, United States Government Printing Office, 1950), p. 543 et 544.

[282] Ibid. ; voir aussi *International Criminal Law: International Enforcement*, M. C. Bassiouni (dir. publ.), vol. III, 3e éd. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 461) ; et K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 262 et 263.

[283] Voir *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire no ICTR-96-13-A, jugement et sentence, 27 janvier 2000, Chambre de première instance I, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 132.

[284] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 3.

[285] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire no IT-95-14/1-T, jugement, 25 juin 1999, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Supplément judiciaire no 6*, juin/juillet 1999, par. 66 à 77 ; *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, affaire no IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 330 à 400 et 605 à 810.

[286] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 3.

[287] Voir *Akayesu*, jugement, 2 septembre 1998 (note 53 *supra*) ; *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire no ICTR-97-23-S, jugement et sentence, 4 septembre 1998, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour le Rwanda.

[288] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 6, par. 3.

[289] Statut du Tribunal spécial pour le Liban, résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité en date du 30 mai 2007 (annexe et pièce jointe), art. 3, par. 2.

Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[290], des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[291], de la Cour pénale suprême d'Iraq[292] et des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[293].

19) L'article 28 du Statut de Rome de 1998 précise le critère d'imputabilité de la responsabilité pénale à un chef militaire ou toute personne faisant effectivement fonction de chef militaire à raison des actes commis par d'autres personnes[294]. En règle générale, le supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale dès lors qu'il : a) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination ; b) savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et c) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher l'exécution ou en réprimer les auteurs ou pour saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ce critère a commencé à influencer le développement de la « responsabilité du commandement » dans les ordres juridiques nationaux, en matière tant pénale que civile. L'article 28 envisage également les « relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés » dans un contexte non militaire ou civil, le supérieur hiérarchique pouvant être notamment le civil qui « dirige » des opérations militaires sans y « intervenir de fait ». En ce cas, le civil encourt une responsabilité pénale dès lors qu'il : a) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination ; b) avait connaissance des crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations à ce sujet ; c) exerçait une autorité et un contrôle effectifs sur les activités qui ont donné lieu aux crimes ; d) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

20) Une chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a appliqué ce critère en mars 2016 pour déclarer Jean-Pierre Bemba Gombo coupable de crimes contre l'humanité. Entre autres motifs, la chambre préliminaire a considéré que M. Bemba était une personne faisant effectivement fonction de chef militaire qui savait que les troupes du Mouvement de Libération du Congo placées sous son autorité et son contrôle effectifs commettaient ou allaient commettre les crimes faisant l'objet de l'accusation. En outre, la chambre préliminaire a estimé que M. Bemba n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes par ses subordonnés durant les opérations militaires de 2002 et 2003 en République centrafricaine ou en référer aux autorités compétentes après que les crimes eurent été commis[295].

21) Les lois internes prévoient elles aussi fréquemment cette forme de responsabilité pénale en cas de crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité, mais en employant des critères différents. En outre, certains États n'ont pas développé ce critère s'agissant des crimes contre l'humanité. C'est pourquoi la Commission a jugé approprié d'établir une norme claire afin d'encourager l'harmonisation des législations nationales sur cette question[296]. À cette fin, le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 6 est calqué sur l'énoncé du critère dans le Statut de Rome de 1998.

---

290 Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 16.

291 Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 29.

292 Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, art. 15.

293 Statut des Chambres africaines extraordinaires, art. 10.

294 Statut de Rome, art. 28 ; voir, par exemple, *Kordić*, jugement, 26 février 2001 (note 46 *supra*), par. 369.

295 *Bemba*, jugement, 21 mars 2016 (voir *supra*, note 59), par. 630, 638 et 734.

296 Voir rapport de la Commission des droits de l'homme sur sa soixante et unième session, *Documents officiels du Conseil économique et social, 2005, Supplément nº 3* (E/2005/23-E/CN.4/2005/135), résolution 2005/81 du 21 avril 2005 sur l'impunité, par. 6 (priant instamment « tous les États de faire en sorte que tous les commandants et autres officiers supérieurs de l'armée soient informés des conditions dans lesquelles leur responsabilité pénale peut être engagée, en droit international, pour tout […] crime contre l'humanité […] et même, dans certaines circonstances, pour ces crimes lorsqu'ils sont commis par des subordonnés placés sous leur autorité et leur commandement »).

22) Les traités visant des infractions autres que les crimes contre l'humanité reconnaissent aussi fréquemment la responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique[297].

Ordres d'un supérieur

23) Le paragraphe 4 du projet d'article 6 dispose que tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans cet article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

24) Tous les systèmes juridiques qui répriment les crimes contre l'humanité prévoient à des degrés divers des motifs d'exonération de la responsabilité pénale. Par exemple, la plupart excluent la responsabilité de l'auteur présumé de l'infraction si celui-ci souffrait d'un trouble mental l'empêchant de mesurer l'illégalité de ses actes. Certains prévoient que l'état d'ivresse, au moins dans certaines circonstances, est également une cause d'exonération de la responsabilité pénale. L'état de légitime défense ou encore la contrainte résultant d'un danger imminent d'atteinte à l'intégrité physique ou de mort, voire, parfois, l'état de minorité, peuvent être autant de motifs d'exonération de la responsabilité de l'auteur présumé. Les motifs précis d'exonération varient d'un système juridique à un autre et, en ce qui concerne les systèmes juridiques nationaux, ils s'inscrivent habituellement dans la conception générale de la responsabilité pénale, et non pas seulement dans le contexte des crimes contre l'humanité.

25) En revanche, selon la plupart des systèmes juridiques qui répriment les crimes contre l'humanité, les auteurs présumés de tels crimes ne peuvent invoquer l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme motif d'exonération de leur responsabilité pénale[298]. Selon l'article 8 du Statut de Nuremberg : « Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige. ». Conformément à cet article, le Tribunal militaire international a estimé que le fait qu'un soldat ait reçu l'ordre de tuer ou de torturer en violation du droit international de la guerre n'a jamais été considéré comme un moyen de défense pour justifier de telles brutalités[299]. De même, la Charte du Tribunal de Tokyo disposait en son article 6 que ni la position officielle de l'accusé, à aucun moment, ni le fait qu'il a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira en soi à dégager sa responsabilité du chef de tout crime dont il est inculpé, ces circonstances pouvant toutefois être considérées comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige[300].

26) Si l'article 33 du Statut de Rome de 1998 permet dans une certaine mesure d'invoquer l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme moyen de défense, ce n'est que pour les seuls crimes de guerre ; l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité ne relève pas de ce moyen de défense. Les textes constitutifs du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[301], du Tribunal pénal international pour le Rwanda[302], du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[303], du Tribunal spécial pour le Liban[304], des Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[305], des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[306], de la Cour

[297] Voir, par exemple, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 86, par. 2 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1.

[298] Voir Commission des droits de l'homme, résolution 2005/81 sur l'impunité, par. 6 (priant instamment tous les États « de s'assurer que tous les personnels sont informés des restrictions prévues en droit international en matière de défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur »).

[299] *Arrêt du 30 septembre* (voir *supra*, note 29), p. 466.

[300] Charte de Tokyo, art. 6.

[301] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 4.

[302] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 4.

[303] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 6, par. 4.

[304] Statut du Tribunal spécial pour le Liban, art. 3, par. 3.

[305] Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 21.

[306] Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 29.

pénale suprême d'Iraq[307] et des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[308] excluent également tout moyen de défense tiré de l'ordre d'un supérieur hiérarchique. Sans l'autoriser comme moyen de défense faisant obstacle aux poursuites, certains des systèmes internationaux et internes susmentionnés tiennent compte de l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme facteur d'atténuation de la peine[309].

27) Plusieurs traités visant à réprimer certains crimes excluent de même toute justification tirée de l'ordre d'un supérieur, notamment : la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[310] ; la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture[311] ; la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes[312] ; et la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[313]. S'agissant de la Convention contre la torture, le Comité contre la torture a critiqué les législations nationales qui autorisent ce moyen de défense ou entretiennent l'ambiguïté sur ce point[314]. Dans certains cas, le problème résulte du fait que le droit interne consacre le « devoir d'obéissance » comme moyen de défense[315].

Position officielle

28) Le paragraphe 5 du projet d'article 6 dispose que le fait que l'infraction ait été commise « par une personne occupant une position officielle » n'exonère pas cette personne de sa responsabilité pénale. L'impossibilité d'invoquer l'exercice d'une fonction officielle comme moyen de défense au fond devant les tribunaux pénaux internationaux est un principe de droit international bien établi. Le Statut de Nuremberg dispose que « [l]a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine »[316]. Selon les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, adoptés par la Commission en 1950, « [l]e

[307] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, art. 15.

[308] Statut des Chambres africaines extraordinaires, art. 10, par. 5.

[309] Voir, par exemple, Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 7, par. 4 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 6, par. 4 ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 6, par. 4 ; Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 21.

[310] Convention contre la torture, art. 2, par. 3 (« L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »).

[311] Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 4 (« Le fait d'avoir agi sur les ordres d'autorités supérieures n'exonère pas de la responsabilité pénale attachée à la perpétration du crime de torture. »).

[312] Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. VIII (« N'est pas admise comme circonstance atténuante l'excuse de l'obéissance à des ordres ou instructions supérieurs qui obligent, autorisent ou encouragent la disparition forcée. Toute personne qui reçoit de tels ordres a le droit et le devoir de ne pas y obéir. »).

[313] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 2 (« Aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre, ne peut être invoqué pour justifier un crime de disparition forcée. »). Ce projet de disposition « a été largement approuvé » au moment de la rédaction. Voir Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 72 (voir aussi la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1992, art. 6).

[314] Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 44* (A/61/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Guatemala, par. 32 13).

[315] Voir, par exemple, rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 44* (A/59/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Chili, par. 56 i) ; voir aussi ibid., *soixantième session, Supplément n° 44* (A/60/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Argentine, par. 31 a) (prenant note avec satisfaction « de la déclaration de nullité absolue », par l'Argentine, de sa loi sur le devoir d'obéissance).

[316] Statut de Nuremberg, art. 7.

fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international [crimes contre l'humanité, crimes contre la paix et crimes de guerre] a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international »[317]. Aux termes de la Charte du Tribunal de Tokyo, « [n]i la fonction officielle exercée à un moment donné par l'accusé, ni le fait que celui-ci a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur ne peuvent suffire, en soi, à dégager la responsabilité de l'intéressé pour le crime qui lui est reproché, mais de telles circonstances peuvent être considérées comme un motif d'atténuation de la peine si le Tribunal estime que l'intérêt de la justice le commande »[318] [traduction non officielle].

29) Selon le Projet de code des infractions contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1954, « le fait que l'auteur a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne l'exonère pas de la responsabilité encourue pour avoir commis l'un des crimes définis dans le présent code »[319]. Le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 dispose que « [l]a qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »[320]. Aux termes du Statut de Rome de 1998, « [ledit] Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du […] Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine »[321].

30) L'impossibilité d'invoquer l'exercice de fonctions officielles comme moyen de défense au fond est également envisagée dans certains traités relatifs à des crimes relevant des juridictions pénales nationales. La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, par exemple, dispose que les personnes visées « seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers »[322]. Aux termes de la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, « [s]ont tenus pour pénalement responsables sur le plan international […] les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État »[323].

31) À la lumière de ces précédents, la Commission a jugé bon d'établir le paragraphe 5, qui dispose que « [t]out État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise par une personne occupant une position officielle ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale ». Aux fins du présent projet d'articles, le paragraphe 5 doit être compris comme empêchant l'auteur présumé d'invoquer sa qualité officielle comme moyen de défense au fond pour s'exonérer de toute responsabilité pénale. Ce paragraphe n'a toutefois aucune incidence sur l'immunité de la juridiction pénale nationale dont peut bénéficier un représentant de l'État, qui demeure régie par le droit international conventionnel et le droit international coutumier[324]. En outre, le paragraphe 5 est sans

[317] Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, et commentaires y relatifs, *Annuaire … 1950*, vol. II, document A/1316, 3e partie, p. 375. Bien que le principe III s'inspire de l'article 7 du Statut de Nuremberg, la Commission n'a pas repris la formule « ni comme un motif à diminution de la peine », considérant que la question de la diminution de la peine devait être laissée à l'appréciation de la juridiction compétente (ibid., par. 104).

[318] Charte du Tribunal de Tokyo, art. 6.

[319] *Annuaire … 1954*, vol. II, par. 50, art. 3.

[320] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. D, p. 27, art. 7.

[321] Statut de Rome, art. 27, par. 1.

[322] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. IV.

[323] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. III.

[324] Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 25, par. 60 (« Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit ») ; *Situation au Darfour (Soudan)*, dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, affaire no ICC-02/05-01/09, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by*

préjudice des travaux menés par la Commission sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ».

32) La Commission n'a pas jugé nécessaire de préciser, au paragraphe 5, que la position officielle d'une personne ne saurait être invoquée comme motif d'atténuation ou de diminution de la peine, la question de la peine étant traitée au paragraphe 6 du projet d'article 7. Ledit paragraphe dispose que l'État est tenu, en toutes circonstances, de veiller à ce que les crimes contre l'humanité soient passibles de peines appropriées qui tiennent compte de leur gravité. Ce libellé devrait être compris comme empêchant toute personne d'invoquer sa position officielle comme motif d'atténuation ou de diminution de la peine.

Prescription

33) En droit interne, un obstacle éventuel à la poursuite de l'auteur présumé de crimes contre l'humanité résulte de l'application de la « prescription », une règle qui interdit de poursuivre l'intéressé pour un crime commis plus d'un certain nombre d'années avant l'engagement de l'action. Le paragraphe 6 du projet d'article 6 dispose que tout État prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées dans le projet d'articles ne se prescrivent pas.

34) Aucune règle relative à la prescription en matière de crimes internationaux, y compris les crimes contre l'humanité, n'a été inscrite dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et la Charte du Tribunal de Tokyo, ni dans les textes constitutifs du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda ou du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. En revanche, d'après la loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée en décembre 1945 par le Conseil de contrôle allié en Allemagne pour que soient traduits en justice les auteurs présumés de crimes, les accusés jugés ou poursuivis pour crimes contre l'humanité (et pour crimes de guerre et crimes contre la paix) ne pouvaient bénéficier d'aucune prescription pour les crimes commis entre le 30 janvier 1933 et le 1er juillet 1945[325]. De même, le Statut de Rome de 1998 envisage expressément la question, en disposant que : « Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas. »[326]. Les rédacteurs du Statut ont fortement insisté pour que cette disposition s'applique aux crimes contre l'humanité[327]. La loi relative à la création des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, le Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq et le Statut du Tribunal pour le Timor oriental qualifient eux aussi expressément les crimes contre l'humanité d'infractions imprescriptibles[328].

South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, 6 juillet 2017, Chambre préliminaire II, Cour pénale internationale, par. 109 (« [T]he Genocide Convention, unlike the [Rome] Statute in article 27(2), does not mention immunities based on official capacity, and the majority does not see a convincing basis for a constructive interpretation of the provisions in the Convention such that would give rise to an implicit exclusion of immunities. Article IV of the Convention speaks of individual criminal responsibility of 'persons committing genocide' − which, as convincingly explained by the International Court of Justice, must not be confused with immunity from criminal jurisdiction ») [« [L]a Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, contrairement au Statut de Rome en son article 27 (par. 2), ne mentionne pas les immunités fondées sur la qualité officielle, et la majorité estime qu'aucun élément convaincant ne permet de faire des dispositions de la Convention une interprétation constructive tendant à l'exclusion implicite des immunités. L'article IV de la Convention traite de la responsabilité pénale individuelle des "personnes ayant commis le génocide" − qui, comme l'a expliqué de manière convaincante la Cour internationale de Justice, ne saurait être confondue avec l'immunité de juridiction pénale »].

[325] Loi n° 10 du Conseil de contrôle relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, art. II, par. 5.

[326] Statut de Rome, art. 29.

[327] Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998, document A/CONF.183/13 (vol. II), p. 138, 2e séance (A/CONF.183/C.1/SR.2), par. 45 à 74.

[328] Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 5 ; Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, art. 17 d) ; Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 17.1 ; voir aussi rapport de la Troisième Commission (A/57/806), par. 10 (Procès des Khmers rouges) et résolution 57/228 B de l'Assemblée générale en date du 13 mai 2003. Il convient en outre de noter que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont reçu compétence pour juger les crimes contre

35) S'agissant de la question de la prescription éventuelle de l'action contre un auteur présumé devant les juridictions internes, l'Assemblée générale des Nations Unies a déclaré en 1967 que « l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires [inquiétait] profondément l'opinion publique mondiale car elle [empêchait] que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées »[329]. L'année suivante, les États ont adopté la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, laquelle demande aux États parties de prendre « toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité [de ces deux types de crime], tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine »[330]. Le Conseil de l'Europe a de même adopté, en 1974, la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, qui reprend sensiblement les mêmes termes[331]. Désormais, aucun État doté d'une loi relative aux crimes contre l'humanité n'interdit l'exercice de poursuites de ce chef au-delà d'un certain laps de temps. Au contraire, nombreux sont les États qui ont expressément légiféré contre ce type de restrictions.

36) Nombre de traités portant sur des infractions de droit interne autres que les crimes contre l'humanité n'excluent pas la prescription. Par exemple, la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'exclut pas la prescription pour les infractions de torture. Cela étant, le Comité contre la torture a affirmé que, vu leur gravité, ces infractions ne devraient jamais se prescrire[332]. De même, si le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques[333] ne traite pas directement de la question, le Comité des droits de l'homme a demandé qu'il n'y ait pas de prescription pour les violations graves du Pacte[334]. En revanche, la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées envisage la question de la prescription, disposant que : « Tout État partie qui applique un régime de prescription à la disparition forcée prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale : a) soit de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime. »[335]. Selon les travaux préparatoires de la Convention, le but de cette disposition était de faire la distinction entre les infractions qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité − et devraient donc être imprescriptibles − et toutes les autres visées par la Convention[336].

---

l'humanité commis plusieurs décennies avant leur création, entre 1975 et 1979, pendant que les Khmers rouges étaient au pouvoir.

329 Résolution 2338 (XXII) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1967, intitulée « Question du châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité » ; voir aussi résolution 2712 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1970 ; résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1971.

330 Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, art. IV.

331 Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, art. 1.

332 Voir, par exemple, rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 44* (A/62/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Italie, par. 40 19).

333 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, p. 171.

334 Voir, par exemple, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 40* (A/63/40), vol. I, chap. IV, examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte et de situations de pays en l'absence de rapports donnant lieu à des observations finales publiques, Panama (sect. A, par. 79), par. 7).

335 Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 8, par. 1 a). En revanche, selon la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, en cas de disparition forcée, l'action pénale engagée et les peines imposées de ce chef ne sont pas sujettes à prescription.

336 Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 43 à 46 et 56.

Des peines appropriées

37) Le paragraphe 7 du projet d'article 6 dispose que tout État fait en sorte que les infractions visées dans l'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

38) Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission avait prévu que : « Tout individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtiment. Le châtiment est proportionnel au caractère et à la gravité de ce crime. »[337]. Le commentaire venait préciser que le « caractère d'un crime est ce qui le distingue d'un autre crime [...] La gravité d'un crime se déduit des circonstances de sa commission et des sentiments qui ont animé son auteur. »[338]. Ainsi, « si l'acte criminel est juridiquement le même, les moyens et les procédés se situent à des degrés variables de dépravation et de cruauté. Ce sont tous ces éléments qui doivent guider le juge dans l'application de la peine. »[339].

39) Dans la mesure où une juridiction internationale a compétence pour connaître de crimes contre l'humanité, les peines encourues de ce chef peuvent varier, mais elles doivent être à la mesure de la gravité de l'infraction. Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : « La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie. »[340]. En outre, le Tribunal doit « [tenir] compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné »[341]. Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda comporte une disposition identique, à ceci près qu'il prescrit au juge d'avoir recours à « la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda »[342]. Même pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, les déclarations de culpabilité peuvent se traduire par des peines très variables. L'article 77 du Statut de Rome de 1998 ménage au juge la même latitude, en ce qu'il l'autorise à prononcer une peine d'emprisonnement à temps de trente ans au plus ou une peine d'emprisonnement à perpétuité, « si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient »[343]. Les textes constitutifs du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[344], du Tribunal spécial pour le Liban[345], des Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[346], des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[347], de la Cour pénale suprême d'Iraq[348] et des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[349] comportent des dispositions analogues. De même, en cas d'incrimination en droit interne des crimes contre l'humanité, les peines encourues peuvent varier, mais doivent être proportionnelles à la gravité de l'infraction.

40) Les traités internationaux visant à réprimer certains crimes n'imposent pas les peines à infliger (ou à ne pas infliger), mais laissent au contraire aux États parties un pouvoir d'appréciation pour déterminer la sanction appropriée, compte tenu de la situation de l'auteur et de la nature de l'infraction[350]. La Convention de 1948 pour la prévention et la

337 *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. D, art. 3.
338 Ibid., par. 3) du commentaire de l'article 3.
339 Ibid.
340 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 24, par. 1.
341 Ibid., art. 24, par. 2.
342 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 23, par. 1.
343 Statut de Rome, art. 77.
344 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 19.
345 Statut du Tribunal spécial pour le Liban, art. 24.
346 Statut du Tribunal pour le Timor oriental, sect. 10.
347 Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 39.
348 Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq, art. 24.
349 Statut des Chambres africaines extraordinaires, art. 24.
350 Voir le rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 58 (où il est indiqué que « [p]lusieurs délégations ont salué la marge de manœuvre ménagée aux États » dans cette disposition) ; rapport du Comité spécial

répression du crime de génocide se borne à prescrire « des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés… »[351]. Les Conventions de Genève de 1949 comportent également une règle générale laissant aux États toute latitude pour fixer la sanction appropriée, se bornant à prescrire aux Hautes Parties contractantes de « s'engage[r] à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer à [...] l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention […] »[352]. Les traités plus récents visant l'incrimination d'infractions en droit interne prescrivent d'ordinaire que les sanctions soient « appropriées ». Bien que la Commission ait proposé au départ d'employer l'expression « peines sévères » dans son projet d'articles sur les agents diplomatiques et les autres personnes jouissant d'une protection internationale, les États ont retenu celle de « peines appropriées » dans la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques[353]. Cette expression a été reprise dans des instruments postérieurs. Outre l'imposition de « peines appropriées », la Convention de 1973 prescrit aux États parties de prendre en considération la « gravité » de l'infraction. La Commission a précisé dans le commentaire que cette mention était destinée à souligner l'idée que les peines imposées aux auteurs de telles infractions devaient tenir compte de l'importance des « intérêts mondiaux » en jeu[354]. À partir de 1973, cette formule − disposant que tout « État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité » − a été reprise dans nombre d'instruments, dont la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[355], certains traités évoquant parfois tantôt la « gravité », tantôt l'« extrême gravité » des infractions[356].

Personnes morales

41) Les paragraphes 1 à 7 du projet d'article 6 concernent la responsabilité pénale des personnes physiques. Le terme « physique » n'y est toutefois pas employé, dans un souci de cohérence avec les traités relatifs à la criminalité. Le paragraphe 8, quant à lui, traite de la responsabilité des « personnes morales » à l'égard des infractions visées dans le projet d'article.

42) Si, ces dernières années, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales a été consacré en droit par de nombreux États, il n'en reste pas moins inconnu dans beaucoup d'autres[357]. Là où elle est reconnue, la responsabilité pénale des personnes

sur l'élaboration d'une Convention internationale contre la prise d'otages, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 39* (A/32/39), annexe I (comptes rendus analytiques des 1re à 19e séances du Comité), 13e séance (15 août 1977), par. 4 (observations similaires du représentant des États-Unis d'Amérique) ; résolution 2005/81 de la Commission des droits de l'homme sur l'impunité, par. 15 (engageant « tous les États […] à faire en sorte que les peines soient appropriées et proportionnées à la gravité du crime commis »).

351 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V.

352 Première Convention de Genève, art. 49 ; deuxième Convention de Genève, art. 50 ; troisième Convention de Genève, art. 129 ; quatrième Convention de Genève, art. 146 ; voir Commentaire du CICR de 2016 sur l'article 49 (note 205 *supra*), par. 2838 à 2846.

353 Voir Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 2, par. 2 (« [t]out État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées […] »).

354 *Annuaire ... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, chap. III, sect. B (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), par. 12) du commentaire du projet d'article 2, par. 2.

355 Convention contre la torture, art. 4 ; voir aussi Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 9, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 4 b) ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 4 b) ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 2 a).

356 Voir, par exemple, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 7, par. 1 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 6 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. III.

357 Voir, par exemple, *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat*, affaire n° STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Collège d'appel du Tribunal spécial pour le Liban, arrêt du 2 octobre 2014 relatif à l'appel interlocutoire concernant la compétence personnelle du Tribunal en matière d'outrage,

morales s'étend parfois aux crimes internationaux[358]. Il est bien entendu que les actes pouvant mettre en jeu cette responsabilité sont commis par des personnes physiques, lesquelles exercent auprès de la personne morale des fonctions de représentant, de responsable, d'agent ou d'employé ou sont autrement affiliés à celle-ci. La responsabilité pénale de la personne morale est généralement engagée lorsque l'infraction a été commise par une personne physique pour le compte ou au bénéfice de la personne morale.

43) À ce jour, les juridictions pénales internationales ne se sont guère intéressées à la question de la responsabilité pénale des personnes morales. Les articles 9 et 10 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg autorisaient celui-ci à déclarer criminels tout groupe ou organisation auxquels un accusé appartenait, en conséquence de quoi d'autres personnes pouvaient être poursuivies pour leur adhésion à ce groupe ou à cette organisation. Dans le cadre des affaires jugées par le Tribunal et des procédures engagées ultérieurement au titre de la loi n° 10 du Conseil de contrôle, un certain nombre d'organisations ont ainsi été désignées comme criminelles, mais en définitive, seules des personnes physiques ont été jugées et punies[359]. Ni le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ni le Tribunal pénal international pour le Rwanda ne se sont vu reconnaître compétence à l'égard des personnes morales, non plus que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, la Cour pénale suprême d'Iraq ou les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises. Les auteurs du Statut de Rome de 1998 avaient constaté que « [l]es avis diverge[ai]ent profondément quant à l'opportunité d'inclure [dans le Statut][360] la responsabilité pénale des personnes morales » et, malgré des propositions faites en ce sens, le texte final ne contient aucune disposition sur la question.

44) Bon nombre de traités portant sur des crimes relevant de la compétence des tribunaux internes sont également muets en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, notamment la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, les Conventions de Genève de 1949, la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Quant au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, il porte uniquement sur la responsabilité pénale « individuelle »[361].

45) Le protocole portant modification du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté par l'Union africaine en 2014 (qui n'est pas encore entré en vigueur) donne toutefois compétence à la nouvelle Cour pour juger les personnes morales accusées de crimes internationaux, y compris de crimes contre l'humanité[362]. En outre, bien que le Statut du Tribunal spécial pour le Liban ne donne pas expressément à celui-ci compétence à l'égard

par. 58 (« les pratiques en matière de responsabilité pénale des entreprises et de sanction à leur égard diffèrent selon les systèmes nationaux »).

358 Voir, par exemple, Code pénal équatorien, *Registro Oficial, Suplemento, Año 1, nº 180*, 10 février 2014, art. 90, « Sanction de la personne morale » (où il est dit, dans une section portant sur les crimes contre l'humanité : « Toute personne morale jugée responsable de l'une des infractions visées à la présente section sera punie de la perte de sa personnalité morale. » [Traduction non officielle]).

359 Voir, par exemple, *United States v. Krauch and others*, dans *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals (IG Farben Case)*, vol. VII et VIII (Washington, Tribunaux militaires de Nuremberg, 1952).

360 Voir *Documents officiels de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale*, Rome, 15 juin-17 juillet 1998, vol. III (A/CONF.183/13), document A/CONF.183/2, art. 23, par. 6, note 71.

361 *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. D, p. 23.

362 Voir Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, 27 juin 2014, art. 46C.

des personnes morales (ni des crimes contre l'humanité), en 2014, un collège d'appel du Tribunal a jugé qu'une personne morale pouvait être poursuivie pour outrage[363].

46) De surcroît, plusieurs traités consacrent la responsabilité des personnes morales pour des infractions pénales, parmi lesquels la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid[364], la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[365], la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme[366], la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée[367], le Protocole facultatif de 2000 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[368], la Convention des Nations Unies de 2003 contre la corruption[369], le Protocole de 2005 au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plateformes fixes situées sur le plateau continental[370] et divers autres instruments conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe[371]. Le principe est également affirmé dans des instruments régionaux, principalement dans le contexte de la corruption[372]. En général, ces textes ne définissent pas l'expression « personne morale », laissant à l'État le soin d'appliquer la définition retenue dans sa législation.

---

363 *Al Khayat* (voir *supra*, note 357). Le Tribunal a jugé que la personne morale, Al Jadeed TV, n'était pas coupable. Voir *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V. S.A.L. (NTV) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, affaire nº STL-14-05/T/CJ, juge compétent en matière d'outrage, jugement du 18 septembre 2015, Tribunal spécial pour le Liban, par. 55 ; *Al Jadeed [Co] S.A.L./New T.V. S.A.L. (N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, affaire nº STL-14-05/A/AP, Collège d'appel, arrêt du 8 mars 2016.

364 Voir Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. 1, par. 2 (« Les États parties à la présente Convention déclarent criminels les organisations, les institutions et les individus qui commettent le crime d'apartheid. »).

365 Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, nº 28911, p. 57, art. 2, par. 14 (« Aux fins de la présente Convention, [on] entend par "personne" toute personne physique ou morale ») et art. 4, par. 3 (« Les Parties considèrent que le trafic illicite de déchets dangereux ou d'autres déchets constitue une infraction pénale. »).

366 Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5. Pour les propositions présentées au cours des négociations qui ont conduit à l'adoption de l'article 5, voir le rapport du Groupe de travail sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international (A/C.6/54/L.2) (26 octobre 1999).

367 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 10.

368 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 (New York, 25 mai 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2171, nº 27531, p. 227.

369 Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 26. Pour l'historique de l'adoption de la Convention, voir Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.V.13), p. 247 à 249, et *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (2e éd. revue et corrigée, 2012), p. 107 à 113. Pour la convention analogue adoptée par l'Organisation de coopération et de développement économiques, voir Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Paris, 21 novembre 1997), art. 2 (« Chaque partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger »).

370 Protocole de 2005 au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plateformes fixes situées sur le plateau continental (Londres, 14 octobre 2005), art. 5 (pour la Convention de 1988 et le Protocole s'y rapportant, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, nº 29004, p. 201).

371 Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2216, nº 39391, p. 247, art. 18, complétée par un protocole additionnel relatif à la corruption des arbitres et des jurés (Strasbourg, 15 mai 2003), ibid., vol. 2466, nº 39391, p. 176 ; Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977), ibid., vol. 1137, nº 17828, p. 101, art. 10.

372 Voir, par exemple, Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996, ILM, vol. 35, nº 3 (mai 1996)), p. 727, art. 8 ; Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption (Blantyre (Malawi), 14 août 2001), art. 4, par. 2 ; Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003), art. 11, par. 1.

47) Eu égard à la possibilité que des personnes morales participent à des actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile, la Commission a décidé d'introduire dans le projet d'articles une disposition sur la responsabilité des personnes morales pour les crimes contre l'humanité. Elle a retenu une formulation largement acceptée dans le contexte d'autres crimes et qui laisse aux États une marge de manœuvre considérable dans l'exécution de l'obligation mise à leur charge.

48) Le paragraphe 8 du projet d'article 6 est inspiré 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, adopté par l'Assemblée générale en 2000 et entré en vigueur en 2002. En juillet 2017, 173 États étaient parties à cet instrument et neuf l'avaient signé, mais pas encore ratifié. En application du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole facultatif, les États parties sont tenus d'incriminer certains actes en droit pénal, notamment la vente d'enfants à des fins d'exploitation sexuelle et le fait d'offrir un enfant à des fins de prostitution. Aux termes du paragraphe 4 du même article, « [s]ous réserve des dispositions de son droit interne, tout État Partie prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées au paragraphe 1 du présent article. Selon les principes juridiques de l'État Partie, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative ».

49) Le paragraphe 8 du projet d'article 6 reprend cette formulation, à ceci près que l'expression « État Partie » y est remplacée par « État » et le membre de phrase « pour les infractions visées au paragraphe 1 du présent article » par « pour les infractions visées dans le présent projet d'article ». Il fait obligation à l'État de prendre des mesures, partant du principe que celui-ci doit agir de bonne foi, tout en lui donnant la latitude voulue pour que les mesures en question soient adaptées à sa législation. Premièrement, l'expression « sous réserve des dispositions de son droit interne » doit s'entendre comme accordant à l'État une discrétion considérable quant aux mesures à adopter, l'obligation prenant effet « sous réserve » des dispositions de droit interne relatives à la responsabilité des personnes morales pour des infractions pénales. De fait, selon la plupart des législations internes, seuls certains types de personnes morales peuvent voir leur responsabilité engagée pour des infractions pénales, les États, les gouvernements, les autres entités publiques agissant dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et les organisations internationales étant généralement exclus du champ d'application de cette responsabilité[373]. La mise en jeu de la responsabilité de la personne morale en droit interne peut également dépendre de l'éventail des personnes physiques dont le comportement peut être attribué à la personne morale, des formes de responsabilité des personnes physiques pouvant engager la responsabilité de la personne morale, de la nécessité ou non de prouver qu'une intention coupable animait la personne physique aux fins de l'établissement de la responsabilité de la personne morale et de la nécessité ou non d'identifier la personne physique qui a commis l'infraction[374].

50) Deuxièmement, l'État est tenu de prendre « s'il y a lieu » des mesures pour établir la responsabilité des personnes morales. Même si son droit interne l'autorise en général à établir pénalement la responsabilité d'une personne morale, il peut ne pas juger opportun de le faire dans le contexte particulier de crimes contre l'humanité.

51) En ce qui concerne les mesures adoptées, la deuxième phrase du paragraphe 8 se lit comme suit : « Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative. ». Cette formule figure non seulement dans le Protocole facultatif de 2000, ainsi qu'il est mentionné plus haut, mais aussi dans d'autres traités auxquels de nombreux États ont adhéré, parmi lesquels la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée[375] et la Convention des Nations Unies de 2003 contre

[373] La Convention pénale sur la corruption adoptée par le Conseil de l'Europe exclut expressément ces entités du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales (voir, par exemple, art. 1 d) : « Aux fins de la présente Convention : [...] "personne morale" s'entend de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des États ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques. »).

[374] Pour un bref aperçu des divergences entre les différents systèmes de *common law* et de tradition civiliste, voir *Al Jadeed*, juge compétent en matière d'outrage, jugement du 18 septembre 2015 (voir *supra*, note 363), par. 63 à 67.

[375] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 10, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut

la corruption[376]. Là encore, le libellé retenu laisse à l'État une certaine marge de manœuvre, destinée à tenir compte de la diversité des approches adoptées en droit interne. Rien en soi n'oblige l'État à établir la responsabilité pénale ; si cela est incompatible avec ses principes juridiques, il peut, alternativement, engager une forme de responsabilité civile ou administrative. En tout état de cause, qu'elle soit pénale, civile ou administrative, la responsabilité de la personne morale est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques prévue au projet d'article 6.

Article 7
Établissement de la compétence nationale

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées dans le présent projet d'articles dans les cas suivants :

a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État ;

b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire ;

c) Quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.

2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées dans le présent projet d'articles dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.

3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 dispose que chaque État doit établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées dans le présent projet d'articles dans certains cas, par exemple lorsque le crime se produit sur un territoire sous sa juridiction, a été commis par l'un de ses ressortissants ou lorsque l'auteur de l'infraction se trouve sur un territoire sous sa juridiction.

2) D'une manière générale, les instruments internationaux visent à encourager les États à établir en droit interne un éventail assez large de chefs de compétence pour saisir les crimes les plus graves de portée internationale, et priver leurs auteurs de tout sanctuaire. Ainsi, aux termes du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, « chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes » visés dans le projet de code, à l'exception de celui d'agression, « quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes »[377]. Une compétence aussi étendue s'imposait, la Commission ayant estimé que « l'application effective [dudit] code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour

être pénale, civile ou administrative. ») ; voir aussi Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5, par. 1 (« Chaque État Partie, conformément aux principes de son droit interne, prend les mesures nécessaires pour que la responsabilité d'une personne morale située sur son territoire ou constituée sous l'empire de sa législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée à l'article 2. Cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative »).

[376] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 26, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative »).

[377] *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. D, art. 8.

criminelle internationale »[378]. Dans le préambule du Statut de Rome de 1998, il est affirmé que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national », et plus encore « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

3) Ainsi, lorsqu'ils visent leur application en droit interne, les traités répressifs consacrent d'ordinaire une disposition à l'établissement d'une compétence nationale. C'est ainsi, par exemple, qu'un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé de rédiger un instrument international sur les disparitions forcées a conclu, à l'issue de ses discussions, que : « L'établissement d'une compétence la plus large possible au profit des juridictions pénales nationales en matière de disparition forcée paraît être une condition d'efficacité du futur instrument. »[379]. Toutefois, ces traités ne prescrivent généralement aux États parties d'exercer leur compétence que lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur leur territoire (voir le projet d'article 9 *infra*), ce qui ouvre la voie soit à des poursuites internes, soit à l'extradition de l'auteur présumé, ou encore à la remise de celui-ci à un autre État partie ou à une juridiction internationale compétente (voir le projet d'article 10 *infra*).

4) Évoquant la consécration d'une telle obligation dans les traités, en particulier dans la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit à l'occasion de l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* :

> L'obligation de l'État d'incriminer la torture et d'établir sa compétence pour en connaître trouve son équivalent dans les dispositions de nombreuses conventions internationales de lutte contre les crimes internationaux. Cette obligation, qui doit être mise en œuvre par l'État concerné dès qu'il est lié par la convention, a notamment un caractère préventif et dissuasif puisque, en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les États parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité. Ce caractère préventif est d'autant plus marqué que le nombre des États parties est élevé[380].

5) Des dispositions comparables à celles du projet d'article 7 existent dans de nombreux traités répressifs[381]. Même s'il n'existe pas encore de traité relatif aux crimes contre l'humanité, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont indiqué ce qui suit dans leur opinion individuelle en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* :

> La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises

[378] Ibid., par. 5) du commentaire de l'article 8.

[379] Commission des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2003/71), par. 65.

[380] Voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 451, par. 75.

[381] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 4 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 5, par. 1 a) et b) ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 3 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 5 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 12 ; Convention contre la torture, art. 5 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 10 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, art. IV ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 6 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 7 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 6, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 15 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9, par. 1 et 2 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VII, par. 1 à 3.

d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable[382].

6) Ainsi, en son paragraphe 1 a), le projet d'article 7 prescrit à l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise d'établir sa compétence à l'égard de celle-ci, compétence souvent dite « territoriale ». Au lieu de mentionner uniquement le « territoire » de l'État, la Commission a jugé approprié de viser tout territoire « sous sa juridiction », de façon à englober, comme c'est le cas au projet d'article 4, le territoire *de jure* de l'État, ainsi que celui placé sous sa juridiction. En outre, la compétence territoriale s'étend souvent aux infractions commises à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés dans l'État ; de fait, les États qui répriment les crimes contre l'humanité établissent d'ordinaire leur compétence à l'égard de tous actes commis à bord de tels navires ou aéronefs.

7) En son paragraphe 1 b), le projet d'article 7 prescrit à l'État dont l'auteur présumé de l'infraction est ressortissant d'établir sa compétence aux fins de connaître de cette infraction, cette compétence fondée sur la nationalité de l'auteur de l'infraction étant aussi appelée « compétence personnelle active ». En outre, selon le paragraphe 1 b), l'État peut, s'il le souhaite, établir sa compétence lorsque l'auteur est « un apatride qui réside habituellement sur son territoire ». Cette formulation est fondée sur celle de certaines dispositions de conventions existantes, comme le paragraphe 1 b) de l'article 5 de la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages.

8) En son paragraphe 1 c), le projet d'article 7 vise la compétence de l'État dont la victime de l'infraction est ressortissante, une compétence aussi appelée « compétence personnelle passive ». Étant donné que de nombreux États préfèrent ne pas exercer cette compétence, elle est facultative ; un État peut se déclarer compétent « s'il le juge approprié », mais il n'est pas tenu de le faire. Cette formulation est aussi fondée sur le libellé de dispositions d'un large éventail de conventions existantes.

9) En son paragraphe 2, le projet d'article 7 envisage l'hypothèse où, d'autres titres de compétence ne trouvant pas application, l'auteur présumé de l'infraction « se trouve » cependant sur un territoire relevant de la juridiction de l'État et où celui-ci n'extrade ou ne remet pas cette personne conformément au présent projet d'articles. En pareil cas, même si le crime n'a pas été commis sur son territoire et que ni l'auteur présumé ni les victimes ne sont ses ressortissants, l'État est néanmoins tenu d'établir sa compétence, dès lors que l'auteur présumé se trouve sur un territoire sous sa juridiction. L'intérêt de cette obligation est d'empêcher l'auteur présumé de l'infraction de tenter de trouver refuge dans un État sans lien quelconque avec l'infraction.

10) Le paragraphe 3 du projet d'article 7 indique clairement que si tout État a l'obligation d'établir certains types de compétence, cela n'exclut aucun autre chef de compétence prévu par le droit interne de l'État concerné. En effet, pour sauvegarder le droit de tout État partie d'aller au-delà des prescriptions conventionnelles lorsqu'il établit sa compétence nationale, et sans préjudice des règles de droit international applicables, les traités répressifs laissent généralement ouverte la possibilité qu'un État partie ait établi d'autres chefs de compétence juridictionnelle pour amener l'auteur présumé de telle ou telle infraction à en répondre[383]. Dans leur opinion individuelle commune en l'affaire du *Mandat*

[382] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra*, note 324), Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 51.

[383] Voir Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, projet de convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : texte révisé (A/AC.254/4/Rev.4), note 102, p. 20 ; voir aussi Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention pénale sur la Corruption*, *Série des traités européens*, n° 173, par. 83 (« La compétence repose traditionnellement sur la territorialité ou la nationalité. Or, en matière de corruption, ces principes ne sont pas toujours suffisants pour qu'un État puisse exercer sa compétence, par exemple lorsque l'infraction est commise hors du territoire d'une Partie contractante ou n'implique pas ses ressortissants, tout en affectant ses intérêts (par exemple, la sécurité nationale). Le paragraphe 4 de cet article autorise les Parties à établir, conformément à leur législation nationale, d'autres types de compétence. »).

d'arrêt, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, citant notamment une disposition analogue de la Convention contre la torture, ont déclaré ce qui suit :

> Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est « transférée » aux traités et tribunaux internationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas compétence en la matière. On a pris grand soin lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire[384].

11) L'établissement des différents types de compétence nationale prévus par le projet d'article 7 est important pour appuyer une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), telle qu'énoncée au projet d'article 10 *infra*. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le juge Guillaume a fait observer ce qui suit au sujet du « système » institué par les traités en question :

> Lorsque l'auteur de l'une des infractions couvertes par ces conventions est trouvé sur le territoire d'un État, ce dernier est dans l'obligation de l'arrêter, puis de l'extrader ou de le poursuivre. *Il doit avoir au préalable conféré compétence à ses tribunaux pour juger l'intéressé en l'absence d'extradition*. De la sorte est assurée une répression universelle des infractions en cause, leurs auteurs ne pouvant trouver refuge sur le territoire d'aucun État[385].

Article 8
Enquête

> Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 envisage l'hypothèse où il existe des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis sur un territoire relevant de la juridiction d'un État. Cet État est le mieux placé pour mener pareille enquête, afin de déterminer si effectivement des crimes ont été commis ou sont en voie de l'être et, dans l'affirmative, s'ils sont le fait de forces gouvernementales sous son contrôle, de forces sous le contrôle d'un autre État ou de membres d'une organisation non étatique. Cette enquête peut permettre à l'État non seulement d'identifier les auteurs présumés et de déterminer le lieu où ils se trouvent, mais aussi de prévenir la perpétuation ou la répétition des crimes en en décelant l'origine. Cette enquête est à distinguer de l'enquête préliminaire destinée à établir les faits concernant tel ou tel auteur présumé bien identifié qui se trouve dans un État, laquelle est visée ci-après au paragraphe 2 du projet d'article 9.

2) Une obligation analogue figure dans certains autres traités répressifs[386]. Par exemple, l'article 12 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose que « [t]out État partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction ». Cette obligation est différente de celle énoncée au paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention, qui impose à l'État partie de mener une enquête visant à établir les faits concernant tel ou tel auteur présumé bien identifié. Comme indiqué, l'article 12 exige que

---

384 *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra*, note 324), Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 51.

385 Ibid., Opinion individuelle de M. Guillaume, par. 9 (sans italiques dans l'original).

386 Voir, par exemple, Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 8 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12, par. 2 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011), Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 210, art. 55, par. 1.

l'enquête soit menée chaque fois qu'il y a « des motifs raisonnables de croire » que l'infraction a été commise, indépendamment de la question de savoir si les victimes ont officiellement porté plainte auprès des autorités de l'État[387]. En effet, comme il est probable que plus la pratique de la torture est systématique dans un État donné, moins elle suscitera de plaintes officielles, il peut y avoir violation de l'article 12 de la Convention contre la torture même en l'absence de toute plainte. Selon le Comité contre la torture, les autorités de l'État doivent « procéder immédiatement » à l'enquête chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture ou de mauvais traitement a été commis « sans que le motif du soupçon ait une importance particulière »[388].

3) Le Comité contre la torture a également conclu à des violations de l'article 12 lorsque l'enquête de l'État n'a pas été « immédiate et impartiale »[389]. L'exigence de diligence signifie que l'État doit ouvrir une enquête sur-le-champ ou sans retard dès qu'il suspecte qu'il y a eu crime. Dans la plupart des cas où le Comité a conclu à un défaut de diligence, il n'avait été procédé à aucune enquête ou l'enquête était intervenue bien tardivement. Ledit comité a ainsi considéré « qu'un [retard] de 15 mois [dans] l'ouverture d'une enquête sur des allégations de torture est abusivement long et n'est pas conforme aux dispositions de l'article 12 de la Convention »[390]. L'intérêt de cette exigence tient à ceci que les traces sur la personne de la victime permettant de prouver la torture peuvent disparaître rapidement et que la victime s'expose au risque d'être à nouveau torturée, ce que la célérité de l'enquête est susceptible de prévenir[391].

4) L'exigence d'impartialité signifie que l'État doit enquêter avec sérieux, efficacité et objectivité. Dans certains cas d'allégations de torture, le Comité contre la torture a recommandé que les enquêtes aient lieu « sous la surveillance de juges indépendants appartenant au pouvoir judiciaire »[392]. Dans d'autres cas, il a recommandé « [d]'interdire [formellement] à tout organisme d'État qui n'est pas habilité judiciairement pour ce faire de mener des enquêtes [en matière pénale] »[393]. Selon le Comité, une enquête impartiale suppose que l'on accorde le même poids aux déclarations à charge et à décharge et que l'on mette en œuvre tous les moyens d'investigation utiles, s'agissant par exemple de vérifier les dossiers officiels disponibles, d'entendre les fonctionnaires incriminés ou d'ordonner l'exhumation de corps[394].

5) On a néanmoins cru déceler une obligation implicite d'enquêter dans certains traités qui ne l'énoncent pas expressément. Par exemple, bien que le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques n'édicte pas expressément cette obligation, le Comité des droits de l'homme a affirmé plus d'une fois que les États devaient enquêter de bonne foi sur les violations du Pacte[395]. Des organismes régionaux de protection des droits de

---

387 Voir *Encarnación Blanco Abad c. Espagne*, communication nº 59/1996, 14 mai 1998, par. 8.2, dans le rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément nº 44* (A/53/44), annexe X, sect. A.3 ; *Danilo Dimitrijevic c. Serbie-et-Monténégro*, communication nº 172/2000, 16 novembre 2005, par. 7.3, ibid., *soixante et unième session, Supplément nº 44* (A/61/44), annexe VIII, sect. A.

388 Voir *Dhaou Belgacem Thabti c. Tunisie*, communication nº 187/2001, 14 novembre 2003, par. 10.4, ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/59/44), annexe VII, sect. A.

389 Voir, par exemple, *Bairamov c. Kazakhstan*, communication nº 497/2012, 14 mai 2014, par. 8.7 et 8.8, ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/69/44), annexe XIV.

390 *Qani Halimi-Nedzibi c. Autriche*, communication nº 8/1991, 18 novembre 1993, par. 13.5, ibid., *quarante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/49/44), annexe V.

391 *Encarnación Blanco Abad c. Espagne* (voir *supra*, note 387), par. 8.2.

392 Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/49/44), chap. IV, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Équateur, par. 97 à 105, au paragraphe 105.

393 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément nº 44* (A/56/44), chap. IV, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Guatemala, par. 67 à 76, au paragraphe 76 d).

394 Voir *Khaled Ben M'Barek c. Tunisie*, communication nº 60/1996, 10 novembre 1999, par. 11.9 et 11.10, ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément nº 44* (A/55/44), annexe VIII, sect. A.

395 Voir Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31, par. 15 ; voir aussi *Nazriev c. Tadjikistan*, communication nº 1044/2002, constatations adoptées le 17 mars 2006, par. 8.2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément nº 40* (A/61/40),

l'homme ont également interprété leurs textes juridiques comme consacrant une obligation tacite d'enquêter[396].

Article 9
Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée dans le présent projet d'articles assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État ; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 7. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 impose à l'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve de prendre certaines mesures préliminaires. Le paragraphe 1 prévoit que l'État doit placer l'intéressé en détention ou prendre toutes autres mesures juridiques conformes à sa législation qui sont nécessaires pour assurer sa présence, ces mesures ne pouvant toutefois être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise. L'adoption de pareilles mesures, étape courante des procédures pénales de droit interne, vise en particulier à empêcher l'auteur présumé de l'infraction de commettre d'autres crimes et de prendre la fuite.

2) En application du paragraphe 2, l'État est tenu de procéder immédiatement à une enquête préliminaire sur les faits. Les législations pénales internes prévoient généralement l'exécution d'enquêtes préliminaires, l'objectif étant de déterminer si une infraction pouvant entraîner l'exercice de l'action publique a été commise.

3) Le paragraphe 3 dispose que l'État avise immédiatement les États visés au paragraphe 1 de l'article 7 des mesures qu'il a prises et les informe de son intention d'engager ou non des poursuites. Cela permet à ces autres États de décider s'ils souhaitent exercer leur compétence et, le cas échéant, de présenter une demande d'extradition. Il se peut que l'État ne sache pas au juste quels autres États ont établi leur compétence (un État pouvant par exemple avoir établi sa compétence à titre facultatif à l'égard d'un apatride qui

vol. II, annexe V, sect. P ; *Kouidis c. Grèce*, communication n° 1070/2002, constatations adoptées le 28 mars 2006, par. 9, ibid., sect. T ; *Agabekov c. Ouzbékistan*, communication n° 1071/2002, constatations adoptées le 16 mars 2007, par. 7.2, ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 40* (A/62/40), vol. II, annexe VII, sect. I ; *Karimov c. Tadjikistan* et *Nursatov c. Tadjikistan*, communications n^os^ 1108/2002 et 1121/2002, constatations adoptées le 26 mars 2007, par. 7.2, ibid., sect. H.

396 Voir, par exemple, *Ergi c. Turquie*, arrêt, 28 juillet 1998, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions 1998-IV*, par. 82, 85 et 86 ; *Bati et autres c. Turquie*, requêtes n^os^ 33097/96 et 57834/00, arrêt définitif du 3 septembre 2004, sect. I, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2004-IV, par. 133 ; *Paniagua Morales et al. v. Guatemala*, arrêt du 8 mars 1998, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 37 ; *Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons v. Peru*, rapport n° 101/01, 11 octobre 2001, Commission interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., p. 563.

a sa résidence habituelle sur son territoire), auquel cas la possibilité de s'acquitter de l'obligation peut dépendre des circonstances.

4) L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont tous deux reconnu l'importance de telles mesures préliminaires dans le contexte des crimes contre l'humanité. L'Assemblée générale a ainsi demandé à « tous les États que cela concern[ait] d'adopter les mesures nécessaires en vue d'une instruction vigoureuse des […] crimes contre l'humanité […] et en vue du dépistage, de l'arrestation, de l'extradition et du châtiment de tous les […] individus coupables de crimes contre l'humanité qui n'[avaient] pas encore répondu de leurs méfaits devant la justice et n'[avaient] pas subi leur châtiment »[397]. Dans le même ordre d'idée, elle a déclaré que « le refus de la part d'un État de coopérer en vue de l'arrestation, de l'extradition, du jugement et du châtiment d'individus coupables de [...] crimes contre l'humanité [était] contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes généralement reconnues du droit international »[398]. Le Conseil de sécurité a souligné que « les États [étaient] tenus de se conformer aux obligations qui leur incombent en matière de lutte contre l'impunité et de prendre des mesures concrètes pour asseoir le principe de responsabilité en menant des enquêtes approfondies et en poursuivant les auteurs de [...] crimes contre l'humanité et d'autres violations graves du droit international humanitaire afin de prévenir les violations, d'éviter qu'elles ne se reproduisent et de promouvoir une paix durable, la justice, la vérité et la réconciliation »[399].

5) Les traités relatifs à la criminalité contiennent généralement des dispositions prévoyant l'adoption de ce type de mesures préliminaires[400], tel l'article 6 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[401]. Ayant examiné, notamment, le contenu de cet article, la Cour internationale de Justice a expliqué que « l'introduction en droit interne de la législation appropriée [...] permettrait à l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect de procéder immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits [...], étape nécessaire pour que cet État puisse, en connaissance de cause, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale [...] »[402]. La Cour a estimé que l'enquête préliminaire était destinée, comme toute enquête menée par les autorités compétentes, à corroborer ou non les soupçons qui pesaient sur l'intéressé. Il revenait à ces autorités d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve, « qu'il s'agisse de documents ou de témoignages se rapportant aux événements en cause et à l'implication éventuelle du suspect dans le contexte en question »[403]. La Cour a en outre fait observer que « le choix des moyens, pour mener l'enquête, rest[ait] entre les mains des États parties », mais que « des mesures [devaient être] prises aussitôt que le suspect [était] identifié sur le territoire de l'État, afin de conduire une enquête au sujet de ladite affaire »[404]. De plus, l'objet de telles mesures préliminaires était de « permettre l'engagement de poursuites contre le suspect, à défaut d'extradition, et la réalisation de l'objet et du but de la Convention, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes »[405].

---

397 Résolution 2583 (XXIV) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1969, concernant le châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité, par. 1.

398 Résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale du 18 décembre 1971, concernant le châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité, par. 4.

399 Résolution 1894 (2009) du Conseil de sécurité du 11 novembre 2009, par. 10.

400 Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 6 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 6 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 6 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 8 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII.

401 Convention contre la torture, art. 6.

402 *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (voir *supra*, note 380), p. 450, par. 72.

403 Ibid., p. 453, par. 83.

404 Ibid., p. 454, par. 86.

405 Ibid., p. 451, par. 74.

Article 10
Aut dedere aut judicare

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 fait obligation à l'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve de poursuivre l'intéressé devant une juridiction interne ou, à défaut, de l'extrader ou de le remettre à un autre État ou à un tribunal pénal international compétent qui est disposé à le juger et a les moyens de le faire. Cette obligation, communément appelée « principe *aut dedere aut judicare* », a récemment fait l'objet d'un examen par la Commission[406] et est consacrée par de nombreux traités multilatéraux relatifs à la répression de la criminalité[407]. De crainte qu'une traduction littérale ne rende pas fidèlement le sens de l'expression *aut dedere aut judicare*, la Commission a décidé de retenir celle-ci telle quelle dans le titre du projet d'article, d'autant qu'elle est couramment employée lorsqu'il est fait référence à l'obligation qu'elle recouvre.

2) Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, qui définit les crimes contre l'humanité en son article 18, dispose en son article 9 que « [s]ans 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, 18, 19 ou 20 est découvert extrade ou poursuit ce dernier »[408].

3) La plupart des traités multilatéraux consacrant cette obligation[409] reprennent une formulation communément appelée « formule de La Haye », qui trouve son origine dans la

406 Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), chap. VI.

407 « 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*)" », étude du Secrétariat (A/CN.4/630).

408 *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), chap. II, sect. D (art. 9) ; voir aussi la résolution 2005/81 de la Commission des droits de l'homme sur l'impunité, par. 2 (où il est dit que la Commission « estime que les États doivent poursuivre ou extrader les auteurs ainsi que leurs complices de crimes internationaux comme […] les crimes contre l'humanité, […] conformément à leurs obligations internationales afin de les traduire en justice, et prie instamment tous les États de prendre des mesures concrètes pour s'acquitter de ces obligations »).

409 Voir Organisation des États américains (OEA), Convention 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 (Washington, 2 février 1971), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, nº 24371, p. 195, art. 5 ; Organisation de l'unité africaine, Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Libreville, 3 juillet 1977), ibid., vol. 1490, nº 25573, p. 89, art. 8 et 9, par. 2 et 3 ; Convention européenne pour la répression du terrorisme, art. 7 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 14 ; Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR), Convention régionale sur la répression du terrorisme (Katmandou, 4 novembre 1987), dans *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international*, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2 (New York, 2008), p. 174 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. 6 ; Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs (Mexico, 18 mars 1994), OEA, *Recueil des Traités*, nº 79, art. 9 ; Convention interaméricaine contre la corruption, art. 13, par. 6 ; Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes (Washington, 14 novembre 1997), art. 19, par. 6 ; Ligue des États arabes, Convention arabe sur la répression du terrorisme (Le Caire, 22 avril 1998), dans *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international*, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2 (New York, 2008), p. 178 ; Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption, art. 27, par. 5 ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye en 1970[410] et conformément à laquelle l'État est tenu d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction dès lors que celui-ci se trouve sur son territoire, et ce, qu'un autre État partie ait ou non demandé son extradition. Si elle est couramment dite « d'extrader ou de "poursuivre" », l'obligation consiste en réalité pour l'État à « soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale », c'est-à-dire à saisir le ministère public, à charge pour celui-ci d'apprécier l'opportunité d'engager des poursuites. On retiendra en particulier que si les autorités compétentes estiment qu'il n'existe pas d'indices suffisants de culpabilité, il n'y a pas lieu d'inculper, de juger ni de punir le suspect[411]. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la formule consacre « [l']obligation de répression, [la possibilité] d'extradition, [l']obligation de transmission du dossier au ministère public et [la possibilité] de poursuites »[412].

4) Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Questions relatives à l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour internationale de Justice s'est intéressée à la formule de La Haye au regard de l'article 7 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et a dit ce qui suit :

> « 90. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention, le paragraphe 1 de l'article 7 s'inspire d'une disposition similaire contenue dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970. L'obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (ci-après l'"obligation de poursuivre") a été conçue de manière à laisser à celles-ci le soin de décider s'il y a lieu ou non d'engager des poursuites, dans le respect de l'indépendance du système judiciaire respectif des États parties. Les deux Conventions précitées soulignent d'ailleurs 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 (art. 7, par. 2, de la Convention contre la torture, et art. 7 de la Convention de La Haye de 1970). Il en découle que les autorités compétentes saisies gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves à leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale.
>
> 91. L'obligation de poursuivre prévue au paragraphe 1 de l'article 7 est normalement mise en œuvre, dans le contexte de la Convention contre la torture, après que l'État s'est acquitté des autres obligations prévues dans les articles précédents, qui lui imposent d'adopter une législation adéquate pour incriminer la torture, de conférer à ses tribunaux une compétence universelle en la matière et d'effectuer une enquête pour établir les faits. 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 […]
>
> […]

(Ouagadougou, 1er juillet 1999), annexe à la résolution 59/26-P, art. 6 ; Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001), *Série des traités européens*, nº 185, art. 24, par. 6 ; Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, art. 15, par. 6 ; Conseil de l'Europe, Convention pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005), *Série des traités du Conseil de l'Europe*, nº 196, art. 18 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, 16 mai 2005), *Série des traités du Conseil de l'Europe*, nº 197, art. 31, par. 3 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. XIII, par. 1.

410 Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 7.

411 « 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*)" », étude du Secrétariat (A/CN.4/630), p. 74 et 75.

412 Déclaration du Président, Gilbert Guillaume (France), Organisation de l'aviation civile internationale, *Comité juridique, dix-septième session, Montréal, 9 février-11 mars 1970, Procès-verbaux et documents relatifs à la capture illicite d'aéronefs* (Montréal, 1970), 30e séance (3 mars 1970) (document 8877-LC/161), par. 15.

94. La Cour considère que le paragraphe 1 de l'article 7 impose à l'État concerné l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect. C'est pour cela que le paragraphe 2 de l'article 6 oblige l'État à procéder immédiatement à une enquête préliminaire, aussitôt que le suspect se trouve sur son territoire. L'obligation de saisine des autorités compétentes, en vertu du paragraphe 1 de l'article 7, peut déboucher ou non sur l'engagement de poursuites en fonction de l'appréciation par celles-ci des éléments de preuve à leur disposition, relatifs aux charges qui pèsent sur le suspect.

95. En revanche, si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la Convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition. Il en résulte que le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites, en vertu de la Convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. En effet, 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.

[…]

114. Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention ne contient aucune indication quant aux délais d'exécution de l'obligation qu'il prévoit, mais le texte implique nécessairement que celle-ci doit s'appliquer dans un délai raisonnable, de façon compatible avec l'objet et le but de la Convention.

115. La Cour considère que l'obligation de l'État de poursuivre, prévue au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, est destinée à permettre la réalisation de l'objet et du but de celle-ci, qui est "d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture" (préambule de la Convention). C'est pour cela que les poursuites doivent être engagées sans retard.

[…]

120. Ces dispositions conventionnelles visent à éviter l'impunité des auteurs présumés d'actes de torture, en faisant en sorte qu'ils ne puissent pas trouver refuge auprès de l'un quelconque des États parties. L'État sur le territoire duquel se trouve le suspect a certes la possibilité d'extrader ce dernier vers un pays qui en a fait la demande, mais à condition que ce soit vers l'un des États prévus à l'article 5 de la Convention, qui est compétent, à un titre ou à un autre, pour le poursuivre et le juger. »[413].

5) La Cour a en outre estimé que ne pouvaient venir justifier le manquement à ces obligations ni les difficultés financières rencontrées par l'État[414], ni la saisine d'une organisation régionale[415], ni des problèmes d'applicabilité au regard du droit interne de l'État[416].

6) Il ressort de la première phrase du projet d'article 10 que l'État peut s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en extradant ou en remettant le suspect soit à un autre État, soit à une juridiction pénale internationale compétente. Cette troisième option est apparue avec la création de la Cour pénale internationale et d'autres juridictions pénales internationales[417]. Bien que l'« extradition » soit généralement associée au renvoi devant les autorités d'un État et la « remise » au renvoi devant un tribunal pénal international compétent, le projet d'article est libellé de manière à ne pas ainsi restreindre l'emploi de ces expressions. Sachant que la terminologie du droit pénal varie d'un État à l'autre et entre les

[413] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra*, note 380), p. 454 à 461, par. 90, 91, 94, 95, 114, 115 et 120.

[414] Ibid., p. 460, par. 112.

[415] Ibid.

[416] Ibid., par. 113.

[417] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), chap. VI, sect. C (rapport final sur le sujet), par. 35), p. 161 et 162.

instruments internationaux[418], la Commission a préféré retenir une formulation couvrant toutes les situations. De surcroît, si elle a envisagé de signaler que l'État devait avoir reconnu la compétence de la juridiction pénale internationale de renvoi[419], elle a néanmoins estimé que pareille précision n'était pas nécessaire.

7) La deuxième phrase du projet d'article prévoit que, lorsque l'État soumet l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale, celles-ci « prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État ». La plupart des traités reprenant la formule de La Haye contiennent une disposition de ce type, l'objectif étant de garantir le respect des procédures et des règles de la preuve habituellement applicables en cas d'infraction grave.

8) Il se peut que l'obligation faite à l'État de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes soit incompatible avec la capacité de celui-ci de prendre des mesures d'amnistie, c'est-à-dire des mesures juridiques ayant pour effet de proscrire la mise en mouvement de l'action publique à l'égard de certaines personnes (ou catégories de personnes) pour un comportement criminel donné préalable à l'adoption de l'amnistie ou de supprimer rétroactivement la responsabilité en droit établie antérieurement[420]. L'amnistie peut être prévue par la Constitution ou par la loi de l'État dans lequel une infraction a été commise ou être prononcée dans le cadre d'un accord de paix visant à mettre fin à un conflit armé. Elle peut revêtir un caractère général ou être subordonnée à certaines conditions, comme le désarmement d'un groupe d'acteurs non étatiques ou la volonté de l'auteur présumé d'admettre publiquement les crimes commis ou de présenter des excuses aux victimes ou à leur famille.

9) En ce qui concerne la justice pénale internationale, la possibilité d'introduire une disposition relative à l'amnistie dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998) a été envisagée au moment de la négociation du texte, mais a finalement été écartée. L'amnistie n'est pas non plus mentionnée dans les statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, lequel a néanmoins jugé qu'une loi autorisant l'amnistie pour des crimes de torture « ne serai[t] pas reconnue […] par la communauté internationale[421] ». Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[422] et les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[423] sont dotés de statuts prévoyant que l'amnistie accordée conformément à la législation interne est sans effet sur leur compétence. De surcroît, ils ont estimé qu'il existait, l'un une « norme internationale en voie de cristallisation »[424], l'autre un « consensus émergent »[425], selon

[418] Voir, par exemple, Union européenne, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 190, 18 juillet 2002, p. 1. Aux termes de l'article premier de la Décision-cadre, « Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la *remise* par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. » (sans italiques dans l'original).

[419] Voir Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11, par. 1.

[420] Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (2009), HR/PUB/09/1, p. 5.

[421] Voir *Le Procureur c. Furundžija* (note 271 *supra*), par. 155.

[422] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 10 (« Une amnistie accordée à une personne qui relève de la juridiction du Tribunal spécial en ce qui concerne les crimes visés aux articles 2 à 4 du présent statut n'interdit pas les poursuites judiciaires. »).

[423] Accord relatif aux chambres extraordinaires du Cambodge, art. 40 (« Le Gouvernement royal du Cambodge ne peut demander ni amnistie ni grâce en faveur de quiconque est passible de poursuites ou condamné pour les crimes énumérés aux articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi. Le champ d'application des amnisties ou des grâces qui ont pu être accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi relève de la compétence des chambres extraordinaires. »).

[424] Voir *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, affaires nºs SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), 13 mars 2004, par. 66 à 74 et 82 à 84.

[425] Voir *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (*Ne Bis In Idem *and Amnesty and Pardon)*, affaire nº 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision du 3 novembre 2011, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance, par. 40 à 53.

lesquels les amnisties, en particulier les amnisties générales, sont interdites pour les crimes internationaux graves en raison de l'obligation d'enquêter sur ces crimes et d'en poursuivre et punir les auteurs.

10) Pour ce qui est de la justice nationale, les traités relatifs à des crimes de droit interne récemment conclus, y compris ceux portant sur des crimes graves, n'interdisent pas expressément l'amnistie. Ainsi, la *Convention* internationale de 2006 pour la *protection* de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dans laquelle il avait initialement été envisagé de faire figurer une disposition sur l'amnistie, est en fin de compte muette à ce sujet[426]. Cela étant, des organes et tribunaux régionaux compétents en matière de droits de l'homme, dont la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ont jugé que les amnisties étaient illicites et ne dégageaient pas les auteurs de crimes visés par les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme de leur responsabilité[427]. Certains organes conventionnels ont interprété les traités dont ils sont chargés de surveiller l'application comme faisant interdiction aux États parties d'adopter, d'appliquer ou de maintenir des lois d'amnistie[428]. De surcroît, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies a estimé qu'aucune disposition autorisant l'amnistie pour des actes de génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des violations graves des droits de l'homme ne devait être approuvée ni tolérée dans les accords de paix conclus sous les auspices de l'Organisation[429]. Depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome de 1998,

[426] Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 73 à 80.

[427] Voir, par exemple, *Barrios Altos v. Peru*, arrêt du 14 mars 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 75, par. 41 à 44 ; *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, arrêt du 26 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 154, par. 114 ; *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, communication nº 245/02, décision du 15 mai 2006, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par. 211 et 212. La Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée plus circonspecte, constatant que « le droit international tend[ait] de plus en plus » à considérer les amnisties pour des violations graves des droits de l'homme comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue qu'ont les États de poursuivre et de punir les auteurs de ce type de violations. Voir *Marguš c. Croatie*, requête nº 4455/10, arrêt du 27 mai 2014, Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, par. 139.

[428] Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, observation générale nº 20, par. 15 ; Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31, par. 18 ; Comité des droits de l'homme, *Hugo Rodríguez c. Uruguay*, communication nº 322/1988, constatations adoptées le 19 juillet 1994, par. 12.4. Le Comité contre la torture a estimé que les amnisties pour des actes de torture étaient incompatibles avec les obligations incombant aux États parties à la Convention contre la torture. Voir, par exemple, observation générale nº 3 (2012), sur l'application de l'article 14, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément nº 44* (A/68/44), annexe X, par. 41. De surcroît, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a recommandé que les États parties veillent à ce que les règles de fond des mécanismes de justice transitionnelle garantissent aux femmes l'accès à la justice, notamment en interdisant l'amnistie pour les violences sexistes. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale nº 30 (2013), sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après-conflit, ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 38* (A/69/38), chap. VII, par. 44, et CEDAW/C/GC/30, par. 81 b).

[429] Voir, par exemple, le rapport du Secrétaire général sur l'état de droit et la justice transitionnelle dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit (23 août 2004), document S/2004/616, par. 10, 32 et 64 c). Ce principe a été posé pour la première fois lorsque le Représentant spécial du Secrétaire général pour la Sierra Leone a assorti sa signature de l'accord de paix conclu en 1999 entre le Gouvernement sierra-léonais et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone d'une déclaration selon laquelle « les dispositions concernant l'amnistie figurant à l'article IX de l'[a]ccord ("pardon absolu") ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire ». Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone, document S/2010/915, par. 23. Voir aussi Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (2009), HR/PUB/09/1, p. 11 (« Selon différentes sources de droit international et en vertu de la politique des Nations Unies en matière d'amnistie, est illicite l'amnistie qui : a) [e]mpêche la poursuite d'individus qui peuvent être pénalement responsables de crimes de guerre, d'actes de génocide, de crimes contre l'humanité

plusieurs États ont adopté des lois nationales interdisant l'amnistie et d'autres mesures semblables pour les crimes contre l'humanité[430].

11) Aux fins du présent projet d'articles, on retiendra que l'amnistie adoptée par un État n'empêcherait pas un autre État concurremment compétent pour connaître du crime commis d'engager des poursuites contre l'auteur présumé[431]. Pour déterminer la licéité de l'amnistie au regard de la législation de l'État qui l'a prononcée, il faudrait tenir compte, notamment, de l'obligation que le présent projet d'articles fait aux États d'incriminer les crimes contre l'humanité, de respecter le principe *aut dedere aut judicare* et de s'acquitter de ses obligations au regard des victimes et d'autres personnes.

Article 11
Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions visées dans le présent projet d'articles jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

a) De communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits ;

b) De recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États ; et

c) D'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

Commentaire

1) Le projet d'article 11 porte précisément sur l'obligation de l'État de garantir à l'auteur présumé qui se trouve sur un territoire relevant de sa juridiction un traitement équitable, y compris un procès équitable et la pleine protection de ses droits. Ce projet

ou de violations flagrantes des droits de l'homme, y compris dans les cas où ces violations sont fondées sur des motivations sexistes ; b) [p]orte atteinte au droit des victimes à un recours utile, y compris à réparation ; ou c) [r]estreint le droit des victimes et des associations de connaître la vérité sur les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Par ailleurs, les amnisties qui cherchent à restaurer les droits de l'homme doivent être conçues de manière à ne pas limiter les droits rétablis ou, à certains égards, à ne pas perpétuer les violations initiales. ») ; Rapport du Rapporteur spécial sur la torture *e*t autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, document A/56/156, par. 33.

[430] Voir, par exemple, Argentine, loi nº 27.156, 31 juillet 2015, art. 1 ; Burkina Faso, loi nº 052/2009 portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabé, art. 14 ; Burundi, loi nº 1/05 du 22 avril 2009, Code pénal du Burundi, art. 171 ; République centrafricaine, loi nº 08-020 portant amnistie générale à l'endroit des personnalités, des militaires, des éléments et responsables civils des groupes rebelles, 13 octobre 2008, art. 2 ; Colombie, Accord de paix, 24 novembre 2016, art. 40 ; Comores, loi nº 011-022 du 13 décembre 2011 portant mise en œuvre du Statut de Rome, art. 14 ; République démocratique du Congo, loi nº 014/006 du 11 février 2014 portant amnistie pour faits insurrectionnels, faits de guerre et infractions politiques, art. 4 ; Panama, Code pénal, art. 115, par. 3 ; Uruguay, loi nº 18.026, 4 octobre 2006, art. 8.

[431] Voir, par exemple, *Ould Dah c. France*, requête nº 13113/03, décision sur la recevabilité du 17 mars 2009, Cour européenne des droits de l'homme, cinquième section, CEDH 2009, par. 49.

d'article reconnaît en outre le droit de l'auteur présumé incarcéré ou en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité de communiquer avec un représentant de ce dernier État.

2) Dans tous États la loi organise, à des degrés divers, des garanties ou protections en faveur de quiconque est l'objet d'enquête, de détention, de jugement et de sanction du chef de toute infraction pénale. Ces garanties et protections qui peuvent être consacrées par la Constitution, un texte de loi, un règlement administratif ou la jurisprudence, peuvent en outre résulter d'une codification détaillée, ou d'une énonciation générale prescrivant le « traitement équitable », le « respect des droits de la défense ou de la légalité », des « garanties judiciaires » ou « l'égale protection de la loi ». Ces garanties et protections sont éminemment importantes, le but étant d'empêcher l'État d'exercer irrégulièrement l'extraordinaire pouvoir de sa justice pénale contre tout suspect, en sauvegardant notamment la faculté qui appartient à ce dernier de contester toutes allégations portées contre lui par le ministère public devant un tribunal indépendant (pourvoyant ainsi à l'« égalité des armes »).

3) Désormais, d'importantes protections sont également bien reconnues en droit pénal international et en droit international des droits de l'homme. Dans leur énonciation la plus générale, elles sont consacrées par les articles 10 et 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[432], des normes plus précises liant les États étant énoncées à l'article 14 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques. En règle générale, les instruments qui fixent les règles applicables par les juridictions internationales s'efforcent de préciser les règles énoncées à l'article 14 du Pacte, tandis que les traités relatifs au droit interne posent un principe général censé reconnaître et englober les règles mêmes de l'article 14 et celles d'autres instruments pertinents « à tous les stades » de la procédure concernant l'auteur présumé[433].

4) Ces traités relatifs au droit interne ne précisent pas le sens de la notion de « traitement équitable », mais l'on considère que l'expression englobe les droits qui appartiennent en propre à l'accusé tels ceux qu'il tire de l'article 14 du Pacte. Ainsi, en rédigeant l'article 8 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques, la Commission a affirmé que l'expression « traitement équitable à tous les stades de la procédure » était « censée englober toutes les garanties généralement accordées à une personne détenue ou accusée », et qu'« un exemple de garanties de ce genre figurait à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »[434]. La Commission a en outre ajouté qu' « en raison de son caractère général, l'expression "traitement équitable" [avait] été préférée à des expressions plus usuelles telles

---

[432] Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 1948, art. 10 et 11.

[433] Voir, par exemple, Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 9 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 8, par. 2 ; Convention contre la torture, art. 7, par. 3 ; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, nº 29004, p. 201, art. 10, par. 2 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 40, par. 2 b) ; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989), ibid., vol. 2163, nº 37789, p. 75, art. 11 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 14 ; deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2253, nº 3511, art. 17, par. 2 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 17 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 13 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 14 ; Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, art. 12 (New York, 13 avril 2005), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2445, nº 44004, p. 89 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11, par. 3 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. 8, par. 1.

[434] *Annuaire ... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, chap. III, sect. B (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), commentaire de l'article 8, p. 320.

que “droits de la défense”, “procédure équitable” ou “procès équitable” qui pourraient être interprétées dans un sens strictement technique »[435]. Enfin, elle a également précisé que la formulation « tous les stades de la procédure » était « destinée à sauvegarder les droits de l'auteur présumé de l'infraction à partir du moment où il est découvert et où des mesures sont prises pour que sa présence soit assurée jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne sur l'affaire »[436].

5) Bien que l'expression « traitement équitable » recouvre la notion de « procès équitable », nombre de traités font expressément mention de cette notion pour en souligner l'importance. Le Comité des droits de l'homme a ainsi estimé que le droit à un procès équitable était « un élément clef de la protection des droits de l'homme » et « un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit »[437]. C'est pourquoi le paragraphe 1 du projet d'article 11 garantit « un traitement équitable », « y compris [un] procès équitable ».

6) Outre le droit à un traitement équitable, l'auteur présumé a droit au plus haut degré de protection de ses droits, que ceux-ci découlent du droit interne ou du droit international applicable, y compris le droit des droits de l'homme. Ces droits sont énoncés dans les Constitutions, lois ou règlements relevant des systèmes juridiques nationaux des États. Au plan international, ils sont consacrés par les traités relatifs aux droits de l'homme de portée mondiale ou régionale[438] ou d'autres instruments applicables[439]. De même, le paragraphe 1 de l'article 11 reconnaît que l'État est tenu de garantir la pleine protection des droits que l'auteur présumé « tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme ».

7) Le paragraphe 2 du projet d'article 11 a trait aux obligations de l'État à l'égard de l'auteur présumé qui n'a pas sa nationalité et qui est « incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention » sur son territoire. Ce membre de phrase doit être compris comme englobant toutes les situations dans lesquelles l'État limite la possibilité pour la personne de communiquer librement avec un représentant de son État de nationalité ou de recevoir la visite d'un tel représentant. Dans de telles situations, l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve l'auteur présumé est tenu d'autoriser ce dernier à communiquer sans retard avec le représentant qualifié le plus proche de l'État ou des États dont il a la nationalité ou de l'État ou des États autrement habilités à protéger ses droits. De plus, l'auteur présumé a le droit de recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États. Enfin, il a le droit d'être informé sans retard de ces droits. Le paragraphe 2 garantit également ces droits aux apatrides, exigeant que ceux-ci aient le droit de communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État qui, à leur demande, est disposé à protéger leurs droits, et de recevoir la visite de ce représentant.

8) Ces droits sont énoncés plus en détail au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires[440], qui confère des droits à la personne détenue et à son État de nationalité[441], et par le droit international coutumier.

---

435 Ibid.

436 Ibid.

437 Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (2007) sur l'article 14 (Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et droit à un procès équitable), par. 2 et par. 18 à 28, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40* (A/62/40), annexe VI.

438 Voir, par exemple, Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 8 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 6.

439 Voir, par exemple, Déclaration universelle des droits de l'homme ; Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme (Bogota, 2 mai 1948), adoptée par la neuvième Conférence internationale des États américains ; Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam, résolution 49/19-P de l'Organisation de coopération islamique, annexe ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 364, 18 décembre 2000, p. 1.

440 Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261, art. 36, par. 1.

441 *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, à la page 492, par. 74 (« Le paragraphe 1 de l'article 36 institue un régime dont les divers éléments sont interdépendants et qui est conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire. »)

En règle générale, les traités répressifs récents ne sont pas aussi détaillés et se bornent, comme le paragraphe 2 de l'article 11, à réaffirmer le droit de l'auteur présumé de communiquer avec un représentant de son État de nationalité (ou, si l'auteur présumé est apatride, de l'État où il réside habituellement ou qui est autrement disposé à protéger ses droits) et de recevoir sa visite[442].

9) Le paragraphe 3 du projet d'article 11 dispose que les droits visés au paragraphe 2 doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, pour autant que ces lois et règlements ne font pas obstacle à la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés. Ces lois et règlements peuvent porter, par exemple, sur le pouvoir d'un magistrat instructeur de restreindre les communications pour protéger les victimes et les témoins, ou sur les conditions générales du droit de visite dans les lieux de détention. On trouve une disposition comparable au paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires[443] et dans de nombreux traités répressifs[444]. Sur cette disposition, la Commission a donné les explications suivantes dans le commentaire de ce qui est devenu la Convention de Vienne de 1963 :

> « 5) Tous les droits qui viennent d'être mentionnés s'exercent conformément aux lois et règlements de l'État de résidence. C'est ainsi que les visites aux personnes détenues ou incarcérées seront autorisées conformément aux dispositions des codes de procédure pénale et des règlements concernant le régime pénitentiaire. Les codes de procédure pénale subordonnent en règle générale la visite que l'on veut faire à une personne détenue, contre laquelle une instruction criminelle ou un procès criminel est en cours, à l'autorisation du juge d'instruction qui aura à décider selon les besoins de l'instruction. Dans le cas précité, le fonctionnaire consulaire doit demander la permission du juge d'instruction. S'il s'agit d'une personne incarcérée en exécution d'un jugement, le règlement pénitentiaire régissant les visites qui peuvent être rendues aux personnes détenues s'applique également aux visites que le fonctionnaire consulaire voudrait rendre à une personne incarcérée qui est ressortissante de l'État d'envoi.
>
> […]
>
> 7) Si les droits prévus au présent article doivent s'exercer conformément aux lois et règlements de l'État de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s'agit. »[445].

10) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a jugé que les « droits » visés au paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations

et, à la page 494, par. 77 (« Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels. »).

[442] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 6 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 6, par. 3 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 6, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 6, par. 3 ; Convention contre la torture, art. 6, par. 3 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 17, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7, par. 3 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9, par. 3 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7, par. 3 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 3 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII, par. 4.

[443] Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 36, par. 2.

[444] Voir, par exemple, Convention internationale contre la prise d'otages, art. 4 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7, par. 4 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9, par. 4 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7, par. 4 ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII, par. 5.

[445] *Annuaire … 1961*, vol. II, document A/4843, projet d'articles sur les relations consulaires et commentaire, commentaire de l'article 36, par. 5) et 7).

consulaires « désign[aient] non seulement les droits de 1'État d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues »[446].

Article 12
Victimes, témoins et autres personnes

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

a) Assurer à quiconque allègue que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis le droit de porter plainte devant les autorités compétentes ; et

b) Veiller à ce que les plaignants, les victimes, les témoins, ainsi que leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou une autre procédure relevant du champ d'application des présents projets d'article soient protégés contre les mauvais traitements ou intimidations en raison de toute plainte déposée, de toute communication d'informations, de tout témoignage ou de toute déposition faite. Les mesures de protection sont sans préjudice des droits de l'auteur présumé de l'infraction visés au projet d'article 11.

2. Chaque État fait en sorte, en conformité avec son droit interne, que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits visés au projet d'article 11.

3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation des dommages matériels et moraux subis, à titre individuel ou collectif, consistant, le cas échéant, en une ou plusieurs des formes suivantes ou tout autre forme : restitution ; indemnisation ; satisfaction ; réadaptation ; cessation et garanties de non-répétition.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 traite des droits des victimes, témoins et autres personnes touchées par la commission d'un crime contre l'humanité.

2) Nombre de traités portant sur des infractions de droit interne antérieurs aux années 1980 sont muets au sujet des victimes et des témoins[447] et même les traités de portée universelle visant à lutter contre le terrorisme postérieurs aux années 1980 n'abordent pas non plus, pour la plupart, les droits des victimes et des témoins[448]. Depuis les années 1980, cependant, de nombreux traités portant sur des infractions contiennent des dispositions similaires à celles figurant dans le projet d'article 12[449], parmi lesquels des traités visant des

[446] *LaGrand* (voir *supra*, note 441), p. 497, par. 89.

[447] Voir, par exemple, Convention contre le génocide ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, nº 12325 (La Haye, 16 décembre 1970), p. 105 ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, nº 14861 (New York, 30 novembre 1973), p. 248 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, nº 15410, p. 167 ; Convention internationale contre la prise d'otages, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, nº 21931, p. 205 (New York, 17 décembre 1979).

[448] Voir, par exemple, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, nº 37517, p. 256 ; Convention de l'OUA (Organisation de l'Unité africaine) sur la prévention du terrorisme et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2219, nº 39464, p. 179 ; Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ; Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la lutte contre le terrorisme.

[449] Voir, par exemple, Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24 et 25 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32 et 33.

actes pouvant constituer des crimes contre l'humanité dans certaines circonstances, comme la torture ou la disparition forcée[450]. Les statuts de certaines juridictions internationales compétentes pour connaître des crimes contre l'humanité, comme le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998[451], traitent des droits des victimes et des témoins, et l'Assemblée générale des Nations Unies a donné des orientations aux États au sujet des droits des victimes de crimes, y compris de crimes contre l'humanité[452].

3) La plupart des traités s'intéressant aux droits des victimes dans le droit interne ne définissent pas le terme « victime »[453], autorisant les États appliquer le droit et la pratique internes existants[454]. La pratique associée à ces traités et au droit international coutumier, en revanche, peut renseigner sur la façon dont le terme peut être interprété. Par exemple, si la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 ne définit pas ce qu'elle entend à l'article 14 par « victime », le Comité contre la torture a précisé le sens de ce terme[455]. Au niveau régional, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 dispose qu'une requête peut être introduite par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers » qui affirme être « victime » d'une violation de la Convention[456]. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ces « victimes » pouvaient subir un préjudice directement ou indirectement[457] et que les

[450] Voir, par exemple, Convention contre la torture, art. 13 et 14 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12 et 24.

[451] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68 ; Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, dans *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002* (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), chap. 4, sect. III.1, règle 86 (ci-après « Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale »). En ce qui concerne les autres tribunaux, voir : Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 22 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 21 ; Accord sur les Chambres extraordinaires au Cambodge, art. 33 ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 16 ; Statut du Tribunal spécial pour le Liban, art. 12.

[452] Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, résolution 40/34 de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1985, annexe ; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, résolution 60/147 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2005, annexe.

[453] Font exception, entre autres : la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 24, par. 1 (« Aux fins de la présente Convention, on entend par "victime" la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée. ») ; la Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 1er août 2010), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2688, no 47713, p. 39, art. 2, par. 1 (« On entend par "victimes d'armes à sous-munitions" toutes les personnes qui ont été tuées ou ont subi un préjudice corporel ou psychologique, une perte matérielle, une marginalisation sociale ou une atteinte substantielle à la jouissance de leurs droits suite à l'emploi d'armes à sous-munitions ; les victimes d'armes à sous-munitions englobent les personnes directement touchées par les armes à sous-munitions ainsi que leur famille et leur communauté affectées. »).

[454] Voir, par exemple, la loi générale du Mexique sur les victimes (*Ley General de Víctimas*, *Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 2013*), qui contient des dispositions détaillées sur les droits des victimes mais n'impose pas de restrictions indiquant qui peut ou non se prétendre victime.

[455] Comité contre la torture, observation générale no 3, par. 3 (« On entend par "victimes" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations de la Convention. Une personne devrait être considérée comme étant une victime, que l'auteur de la violation ait été ou non identifié, appréhendé, poursuivi et reconnu coupable et indépendamment de tout lien de parenté ou d'autre nature qui peut exister entre l'auteur et la victime. Le terme de "victime" inclut également les membres de la famille proche ou les ayants cause de la victime ainsi que les personnes qui ont subi un préjudice alors qu'elles intervenaient pour venir en aide à la victime ou pour empêcher qu'elle ne devienne victime. »).

[456] Convention européenne des droits de l'homme, art. 34.

[457] Voir, par exemple, *Vallianatos et autres c. Grèce*, requêtes nos 29381/09 et 32684/09, arrêt du 7 novembre 2013, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2013 (extraits), par. 47.

membres de la famille d'une personne ayant subi une violation grave des droits de l'homme pouvaient eux-mêmes être des « victimes »[458]. Tandis que les garanties énoncées dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 sont limitées aux personnes physiques[459], la Cour interaméricaine des droits de l'homme reconnaît également les victimes individuelles directes ou indirectes, y compris les membres de la famille[460], ainsi que les groupes de victimes[461]. Dans ces instruments, le terme « victime » n'est pas interprété de manière étroite ou discriminatoire.

4) De la même manière, si les statuts des juridictions pénales internationales ne donnent pas de définition de la « victime », les règlements ou la jurisprudence des tribunaux peuvent donner des orientations. Ainsi, l'alinéa a) de la règle 85 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale définit la « victime » comme « toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour »[462], ce qui s'entend comme incluant à la fois les victimes directes et les victimes indirectes[463], tandis que l'alinéa b) de la règle 85 étend la définition aux personnes morales pour autant que ces personnes aient subi un préjudice direct[464].

---

458 La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que le point de savoir si un parent est victime dépend de l'existence de facteurs particuliers conférant à la souffrance du requérant une dimension et un caractère distincts du désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches parents d'une personne victime de violations graves des droits de l'homme. Parmi ces facteurs figurent la proximité du lien de parenté et la manière dont les autorités ont réagi aux demandes du parent en question. Voir, par exemple, *Çakici c. Turquie*, requête nº 23657/94, arrêt du 8 juillet 1999, Grande chambre, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 1999-IV, par. 98 ; *Elberte c. Lettonie*, requête nº 61243/08, arrêt du 13 janvier 2015, quatrième section, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2015, par. 137.

459 Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 1.

460 Voir, par exemple, *Street Children (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 1999 (fond), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 63, par. 174 à 177 et 238 ; *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000 (fond), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 70, par. 159 à 166.

461 Voir, par exemple, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, arrêt du 17 juin 2005 (fond, réparations et dépens), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, nº 125, par. 176.

462 Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, règle 85 a). La Cour a estimé que la règle 85 a) « énonce quatre critères nécessaires à la reconnaissance de la qualité de victime : la victime doit être une personne physique ; elle doit avoir subi un préjudice ; le crime dont découle le préjudice doit relever de la compétence de la Cour ; et il doit exister un lien de causalité entre le crime et le préjudice. » Voir *Situation en République démocratique du Congo*, affaire nº ICC-01/04, version publique expurgée de la décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 et VPRS6, 17 janvier 2006, Chambre préliminaire I, Cour pénale internationale, par. 79. De plus, aux fins de la règle 85 a), le préjudice subi par une victime doit être « personnel », même s'il ne doit pas nécessairement être « direct ». Voir *Situation en République démocratique du Congo − Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire nº ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la défense contre la décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008, 11 juillet 2008, Chambre d'appel, Cour pénale internationale, par. 32 à 39.

463 Voir *Situation en République démocratique du Congo − Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire nº ICC-01/04-01/06, version expurgée de la Décision relative aux « victimes indirectes », 8 avril 2009, Chambre de première instance, Cour pénale internationale, par. 44 à 52.

464 Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, règle 85 b) (« Le terme "victime" peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct. »).
Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (2005) disposent ce qui suit : « Aux fins du présent document, on entend par "victimes" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. Le cas échéant, et conformément au droit interne, on entend aussi par "victimes" les

5) Le paragraphe 1 du projet d'article 12 dispose que chaque État prend les mesures nécessaires pour assurer à quiconque allègue que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis le droit de porter plainte devant les autorités compétentes, et fait en outre obligation aux États de protéger les plaignants et toute autre personne participant à une procédure relevant du champ d'application des projets d'article contre les mauvais traitements ou intimidations. Une disposition similaire figure dans d'autres instruments internationaux, parmi lesquels la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[465] et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[466] de 2006.

6) L'alinéa a) du paragraphe 1 étend le droit de porter plainte à « quiconque » allègue que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis. Le terme « quiconque » inclut, sans s'y limiter, les personnes qui sont victimes ou témoins d'un crime contre l'humanité, et peut également désigner des personnes morales comme des organisations religieuses ou des organisations non gouvernementales.

7) Les personnes en question ont le droit de porter plainte devant les « autorités compétentes », lesquelles, pour que le recours soit effectif, devront dans certaines circonstances nécessairement être des autorités judiciaires. Lorsqu'une plainte est déposée, les autorités de l'État sont tenues de procéder immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en train d'être commis sur tout territoire sous la juridiction de l'État, conformément au projet d'article 8.

8) L'alinéa b) du paragraphe 1 fait obligation aux États de protéger les « plaignants » ainsi que les autres catégories de personnes énumérées même s'ils n'ont pas porté plainte ; ces autres catégories de personnes sont « les victimes, les témoins, ainsi que leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou une autre procédure relevant du champ d'application des présents projets d'article ». Des instruments internationaux récents ont également élargi la catégorie des personnes auxquelles la protection doit être accordée, parmi lesquels la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[467] de 2000, la Convention des Nations Unies contre la corruption[468] de 2003 et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[469]. La protection de ces personnes n'est pas exigée seulement dans les instruments portant sur des infractions de droit interne ; elle l'est aussi dans les statuts des juridictions pénales internationales[470].

9) L'alinéa b) du paragraphe 1 demande que les personnes énumérées soient protégées contre les « mauvais traitements ou intimidations » résultant du dépôt d'une plainte, de la communication d'informations, d'un témoignage ou d'une déposition. Le terme « mauvais

membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes qui se trouvaient dans une situation critique ou pour prévenir la persécution, ont subi un préjudice. ». Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, par. 8. On trouvera une définition similaire dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, par. 1 et 2.

[465] Convention contre la torture, art. 13.

[466] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12.

[467] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 1.

[468] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 1.

[469] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12, par. 1.

[470] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68, par. 1 ; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 22 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 21 ; Accord sur les Chambres extraordinaires au Cambodge, art. 33 ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 16 ; Statut du Tribunal spécial pour le Liban, art. 12.

traitements » ne renvoie pas seulement au bien-être physique de la personne mais aussi à son bien-être psychologique, à sa dignité et à sa vie privée[471].

10) L'alinéa b) n'énumère pas les mesures de protection que les États doivent prendre, car celles-ci varieront inévitablement selon les circonstances, les capacités de l'État concerné et les préférences des intéressés. Ces mesures pourraient toutefois inclure : la déposition par voie électronique ou d'autres moyens spéciaux au lieu de la déposition en personne[472] ; des mesures visant à protéger la vie privée et l'identité des témoins et des victimes[473] ; la tenue d'audiences à huis clos[474] ; la non-divulgation d'éléments de preuve ou autres informations dont la communication risque de mettre gravement en danger la sécurité d'un témoin ou de sa famille[475] ; la réinstallation des victimes et des témoins[476].

11) Parallèlement à cela, les États doivent garder à l'esprit que certaines mesures de protection peuvent avoir des incidences sur les droits de l'auteur présumé d'une infraction, notamment sur son droit d'être confronté aux témoins à charge. C'est pourquoi l'alinéa b) du paragraphe 1 dispose que les mesures de protection sont sans préjudice des droits de l'auteur présumé de l'infraction visés au projet d'article 11[477].

12) Le paragraphe 2 du projet d'article 12 dispose que chaque État fait en sorte, en conformité avec son droit interne, que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale. Bien que soit exprimée une obligation ferme, l'expression « en conformité avec son droit interne » laisse aux États une marge de manœuvre qui leur permet d'exécuter cette obligation de la manière qui s'adapte le mieux aux caractéristiques de leur système de droit pénal. Même si l'obligation ne s'applique qu'à l'égard des « victimes », il peut aussi être approprié que les États permettent à d'autres personnes (comme des membres de la famille ou des représentants) de présenter leurs avis et préoccupations, en particulier lorsque la victime d'un crime contre l'humanité est décédée ou a disparu. Le paragraphe 2 est sans préjudice d'autres obligations pouvant incomber aux États en vertu du droit international.

13) Des dispositions semblables au paragraphe 2 figurent dans différents instruments, parmi lesquels le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998[478], le 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[479] de 2000, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000[480], le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en

[471] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68, par. 1.

[472] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 b) ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 b).

[473] Voir, par exemple, 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, art. 8, par. 1 e) ; Accord sur les Chambres extraordinaires au Cambodge, art. 33.

[474] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68, par. 2 ; Accord sur les Chambres extraordinaires au Cambodge, art. 33.

[475] Voir, par exemple, Statut de Rome, art. 68, par. 5.

[476] Voir, par exemple, Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 a) ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 a).

[477] D'autres instruments internationaux pertinents prévoient une protection similaire, parmi lesquels on peut citer : le Statut de Rome, art. 68, par. 1 ; le 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, art. 8, par. 6 ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 ; la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2.

[478] Statut de Rome, art. 68, par. 3.

[479] 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, art. 8.

[480] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 25, par. 3.

particulier des femmes et des enfants[481] de 2000 et la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003[482].

14) Le paragraphe 3 du projet d'article 12 traite du droit des victimes d'un crime contre l'humanité d'obtenir réparation. Le premier membre de phrase − « Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne » − fait obligation aux États de se doter des lois, règlements, procédures et mécanismes voulus afin que les victimes puissent porter plainte pour le préjudice subi et obtenir réparation de la part des responsables, qu'il s'agisse de l'État lui-même ou d'un autre acteur[483].

15) Le paragraphe 3 fait référence au droit des victimes « d'obtenir réparation ». Les traités et autres instruments traitant cette question n'emploient pas tous la même terminologie ; certains font référence au droit à un « recours », d'autres utilisent le terme « réparation », et d'autres encore se réfèrent seulement à une forme particulière de réparation, comme l'« indemnisation »[484]. Ainsi, il est question du droit à un « recours effectif » dans la Déclaration universelle des droits de l'homme[485] de 1948, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[486] de 1966 et dans certains traités régionaux relatifs aux droits de l'homme[487]. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants fait référence, dans son article 14, à la capacité de la victime d'obtenir « réparation » et à un droit d'être « indemnisé », comprenant la « réadaptation »[488]. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dans son article 24, fait référence à un « droit d'obtenir réparation et d'être indemnisé […] rapidement, équitablement et de manière adéquate[489]. ».

16) La Commission a décidé de parler d'un « droit d'obtenir réparation » qui couvre les réparations au sens large, selon l'approche qui semble s'être imposée dans différents régimes conventionnels. Ainsi, tandis que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, comme indiqué plus haut, emploie les termes « réparation », « indemnisé » et « réadaptation », le Comité contre la torture considère que la disposition dans son ensemble renvoie à la « notion générale de réparation »[490], selon laquelle :

---

[481] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 6, par. 2.

[482] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 5.

[483] Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, principes 12 à 23.

[484] Voir, par exemple, Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 8, par. 4 ; 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, art. 9, par. 4 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 14, par. 2, et art. 25, par. 2 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 6, par. 6 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 35.

[485] Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 8.

[486] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2, par. 3. Voir aussi Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31, par. 16 et 17.

[487] Voir, par exemple, Convention européenne des droits de l'homme, art. 13 ; Convention américaine des droits de l'homme, art. 25 et 63. Voir aussi Organisation de l'Unité africaine, Protocole relatif à la Charte africaine portant sur la création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Ouagadougou, 19 juin 1998), Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3, *Regional Instruments, Africa, Middle East, Asia, Americas*, Genève, HCR, 2007, p. 1040, à la page 1045, art. 27.

[488] Convention contre la torture, art. 14, par. 1.

[489] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 24, par. 4.

[490] Comité contre la torture, observation générale nº 3, par. 2 ; *Urra Guridi c. Espagne*, communication nº 212/2002, décision adoptée le 24 mai 2005, par. 6.8, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément nº 44* (A/60/44), annexe VIII, sect. A, p. 152.

> L'obligation d'assurer réparation au titre de l'article 14 est double : elle porte sur les procédures et sur le fond. Pour satisfaire aux obligations de procédure, les États parties doivent promulguer une législation et mettre en place des mécanismes de plainte, des organes d'enquête et des institutions, notamment des organes judiciaires indépendants, compétents pour se prononcer sur le droit à réparation d'une victime de torture ou de mauvais traitements et pour accorder à celle-ci une réparation effective, et faire en sorte que ces mécanismes et organes soient efficaces et accessibles à toutes les victimes. Pour ce qui est du fond, les États parties doivent faire en sorte que les victimes de torture ou de mauvais traitements obtiennent une réparation complète et effective, comprenant notamment une indemnisation et les moyens nécessaires à leur réadaptation aussi complète que possible[491].

17) Cette évolution vers une interprétation plus large de la notion de réparation s'est traduite par l'introduction dans certains traités de dispositions énumérant diverses formes de réparation. Dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, par exemple, il est indiqué que le « droit d'obtenir réparation », qui couvre les « dommages matériels et moraux », peut, en plus de l'indemnisation, englober également, « le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que : a) la restitution ; b) la réadaptation ; c) la satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation ; d) des garanties de non-répétition[492] ».

18) Le paragraphe 3 du projet d'article 12 suit la même approche et donne une liste des formes que peut prendre la réparation comprenant, sans s'y limiter, la restitution, l'indemnisation, la satisfaction, la réadaptation, la cessation et les garanties de non-répétition. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, les formes de réparation habituelles sont toutes potentiellement pertinentes. La restitution, c'est-à-dire le rétablissement du statu quo *ex ante*, peut être une forme de réparation appropriée ; elle comprend notamment la possibilité pour la victime de rentrer chez elle, la restitution de biens meubles et la reconstruction de bâtiments publics ou privés comme des écoles, des hôpitaux ou des lieux de culte. L'indemnisation est une forme de réparation des préjudices tant matériels que moraux. Les programmes de réadaptation destinés à un grand nombre de personnes peuvent être nécessaires dans certaines circonstances ; il s'agit notamment des programmes de prise en charge médicale, de fourniture de prothèses et de thérapies post-traumatiques. Il peut aussi être souhaitable d'accorder des mesures de satisfaction, telles que l'expression d'excuses ou de regrets publics, et des garanties de non-répétition.

19) La liste indicative des formes de réparation est toutefois précédée de l'expression « le cas échéant ». Cette formule laisse aux États une souplesse et discrétion pour déterminer quelle forme de réparation est appropriée, reconnaissant ainsi que lorsque des crimes contre l'humanité ont été commis, différentes situations peuvent se présenter, notamment la mise en œuvre d'un processus de justice transitionnelle, et que les réparations doivent être adaptées au contexte. Par exemple, dans certaines situations, un État peut être responsable de crimes contre l'humanité et dans d'autres, les responsables peuvent être des acteurs non étatiques. Des atrocités de masse peuvent avoir été commises dans des circonstances où l'État concerné est contraint à un effort de reconstruction lui laissant peu de ressources ou de moyens pour accorder une réparation matérielle aux victimes. La capacité des auteurs de tels crimes à réparer le préjudice qu'ils ont causé varie elle aussi. Le paragraphe 3 est sans préjudice d'autres obligations pouvant incomber aux États en vertu du droit international.

20) Le paragraphe 3 prévoit que ces réparations peuvent être obtenues « à titre individuel ou collectif ». S'il peut être opportun d'accorder une réparation spécifique à chaque victime, par exemple en règlement d'une action civile devant une juridiction interne ou par le jeu d'un mécanisme spécialement destiné à l'indemnisation des parties à une action de groupe, dans d'autres situations seules sont possibles ou souhaitables les mesures de réparation collectives telles que la construction d'un monument commémoratif ou la reconstruction d'écoles, d'hôpitaux, de dispensaires ou de lieux de culte. Dans d'autres cas

[491] Comité contre la torture, observation générale n° 3, par. 5.

[492] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 24, par. 4 et 5.

encore, c'est une combinaison des deux formes de réparation, collective et individuelle, qui sera la plus appropriée.

21) Cette approche est aussi celle qui a été retenue par les juridictions pénales internationales. Les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda prévoient uniquement la restitution, à l'exclusion de toute autre forme de réparation, y compris l'indemnisation[493]. Cependant, lorsque d'autres juridictions internationales ont été créées, il semble que les États aient reconnu qu'il n'était pas adéquat de prévoir uniquement la restitution (à la place, le terme plus général de « réparation » est employé) et que le fait de ne consacrer qu'un droit individuel à réparation pour chaque victime pouvait poser problème dans le contexte d'atrocités à grande échelle. Il est donc prévu à la fois la possibilité d'une réparation individuelle et celle d'une réparation collective[494]. Le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, par exemple, dispose qu'en accordant réparation aux victimes en application de l'article 75 du Statut de Rome, « la Cour peut accorder une réparation individuelle ou, lorsqu'elle l'estime appropriée, une réparation collective, ou les deux », compte tenu de l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice[495]. Pour les atrocités commises au Cambodge par les Khmer rouges, seules les « réparations morales et collectives » sont envisagées par le Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[496].

Article 13
Extradition

1. Chacune des infractions couvertes par les présents projets d'article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

2. Pour les besoins de l'extradition entre États, les infractions couvertes par les présents projets d'article ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer les présents projets d'article comme constituant la base légale de l'extradition pour toute infraction couverte par les présents projets d'article.

4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité, pour toute infraction couverte par les présents projets d'article :

a) Informe le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère les présents projets d'article comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États ; et

b) S'il ne considère par les présents projets d'article comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.

5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux, aux infractions couvertes par les présents projets d'article, le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

[493] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 24, par. 3 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 23, par. 3.

[494] Voir, par exemple, les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, principe 13.

[495] Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, règle 97, par. 1.

[496] Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (Rev.9) révisé le 16 janvier 2015, règles 23 et 23 *quinquies.*

6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.

7. Si nécessaire, les infractions couvertes par les présents projets d'article sont réputées, aux fins de l'extradition entre États, avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément au paragraphe 1 du projet d'article 7.

8. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

9. Aucune disposition des présents projets d'article ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de sa culture, de son appartenance à un certain groupe social, de ses opinions politiques, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

10. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 traite des droits, obligations et procédures applicables à l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction en vertu du présent projet d'articles. L'extradition désigne en principe la procédure qui permet à un État (l'État requérant) de demander à un autre État (l'État requis) de lui remettre une personne se trouvant dans l'État requis afin qu'elle réponde d'accusations pénales pesant contre elle dans l'État requérant. Cette procédure vaut également dans les cas où un délinquant s'est évadé du lieu où il était légalement détenu à la suite de sa condamnation dans l'État requérant, et qu'il est découvert dans l'État requis. L'extradition entre deux États est souvent régie par un traité multilatéral[497] ou bilatéral[498], mais tous les États ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité.

2) En 1973, dans sa résolution 3074 (XXVIII), l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné l'importance de la coopération internationale pour ce qui touche à l'extradition des auteurs présumés de crimes contre l'humanité, lorsque l'extradition est nécessaire pour s'assurer que ces individus sont poursuivis et châtiés[499]. En 2001, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme a réaffirmé les principes énoncés dans la résolution 3074 (XXVIII)[500] de

[497] Voir, par exemple, Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, nº 5146, p. 273 ; Convention interaméricaine sur l'extradition (Caracas, 25 février 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1752, nº 30597, p. 217. Voir aussi Décision-cadre du Conseil en date du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (Luxembourg, 2002), *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 190, vol. 45 (18 juillet 2002), p. 1.

[498] Le traité type d'extradition de 1990 est un exemple d'effort visant à aider les États à élaborer des accords d'extradition bilatéraux qui puissent porter sur un large éventail d'infractions. Voir résolution 45/116 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997).

[499] Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1973.

[500] Coopération internationale en ce qui concerne la recherche, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, résolution 2001/22 du 16 août 2001, par. 3, dans le rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur sa cinquante-troisième session (E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40). Dans

l'Assemblée générale et a demandé instamment à « tous les États de coopérer en vue de rechercher, d'arrêter, de juger ou d'extrader, et de condamner les personnes coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité »[501].

3) Le projet d'article 13 doit être replacé dans le contexte général du projet d'articles. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 dispose que chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions couvertes par le présent projet d'articles dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas. Lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur le territoire d'un État et qu'il a été placé en détention préventive, l'État en question est tenu, en vertu du paragraphe 3 du projet d'article 9, d'en aviser les autres États ayant compétence pour poursuivre l'individu, lesquels peuvent alors demander l'extradition. En outre, le projet d'article 10 impose à l'État l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas la personne concernée à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente.

4) Ainsi, en vertu des présents projets d'article, un État peut s'acquitter de l'obligation *aut dedere aut judicare* énoncée au projet d'article 10 en extradant (ou remettant) l'auteur présumé de l'infraction à un autre État afin que celui-ci exerce l'action pénale. Il n'y a pas d'obligation d'extrader l'auteur présumé ; l'obligation primordiale qui incombe à l'État exerçant sa juridiction sur le territoire où se trouve l'individu concerné est de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale. Cependant, l'État peut aussi satisfaire à cette obligation en extradant l'auteur présumé vers un autre État. Pour faciliter cette extradition, il est utile que les droits, obligations et procédures en matière d'extradition soient clairement établis.

5) La Commission a décidé, pour le projet d'article 13, de prendre modèle sur l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003, lequel est lui-même inspiré de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000. Bien que les crimes contre l'humanité soient d'une nature complétement différente de celle des infractions de corruption, les questions qui se posent dans le contexte de l'extradition sont essentiellement les mêmes, indépendamment de la nature de l'infraction visée, et la Commission a estimé que l'article 44 fournissait de nombreuses indications sur tous les droits, obligations et procédures pertinents en matière d'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité. En outre, les dispositions de l'article 44 sont bien comprises par les 181 États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, notamment grâce aux guides et autres ressources détaillées élaborées par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime[502].

sa résolution, la Sous-Commission a largement repris les principes énoncés par l'Assemblée générale, en y apportant toutefois des modifications.

[501] Ibid., par. 2.

[502] Voir, par exemple, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, ; *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (Nations Unies, New York, 2009) ; et Travaux préparatoires *des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*. L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime a élaboré des publications similaires au sujet de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dont l'article consacré à l'extradition contient nombre de dispositions analogues à celles de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Voir, par exemple, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les protocoles s'y rapportant* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.05.V.2) ; voir aussi rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée sur les travaux de ses première à onzième sessions, Additif − Notes interprétatives pour *les documents officiels* (travaux préparatoires) *des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* (A/55/383/Add.1).

Inclusion comme infraction pouvant donner lieu à extradition dans les traités existants et futurs

6) Le paragraphe 1 du projet d'article 13 est rédigé sur le modèle du paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il fait obligation à l'État requis de considérer les infractions visées dans le présent projet d'articles comme des infractions pouvant donner lieu à extradition à la fois dans tout traité d'extradition existant entre cet État et l'État requérant et dans tout futur traité d'extradition conclu entre ces États[503]. Cette disposition figure fréquemment dans d'autres conventions[504].

Exclusion de l'exception à l'extradition pour « infraction politique »

7) Le paragraphe 2 du projet d'article 13 exclut l'exception de l'« infraction politique » comme motif de refus de l'extradition.

8) En vertu de certains traités relatifs à l'extradition, l'État requis peut refuser d'extrader s'il considère que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition est de nature politique. Cependant, certains soutiennent l'idée que les crimes comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne devraient pas être considérés comme des « infractions politiques ». Par exemple, l'article VII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 dispose que le génocide, et d'autres actes énumérés dans la Convention, « ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition »[505]. Il existe des raisons similaires de ne pas accepter que les crimes contre l'humanité puissent être considérés comme des « infractions politiques » pour empêcher l'extradition[506]. Ainsi, il est indiqué dans le *Revised Manual on the Model Treaty on Extradition* que « certains crimes, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sont perçus par la communauté internationale comme tellement odieux que leurs auteurs ne peuvent pas compter sur cette restriction à l'extradition [traduction non officielle] »[507]. La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a déclaré que les personnes « accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne peuvent faire valoir, à titre d'exception à l'extradition, que les faits relèvent d'une "infraction politique" »[508].

---

503 Voir l'article 7 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, p. 347 et 348 ; et l'article 10 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 33 et 34.

504 Des dispositions similaires figurent dans les instruments ci-après : Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 8, par. 1 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 8, par. 1 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 1 ; Convention contre la torture, art. 8, par. 1 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 15, par. 1 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 9, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 3 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 2 et 3. Le paragraphe 1 de l'article 10 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 dispose que « [s]i [le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre] ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, ils sont réputés y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces crimes comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. ».

505 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. VII.

506 Voir, par exemple, *In the Matter of the Extradition of Mousa Mohammed Abu Marzook*, United States District Court, S. D. New York, 924 F. Supp. 565 (1996), p. 577 (« si l'acte faisant l'objet de la plainte revêt un tel caractère odieux qu'il constitue un crime contre l'humanité, il est nécessairement en dehors du champ d'application de l'exception pour infraction politique » [traduction non officielle]).

507 Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One : Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, par. 45.

508 Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, résolution 2001/22.

9) Les traités bilatéraux d'extradition contemporains précisent souvent quelles infractions particulières ne devraient pas être considérées comme des « infractions politiques » pour empêcher l'extradition[509]. Si certains instruments visant des crimes spécifiques ne traitent pas de cette question[510], nombre d'instruments multilatéraux contemporains portant sur des infractions spécifiques contiennent une disposition interdisant l'exception à l'extradition pour infraction politique[511]. Par exemple, il est dit au paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 que :

> Pour les besoins de l'extradition entre États parties, le crime de disparition forcée n'est pas considéré comme une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

10) La Commission a estimé que le texte du paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées constituait un modèle approprié pour le paragraphe 2 du projet d'article 13. Ce dernier paragraphe précise que le *fait* qui consiste à commettre un crime contre l'humanité ne saurait être considéré comme une « infraction politique ». Cette question diffère toutefois de celle de savoir si un État requérant cherche à obtenir l'extradition en raison des opinions politiques de l'individu réclamé ; autrement dit, elle diffère de la question de savoir si l'État allègue d'un crime contre l'humanité et demande l'extradition aux fins de persécuter un individu pour ses opinions politiques. La question de la persécution est traitée séparément, au paragraphe 9 du projet d'article 13. L'expression figurant à la fin du paragraphe 2, « pour ce seul motif », indique qu'il peut y avoir d'autres motifs sur lesquels l'État est susceptible de se fonder pour refuser l'extradition (voir *infra*, par. 16) à 18) et 24) à 26)), pour autant que de tels motifs existent véritablement.

États ayant besoin d'un traité pour extrader

11) Les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 13 traitent de la situation dans laquelle un État requis a besoin de l'existence d'un traité pour pouvoir extrader un individu vers l'État requérant.

12) Le paragraphe 3 prévoit que, dans une telle situation, l'État requis « peut » utiliser le présent projet d'articles comme base légale de l'extradition pour les crimes contre l'humanité. En tant que tel, il ne fait pas obligation aux États de recourir au présent projet d'articles à cet effet, mais l'État concerné peut choisir de procéder ainsi. Ce paragraphe est rédigé sur le modèle du paragraphe 5 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies

---

509 Voir, par exemple, Traité d'extradition entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République sud-africaine (Washington, 16 septembre 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2917, nº 50792, art. 4, par. 2 (« Aux fins du présent Traité, les infractions suivantes ne sont pas considérées comme des infractions politiques : […] b) une infraction pour laquelle l'État requérant et l'État requis ont l'obligation, en vertu d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour décider des poursuites ; […] » [traduction non officielle]) ; Traité d'extradition entre la République de Corée et l'Australie (Séoul, 5 septembre 1990), ibid., vol. 1642, nº 28218, art. 4, par. 1 a) (« Ne sont pas considérées comme infractions politiques […] ii) une infraction pour laquelle les Parties contractantes ont l'obligation d'établir leur compétence ou d'extrader en vertu d'un accord multilatéral international auquel l'une et l'autre sont parties ; et iii) une infraction à la loi relative au génocide » [traduction non officielle]) ; et Traité d'extradition conclu entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et le Gouvernement du Canada (Mexico, 16 mars 1990), ibid., vol. 1589, nº 27824, art. IV a) (« Pour les fins du présent paragraphe, n'est pas considérée comme une infraction politique l'infraction pour laquelle les Parties ont l'une et l'autre l'obligation, aux termes d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire à leurs autorités compétentes aux fins de poursuites. »).

510 Voir, par exemple, Convention internationale contre la prise d'otages ; Convention contre la torture.

511 Voir, par exemple, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 11 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 14 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 4.

contre la corruption, qui se lit comme suit : « Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique »[512]. Une disposition identique ou similaire figure dans de nombreux autres instruments[513] et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission en 1996, en contient lui-aussi une[514].

13) Le paragraphe 4 énonce l'obligation pour tout État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité d'informer le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère le présent projet d'articles comme la base légale de l'extradition pour les crimes contre l'humanité. En outre, s'il n'a pas l'intention d'utiliser le présent projet d'articles à cette fin, l'État s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités aux fins de l'extradition dans ce domaine. Ce paragraphe est rédigé sur le modèle du paragraphe 5 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et du paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ce dernier étant ainsi libellé :

> Un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :
>
> a) Au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties ; et
>
> b) S'il ne considère pas la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États Parties afin d'appliquer le présent article.

14) Le paragraphe 4 b) du projet d'article 13 énonce l'obligation pour un État partie qui n'utilise pas les projets d'article comme base légale de l'extradition de « s'efforce[r], s'il y a lieu, de conclure » des traités d'extradition avec d'autres États. En tant que tel, le présent projet d'articles ne fait pas obligation aux États de conclure des traités d'extradition avec tous les autres États en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, mais il les encourage à déployer les efforts voulus à cet égard[515].

États n'ayant pas besoin d'un traité pour extrader

15) Le paragraphe 5 du projet d'article 13 s'applique aux États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité. Il crée pour ceux-ci une obligation de « [reconnaître] entre eux, aux infractions couvertes par les présents projets d'article, le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé ». Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 7 de

---

[512] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 5.

[513] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 8, par. 2 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 10, par. 2 ; Convention contre la torture, art. 8, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 9, par. 2 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 11, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 4 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 4.

[514] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 32, art. 10, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la faculté de considérer le présent Code comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne ces crimes. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis ».).

[515] Voir Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, rapport analytique du Secrétariat sur l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : informations actualisées sur la base des réponses supplémentaires reçues des États pour le premier cycle de collecte d'informations (CTOC/COP/2005/2/Rev.1), par. 69.

l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[516]. Nombre d'autres instruments relatifs à des infractions contiennent des dispositions similaires[517]. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 contient également une telle disposition[518].

Prescriptions du droit interne de l'État requis

16) Le paragraphe 6 du projet d'article 13 dispose que « l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition ». Divers instruments internationaux[519] et régionaux[520] contiennent des dispositions similaires. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 8 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais ne conserve pas les mots suivant « y compris », à savoir « notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et »[521]. La Commission a estimé que la référence à la peine minimale prévue n'était pas appropriée dans le contexte des allégations de crimes contre l'humanité.

17) Ce paragraphe énonce une règle générale selon laquelle l'extradition, même si elle doit être effectuée dans le respect des droits, obligations et procédures définis dans le présent projet d'articles, demeure subordonnée aux conditions fixées par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition. Ces conditions peuvent concerner des questions de procédure, telles que l'exigence d'une décision d'une juridiction nationale ou d'une certification émanant d'un ministère avant l'extradition, ou des situations où l'extradition est prohibée, telles que l'interdiction de l'extradition des ressortissants de l'État ou de ses résidents permanents ; l'interdiction de l'extradition dans le cas où l'infraction visée est passible de la peine de mort ; l'interdiction de l'extradition aux fins de l'exécution d'une peine prononcée lors d'un procès par contumace ; ou l'interdiction de l'extradition fondée sur le principe de spécialité[522]. Cela étant, certains motifs de refus admis en droit interne seraient irrecevables au regard du présent projet d'articles, comme l'invocation de la

[516] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 7 (« Les États Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé. »).

[517] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 8, par. 3 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 8, par. 3 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 10, par. 3 ; Convention contre la torture, art. 8, par. 3 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1582, nº 27627, p. 95, art. 6, par. 4 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 5.

[518] *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), p. 32, art. 10, par. 3 (« Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent ces crimes comme cas d'extradition entre eux conformément aux conditions prévues par la législation de l'État requis. »).

[519] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 8, par. 2 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 8, par. 2 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 2 ; Convention contre la torture, art. 8, par. 2 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 15, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 9, par. 2 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 11, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 7 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 6.

[520] Voir, par exemple, Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 13 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. V ; Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption, art. 27, par. 4.

[521] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 8 (« L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État Partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et aux motifs pour lesquels l'État Partie requis peut refuser l'extradition. »).

[522] Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni sur l'extradition, art. 17.

prescription, contraire au paragraphe 6 du projet d'article 6, ou pourraient être irrecevables au regard d'autres règles du droit international.

18) Quelle que soit la raison pour laquelle l'extradition est refusée, dans le contexte du présent projet d'articles, l'État requis sur le territoire duquel se trouve l'auteur des crimes demeure contraint, en vertu du projet d'article 10, de soumettre l'affaire à ses autorités de poursuite. Ainsi, bien que son droit interne puisse interdire l'extradition dans certaines circonstances, l'État requis demeure tenu de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuite.

Cas où l'infraction est considérée comme ayant été commise dans l'État requérant

19) Le paragraphe 7 du projet d'article 13 traite de la situation où le droit interne de l'État requis ne permet d'extrader une personne que vers l'État où l'infraction a été commise[523]. Afin de faciliter l'extradition vers un plus grand nombre d'États, le paragraphe 7 dispose que « si nécessaire, les infractions couvertes par les présents projets d'article sont réputées, aux fins de l'extradition entre États, avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément au paragraphe 1 du projet d'article 7 ». Cette formulation, qui s'inspire du paragraphe 4 de l'article 11 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme[524] de 1999, a été utilisée dans de nombreux instruments traitant d'infractions[525].

20) Ce type de disposition conventionnelle fait référence aux « États qui ont établi leur compétence » au titre du traité, sur le fondement d'éléments tels que la nationalité de l'auteur présumé de l'infraction ou celle des victimes (le paragraphe 7 du projet d'article 13 renvoie donc au paragraphe 1 du projet d'article 7). Il ne fait pas référence aux États qui ont établi leur compétence sur le fondement de la présence de l'auteur (paragraphe 2 du projet d'article 7), car l'État qui demande l'extradition n'est jamais celui où l'auteur présumé de l'infraction se trouve déjà. En pareil cas, il n'y a pas non plus de référence au paragraphe 3 de l'article 7, qui ne crée pas d'obligation pour les États d'établir leur compétence mais préserve plutôt leur droit d'établir leur compétence nationale au-delà du champ d'application du présent projet d'articles.

21) Dans son commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, qui contient une disposition similaire au paragraphe 4 de l'article 10[526], la Commission a indiqué que « [l]e paragraphe 4 permet à l'État de détention de faire droit à une demande d'extradition présentée par n'importe quel État partie […] à raison d'un des crimes » visés dans le projet de code, et que « [c]ette approche plus ouverte cadre avec l'obligation générale de tout État partie d'établir sa compétence à l'égard [de ces] crimes »[527]. Une telle approche « se justifie d'autant plus que le […] code ne désigne pas

[523] Voir *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), p. 33, par. 3) du commentaire du projet d'article 10 (« Certains traités et législations nationales n'autorisent l'État de détention à faire droit à une demande d'extradition que si elle émane de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. »).

[524] Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 11, par. 4.

[525] Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 8, par. 4 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 8, par. 4 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 4 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 10, par. 4 ; Convention contre la torture, art. 8, par. 4 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 15, par. 4 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 9, par. 4. Toutefois, certains instruments récents ne contiennent pas une telle disposition. Voir, par exemple : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; Convention des Nations Unies contre la corruption ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

[526] *Annuaire ... 1996*, vol. II (2e partie), p. 33 (« Entre États parties, chacun de ces crimes est considéré aux fins d'extradition comme ayant été commis tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire de tout autre État partie. »).

[527] Ibid., p. 33 (par. 3) du commentaire de l'article 10).

d'États particuliers comme compétents au premier chef et n'établit pas d'ordre de priorité entre les demandes d'extradition »[528].

Exécution d'une condamnation prononcée à l'encontre des ressortissants d'un État

22) Le paragraphe 8 du projet d'article 13 traite de la situation où un ressortissant de l'État requis a été reconnu coupable et condamné à l'étranger avant de fuir vers l'État requis, et où la législation de celui-ci lui interdit d'extrader ses ressortissants. Il dispose qu'en pareil cas « [l'État requis], si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant ». On trouve des dispositions similaires dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000[529] et la Convention des Nations Unies contre la corruption[530].

23) La Commission a aussi envisagé d'introduire dans le projet d'article 13 un paragraphe traitant expressément de la situation où l'État requis peut extrader l'un de ses ressortissants, mais uniquement si l'auteur présumé de l'infraction sera ensuite renvoyé dans l'État requis pour purger la peine prononcée par l'État requérant. On trouve une disposition de ce type dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[531] et la Convention des Nations Unies contre la corruption[532]. La Commission a estimé qu'une telle situation relevait des conditions visées au paragraphe 6 de l'article 13, et a donc décidé qu'une disposition expresse sur ce point n'était pas nécessaire.

Refus d'extrader

24) Le paragraphe 9 du projet d'article 13 indique clairement qu'aucune disposition du projet d'article ne fait obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande se fonde sur des critères qui sont universellement reconnus comme irrecevables au regard du droit international. On trouve de telles dispositions dans de nombreux traités multilatéraux[533] et bilatéraux[534], dans des dispositions de droit interne[535]

[528] Ibid.

[529] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 10.

[530] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 13.

[531] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 11.

[532] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 12.

[533] Voir, par exemple : Convention européenne d'extradition, art. 3, par. 2 ; Convention interaméricaine sur l'extradition, art. 4, par. 5.

[534] Voir, par exemple, l'Accord d'extradition entre le Gouvernement de la République de l'Inde et celui de la République française (Paris, 24 janvier 2003), art. 3, par. 3 ; l'Accord d'extradition entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et celui de la République sud-africaine (Washington, 16 septembre 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités* [vol. à paraître], nº 50792, art. 4, par. 3 ; l'Accord d'extradition entre l'Australie et la République de Corée (Séoul, 5 septembre 1990), art. 4, par. 1 b) ; et l'Accord d'extradition entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et celui du Canada, art. IV. L'article 3 b) du Traité type d'extradition contient une telle disposition. Le paragraphe 47 du *Manuel révisé sur le traité type d'extradition* indique que « l'alinéa b) […], qui ne suscite guère de controverse, est utilisé (parfois sous une forme différente) dans des traités d'extradition partout dans le monde » [traduction non officielle].

[535] Voir, par exemple, la loi sur l'extradition de la République populaire de Chine : décret nº 42 du Président de la République populaire de Chine, adopté à la dix-neuvième session du Comité permanent de la neuvième Assemblée nationale populaire, le 28 décembre 2000, art. 8, par. 4 (« La demande d'extradition adressée par un État étranger à la République populaire de Chine est rejetée lorsque […] la personne réclamée fait l'objet de poursuites pénales ou risque d'être punie pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son sexe, ses opinions politiques ou sa situation personnelle, ou que cette personne risque, pour l'une quelconque de ces raisons, de subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire. » [traduction non officielle]) ; et la loi du Royaume-Uni sur l'extradition, art. 13 (« L'extradition d'une personne […] est refusée au motif que la demande est fondée sur des considérations non pertinentes si (et seulement si) il apparaît que a) la demande présentée au titre de la Partie 1 (bien que censée être motivée par l'infraction nécessitant l'extradition) vise en fait à poursuivre ou punir l'intéressé en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou de ses opinions politiques, ou b) qu'une fois

traitant de l'extradition de manière générale, et dans des traités concernant l'extradition dans le cas d'infractions spécifiques[536].

25) Le paragraphe 9 est inspiré du paragraphe 14 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et du paragraphe 15 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi libellés :

> Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

Lors de la rédaction de cette disposition, le terme « sexe » a été remplacé par « genre », et le terme « culture » ajouté à la liste de facteurs, ce qui correspond au libellé du paragraphe 1 h) du projet d'article 3. Les mots « appartenance à un certain groupe social » ont en outre été ajoutés à la liste, comme dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées[537].

26) Étant donné que le présent projet d'articles n'énonce pas d'obligation d'extrader quelque personne que ce soit, cette disposition n'est pas à strictement parler nécessaire. En vertu du projet d'articles, un État peut refuser d'extrader, pour autant qu'il soumette l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Le paragraphe 9 est toutefois utile pour trois raisons. Premièrement, il contribue à garantir que nul ne sera extradé en cas de risque de violation de ses droits, en particulier de ses droits fondamentaux. Deuxièmement, les États qui comptent déjà une disposition de ce type dans leurs traités d'extradition ou leurs lois nationales sur l'extradition sont assurés que l'existence de motifs sérieux de penser que l'intéressé sera exposé à la persécution restera une raison de refuser l'extradition. Troisièmement, les États qui n'ont pas expressément prévu une disposition de ce type dans leurs accords bilatéraux auront un texte sur lequel s'appuyer pour refuser l'extradition si pareil cas se présente. C'est pourquoi la Commission a jugé approprié d'inclure une telle disposition dans le présent projet d'articles.

27) Le paragraphe 10 du projet d'article 13 prévoit qu'avant de refuser l'extradition, l'État requis « consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations ». Cette consultation peut permettre à l'État requérant de modifier sa requête de manière à répondre aux préoccupations de l'État requis. L'expression « s'il y a lieu » indique toutefois qu'il est possible que l'État requis refuse l'extradition mais que la consultation ne soit pas appropriée, par exemple pour des raisons de confidentialité. En tout état de cause, il est souligné que, dans le contexte du présent projet d'articles, le projet d'article 10 exige que l'État requis, s'il n'extrade pas, soumette l'affaire à ses propres autorités de poursuite.

28) Le paragraphe 10 est inspiré de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[538] et de la Convention des Nations Unies contre la corruption[539], qui disposent toutes deux qu'« [a]vant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations ».

---

extradé, l'intéressé pourrait subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire ou être puni, mis en détention ou subir une restriction de sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou de ses opinions politiques. » [traduction non officielle]).

536 Voir, par exemple, Convention internationale contre la prise d'otages, art. 9 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 6, par. 6 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 12 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 15 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 7.

537 Voir Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 13, par. 7.

538 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 16.

539 Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 17.

L'expression « s'il y a lieu » indique que dans certaines situations, la consultation ne sera pas appropriée, par exemple lorsque l'État requis aura décidé de soumettre l'affaire à ses propres autorités compétentes aux fins de poursuites.

Demandes d'extradition concurrentes

29) Les instruments qui traitent de l'extradition en général ou dans le contexte d'infractions spécifiques ne prévoient généralement pas lequel des États requérants doit avoir la priorité en cas de demandes d'extradition concurrentes. Ils prévoient tout au plus que l'État requis a toute discrétion pour déterminer s'il extrade ou non, et, dans l'affirmative, vers quel État requérant. Par exemple, le Traité type d'extradition des Nations Unies de 1990 dispose seulement, dans son article 16, que : « [s]i une Partie reçoit des demandes d'extradition concernant le même individu, adressées par l'autre Partie et par un État tiers, elle sera libre de décider vers lequel de ces deux États l'intéressé sera extradé »[540].

30) En conséquence, et dans le droit fil des traités existants, la Commission a décidé de ne pas inclure dans le présent projet d'articles une disposition préconisant une solution plutôt qu'une autre en cas de demandes concurrentes. Cela étant, lorsqu'une telle situation se présente, un État pourrait avoir intérêt, avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire, à prendre en compte divers facteurs, qui pourraient être identifiés dans son droit interne. Par exemple, l'article 405 du Code pénal équatorien (2014) prévoit que « la o el juzgador ecuatoriano podrá determinar la jurisdicción que garantice mejores condiciones para juzgar la infracción penal, la protección y reparación integral de la víctima » (« le juge peut déterminer quelle juridiction offre les meilleurs conditions pour poursuivre l'infraction pénale, protéger la victime et lui accorder une réparation intégrale »)[541]. Dans le cadre de l'Union européenne, les facteurs à prendre en compte incluent « la gravité relative et [le] lieu de commission des infractions, [les] dates respectives des mandats d'arrêt européens, ainsi que [le] fait que le mandat a été émis pour la poursuite ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté »[542].

Principe de la double incrimination

31) Les traités d'extradition rappellent habituellement la règle de la « double incrimination », qui veut que les obligations en matière d'extradition naissent uniquement lorsque le comportement à l'origine de la demande d'extradition est considéré comme une infraction pénale tant dans l'État requérant que dans l'État requis[543]. Cette règle est parfois incorporée dans les traités visant un type d'infractions particulier lorsque l'instrument prévoit à la fois des infractions dont l'établissement est impératif et d'autres dont l'établissement est facultatif, avec pour conséquence qu'un comportement peut être qualifié d'infraction dans un État et pas dans un autre. Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption vise des actes de corruption dont l'incrimination est impérative[544], et d'autres dont l'incrimination est facultative[545].

32) En revanche, les traités visant un type particulier d'infractions dont l'établissement est impératif n'incorporent généralement pas la règle de la double incrimination. Ainsi, des instruments comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui définissent des infractions spécifiques et font obligation aux États parties de prendre les mesures nécessaires pour qu'elles soient inscrites dans leur droit pénal, n'intègrent pas la règle de la double

[540] Traité type d'extradition, art. 16.

[541] Código Orgánico Integral Penal, art. 405.

[542] Voir, par exemple, la décision-cadre du Conseil en date du 13 juin 2002, art. 16, par. 1.

[543] Voir, par exemple, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One : Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, p. 10, par. 20 (« La règle de la double incrimination, c'est-à-dire l'incrimination du comportement motivant l'extradition à la fois par la législation de l'État requérant et celle de l'État requis, est un principe profondément ancré dans le droit de l'extradition. » [traduction non officielle]).

[544] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 15, 16 (par. 1), 17, 23 et 25.

[545] Ibid., art. 16 (par. 2), 18 à 22 et 24.

incrimination dans leurs dispositions relatives à l'extradition. La raison en est que lorsqu'une demande d'extradition est formulée au titre de l'une ou l'autre de ces conventions, l'infraction qui la motive devrait déjà être inscrite dans le droit pénal des deux États parties, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de vérifier que la condition de double incrimination est remplie. Une autre raison tient au fait que de tels traités ne prévoient d'ordinaire pas d'obligation absolue d'extrader, mais une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), ce qui signifie que l'État requis peut toujours choisir de ne pas extrader à condition de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

33) Le présent projet d'articles relatifs aux crimes contre l'humanité définit le crime contre l'humanité dans le projet d'article 3 et, sur la base de cette définition, demande, aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 6, que chaque État veille à ce que les « crimes contre l'humanité » constituent des « infractions » au regard de son droit pénal[546]. Ainsi, lorsqu'un État envoie à un autre État une demande d'extradition concernant une infraction visée dans le présent projet d'articles, l'infraction est censée être reconnue comme telle dans les deux États, et la règle de la double incrimination est automatiquement respectée. De surcroît, le principe *aut dedere aut judicare* énoncé dans le projet d'article 10 ne crée pas pour les États une obligation d'extrader. L'État peut au contraire s'acquitter de son obligation au titre de l'article 10 en soumettant l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. En conséquence, la Commission a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'introduire dans le projet d'article 13 une condition de double incrimination pareille à celle énoncée dans les trois premiers paragraphes de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003.

Article 14
Entraide judiciaire

1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions couvertes par les présents projets d'article conformément au présent projet d'article.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites, procédures judiciaires et autres, concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 8 du projet d'article 6.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

a) Identifier et localiser les auteurs présumés de l'infraction et, le cas échéant, les victimes, témoins ou autres personnes ;

b) Recueillir des témoignages ou des dépositions, y compris par vidéoconférence ;

c) Signifier des actes judiciaires ;

d) Effectuer des perquisitions et des saisies ;

e) Examiner des objets et visiter des lieux, y compris le fait d'obtenir des preuves médico-légales ;

f) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts ;

g) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents ;

[546] Le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose que le projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large des crimes contre l'humanité prévue par tout instrument international ou loi nationale. Une demande d'extradition reposant sur une définition de l'infraction plus large que celle figurant aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3 ne saurait toutefois être considérée comme étant motivée par une infraction relevant du présent projet d'articles.

h) Identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ou à toutes autres fins ;

i) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant ; ou

j) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

6. Sans préjudice de son droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu des présents projets d'article.

7. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire. Les dispositions du présent projet d'article s'appliquent néanmoins dans la mesure où elles prévoient une entraide judiciaire plus grande.

8. Le projet d'annexe aux présents projets d'article est applicable aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions du projet d'annexe. Les États sont encouragés à appliquer le projet d'annexe s'il facilite la coopération.

Commentaire

1) Un État qui conduit une enquête ou des poursuites concernant une infraction couverte par le présent projet d'articles pourrait souhaiter solliciter l'assistance d'un autre État aux fins de recueillir des informations et des éléments de preuve, notamment sous la forme de documents, de déclarations sous serment et de dépositions orales de victimes, de témoins ou d'autres personnes. Une telle assistance que, d'une manière générale, les États s'accordent mutuellement, est qualifiée d'« entraide judiciaire ». L'existence d'un cadre juridique régissant ce type d'entraide permet une certaine prévisibilité pour ce qui est des modalités de la coopération entre l'État requérant et l'État requis.

2) Il n'existe pas à l'heure actuelle d'instrument international ou régional qui traite spécifiquement de l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité. Lorsque ce type de coopération a lieu, il s'agit plutôt d'une coopération volontaire qui relève de la courtoisie internationale ou qui s'inscrit, le cas échéant, dans le cadre de traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à l'entraide judiciaire dans le contexte d'infractions en général (traités d'entraide judiciaire). Or, si l'entraide judiciaire dans le contexte de crimes contre l'humanité peut s'appuyer sur les traités d'entraide judiciaire existants, il est fréquent qu'aucun traité de ce type n'ait été conclu entre l'État requérant et l'État requis[547]. Comme dans le cas de l'extradition, il existe souvent, pour un État donné, un grand nombre d'autres États avec lesquels il n'a aucune relation conventionnelle en matière d'entraide judiciaire

[547] Voir *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.98.XI.5), p. 160, par. 7.22 (où il est dit qu'« [i]l subsiste … bien des États qui ne sont pas Parties aux traités d'entraide judiciaire de caractère général et bien des cas dans lesquels aucun traité bilatéral ne régit les relations entre les deux États intéressés par une affaire déterminée »).

dans le contexte d'infractions en général, de sorte que lorsqu'il est nécessaire d'instaurer une coopération dans le contexte de crimes contre l'humanité, il n'existe aucun cadre juridique qui pourrait la faciliter.

3) Le projet d'article 14 a pour objet l'établissement d'un cadre juridique de ce type. Les huit paragraphes qui le composent traitent de plusieurs aspects importants de l'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis en tenant compte du fait que dans certains cas ces États sont liés par un traité d'entraide judiciaire et dans d'autres non. Comme on le verra plus loin avec davantage de précisions, le projet d'article 14 s'applique dans tous les cas à l'État requérant et l'État requis (que ceux-ci soient ou non liés par un traité d'entraide judiciaire), tandis que le projet d'annexe s'applique à titre subsidiaire à l'État requérant et l'État requis lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire entre eux ou lorsqu'un tel traité existe mais que les deux États conviennent néanmoins d'utiliser le projet d'annexe pour faciliter la coopération.

4) Les dispositions détaillées relatives à l'entraide judiciaire qui figurent dans le projet d'article 14 et dans le projet d'annexe figurent également dans plusieurs conventions contemporaines visant des infractions spécifiques. Il existe des dispositions moins détaillées[548], mais il semblent que les États aient une préférence pour les dispositions détaillées, comme le montre l'histoire de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000. Dans le libellé initial, l'article relatif à l'entraide judiciaire comportait deux paragraphes[549]. Les États qui participaient à la négociation ont toutefois décidé assez tôt[550] que cette disposition moins détaillée devait être remplacée par une autre plus détaillée s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988[551]. Ils aboutirent ainsi aux dispositions détaillées de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui furent reproduites presque intégralement dans l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003. Des dispositions comparables figurent également dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999[552].

5) La Commission a décidé que des dispositions détaillées étaient mieux adaptées à un projet d'articles sur les crimes contre l'humanité. De telles dispositions fournissent aux États des orientations précises, ce qui est particulièrement utile en l'absence de traité d'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis[553]. De plus, comme ce fut le cas pour les dispositions détaillées relatives à l'extradition figurant dans l'article 13, ce type de dispositions ayant trait à l'entraide judiciaire se sont révélées acceptables pour les États. Par exemple, en juillet 2017, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée comptait 187 États parties, et la Convention des Nations Unies contre la corruption, 181. Aucun État partie n'a émis de réserve concernant le libellé ou la teneur de l'article relatif à l'entraide judiciaire de l'une ou l'autre de ces conventions. De surcroît, les dispositions de ce type sont régulièrement appliquées par les autorités nationales chargées du maintien de

[548] Voir, par exemple, Convention contre la torture, art. 9 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 10 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 14.

[549] Voir Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, rapport du Secrétaire général sur la question de l'élaboration d'une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée (E/CN.15/1997/7/Add.1), p. 15.

[550] Ibid. (suggestions de l'Australie et de l'Autriche).

[551] Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7.

[552] Les dispositions de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme relatives à l'entraide judiciaire sont réparties dans plusieurs articles, dont beaucoup concernent à la fois l'entraide judiciaire et l'extradition. Voir Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 7 (par. 5) et 12 à 16. Le plus souvent, les dispositions relatives à l'entraide judiciaire sont regroupées en un seul article.

[553] Voir Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, incrimination, détection et répression : coopération* (New York, Nations Unies, 2015), p. 204, 222 et 223.

l'ordre, et elles sont expliquées dans de nombreux guides et autres ressources tels que ceux publiés par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime[554].

6) Le projet d'article 14 et le projet d'annexe sont inspirés de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais avec quelques modifications. Sur le plan de la structure, la Commission a jugé utile d'inclure dans le corps du projet d'articles des dispositions applicables en toutes circonstances, et de faire figurer dans le projet d'annexe des dispositions applicables uniquement lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis ou que l'application du projet d'annexe est jugée opportune pour faciliter la coopération. Le fait de procéder ainsi contribue à maintenir un certain équilibre dans le projet d'articles, tout en regroupant à un seul endroit (le projet d'annexe) les dispositions applicables uniquement dans certaines situations. Par ailleurs, comme cela est expliqué plus bas, certaines dispositions de l'article 46 ont été révisées, déplacées ou supprimées.

7) Le paragraphe 1 du projet d'article 14 établit pour les États parties une obligation générale de « s'accorde[r] mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible » concernant les infractions couvertes par le présent projet d'articles. Le texte reprend *in extenso* celui du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[555], sauf pour ce qui est de la référence aux « infractions couvertes par les présents projets d'articles ». Élément important, les États sont tenus de s'accorder mutuellement une telle assistance non seulement lors des « enquêtes » mais aussi lors des « poursuites » et des « procédures judiciaires ». L'obligation vise donc à faire en sorte que les vastes objectifs du présent projet d'articles soient atteints grâce à une coopération étendue entre les États à tous les stades de la répression de la criminalité.

8) Le paragraphe 2 du projet d'article 14 traite d'une telle coopération dans le contexte spécifique de la responsabilité des personnes morales, en utilisant un autre critère que celui mentionné au paragraphe 1. Cette coopération doit être « la plus large possible », mais uniquement dans la mesure où « les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent ». Il y a là reconnaissance du fait que les systèmes juridiques nationaux diffèrent considérablement pour ce qui est du traitement des personnes morales en cas d'infraction, des différences qui ont par ailleurs abouti au libellé choisi pour le paragraphe 8 du projet d'article 6. Eu égard aux différences en question, l'entraide judiciaire dans ce contexte doit être fonction du degré de coopération possible.

9) Le texte du paragraphe 2 du projet d'article 14 reprend presque *in extenso* celui du paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[556], mis

[554] Voir *supra*, note 502.

[555] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 1 (« Les États Parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention. »). Voir également Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 1 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 1.

[556] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 2 (« L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État Partie requérant, conformément à l'article 26 de la présente Convention. »). Lors des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000, la question de la diversité des pratiques nationales concernant la responsabilité des personnes morales, en particulier en matière pénale, a conduit plusieurs délégations à proposer une disposition relative à l'entraide judiciaire traitant spécifiquement des personnes morales, qui a finalement été adoptée en tant que paragraphe 2 de l'article 18. Par la suite, lors des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003, il y a eu trois propositions de disposition relative à l'entraide judiciaire, dont l'une ne contenait pas de clause expresse concernant l'entraide judiciaire en lien avec la responsabilité des personnes morales. *Travaux Préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*), p. 390 à 393, note 5. À la deuxième session de négociation, cette proposition a été retirée (ibid., p. 394, note 7), ce qui a finalement abouti à l'adoption du paragraphe 2 de l'article 46.

à part l'ajout des mots « et autres » dans le membre de phrase « enquêtes, poursuites, procédures judiciaires *et autres* » concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable. Cette modification a été jugée utile compte tenu du fait que dans certains systèmes juridiques nationaux, d'autres types de procédures peuvent être appropriés dans le cas de personnes morales, par exemple des procédures administratives.

10) Le paragraphe 3 du projet d'article 14 énumère les types d'assistance pouvant être requis. Énoncés en des termes généraux, ils correspondent pour l'essentiel aux types d'assistance énumérés dans de nombreux traités d'extradition multilatéraux[557] et bilatéraux[558]. De fait, les termes employés sont suffisamment généraux pour englober les diverses formes d'assistance pouvant être utiles lors de l'enquête et des poursuites concernant un crime contre l'humanité, notamment pour l'obtention de rapports de police ou de dossiers des services de sécurité, de dossiers judiciaires, de pièces d'identité, de dossiers d'immigration, d'actes de naissance, de mariage ou de décès, de dossiers médicaux, d'éléments médico-légaux et de données biométriques. La liste n'est pas exhaustive puisque l'alinéa j) contient une disposition très générale visant « tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis ».

11) Le paragraphe 3 est inspiré du paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Dans le cadre de cette convention, lorsqu'un type de coopération mentionné au paragraphe 3 n'est pas prévu dans un traité d'entraide judiciaire bilatéral existant entre les États parties, il est généralement considéré que « ces types de coopération viennent compléter de plein droit » le traité en question[559]. La Commission a apporté quelques modifications au texte du paragraphe 3 de l'article 46 aux fins du paragraphe 3 du projet d'article 14, compte tenu du fait que le présent projet d'articles n'est pas centré sur la corruption mais sur les crimes contre l'humanité.

12) Un nouvel alinéa a) a été inséré pour mettre en relief l'entraide judiciaire aux fins d'« identifier et localiser les auteurs présumés de l'infraction et, le cas échéant, les victimes, témoins ou autres personnes ». L'expression « le cas échéant » indique qu'il convient de tenir compte des préoccupations relatives à la confidentialité s'agissant des victimes, témoins et autres personnes, et les mots « et autres » devraient être compris comme incluant les experts ou autres personnes utiles dans le cadre de l'enquête ou des poursuites visant un auteur présumé. L'alinéa b) a également été modifié pour prévoir la possibilité qu'un État accorde une entraide judiciaire par vidéoconférence aux fins de recueillir des témoignages ou d'autres éléments de preuve. Cela a été jugé approprié au vu de l'utilisation croissante de cette forme de témoignage et de l'intérêt spécifique qu'elle présente pour la répression criminelle transnationale, reconnu également au paragraphe 16 du projet d'annexe[560]. L'alinéa e), qui permet à un État de solliciter une entraide judiciaire aux fins d'« examiner des objets et [de] visiter des lieux », a été modifié pour souligner la possibilité de recueillir des preuves médico-légales en lien avec des crimes contre l'humanité, compte tenu de l'importance que revêtent de telles preuves (collectées notamment grâce à l'exhumation et

[557] Voir, par exemple, Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992), Organisation des États américains, *Treaty Series*, n° 75, art. 7 ; Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), Traité d'entraide judiciaire en matière pénale (Kuala Lumpur, 29 novembre 2004), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2336, n° 41878, p. 288, art. 1, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 3.

[558] Voir, par exemple, Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale de 1990, résolution 45/117 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe, art. 1, par. 2 ; Traité entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale (Moscou, 17 juin 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2916, n° 50780, art. 2.

[559] *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 184, par. 605 (où il est également indiqué que pour certains systèmes juridiques, une modification de la législation peut être nécessaire pour prévoir des types de coopération supplémentaires).

[560] Cette disposition permet à un État d'autoriser une « audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable [que la personne] comparaisse en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ». Ce paragraphe est inspiré du paragraphe 18 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003.

l'examen de corps enterrés dans des fosses communes) dans les enquêtes approfondies sur cette catégorie de crimes.

13) L'alinéa g), qui permet à un État de demander une entraide aux fins d'obtenir « des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents », a été modifié par la suppression de la liste indicative figurant dans la Convention des Nations Unies contre la corruption[561], qui a été considérée comme mettant trop l'accent sur les documents financiers. Si de tels documents peuvent être utiles dans le contexte des crimes contre l'humanité, d'autres types de documents (tels que les certificats de décès et les rapports de police) le sont probablement tout autant, sinon davantage. De même, deux types d'assistance mentionnés dans la Convention des Nations Unies contre la corruption − aux alinéas j) et k)[562] − n'ont pas été inclus, parce qu'ils renvoient à des dispositions détaillées de cette convention relatives au recouvrement d'avoirs qui sont absentes du présent projet d'articles.

14) Bien que la Convention des Nations Unies contre la corruption regroupe le fait d'« effectuer des perquisitions et des saisies, ainsi que des gels »[563], la Commission a jugé approprié de déplacer la mention des « gels » à l'alinéa h), qui traite des produits du crime, de sorte que cet alinéa se lit désormais ainsi : « identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ou à toutes autres fins ». Les mots « ou d'autres choses » ont été ajoutés de manière à inclure des éléments qui ne concernent pas les pièces à conviction, comme la restitution de biens aux victimes.

15) Le paragraphe 4 du projet d'article 14 dispose que les États « ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article ». Le même libellé est employé au paragraphe 8 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[564] et une formulation similaire figure dans d'autres traités multilatéraux ou bilatéraux relatifs à l'entraide judiciaire[565]. Une telle disposition ne sera peut-être pas fréquemment nécessaire aux fins du présent projet d'articles, puisqu'il est peu probable que les infractions en cause soient de nature financière, mais un crime contre l'humanité peut supposer une situation où des actifs sont volés et où une entraide judiciaire en la matière peut être précieuse, non seulement pour prouver qu'il y a eu crime mais aussi pour recouvrer ces actifs et les restituer aux victimes. S'il est fait référence au secret « bancaire », cette disposition vise toutes les institutions financières, qu'elles soient ou non considérées comme des banques à strictement parler[566].

---

[561] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 3 (« f) fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société »).

[562] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 3 (« j) identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention ;
k) recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention. »). Ces dispositions sont également absentes de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000.

[563] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 3 c).

[564] Voir *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 185, par. 611 et 612 ; *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (note 553 *supra*), p. 173, 204 et 206.

[565] Voir, par exemple, Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 5 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 8 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 2 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 2 ; Traité d'entraide judiciaire en matière pénale de l'ASEAN, art. 3, par. 5.

[566] Le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale de 1990 dispose que l'entraide ne peut pas être refusée au motif du secret « bancaire ou imposé à des institutions financières analogues ». Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 2. Cependant, la plupart des traités citent simplement le « secret bancaire », ce qui est interprété comme s'appliquant également aux autres institutions financières. Voir, par exemple, *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 130.

16) Le paragraphe 5 du projet d'article 14 dispose que « [l]es États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent ». Cette disposition, fondée sur le paragraphe 30 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[567], n'impose aux États aucune mesure précise à cet égard, mais elle les encourage à envisager de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux supplémentaires pour améliorer l'application de l'article 14.

17) Le paragraphe 6 du projet d'article 14 admet que les autorités d'un État puissent communiquer des informations à un autre État, même en l'absence de demande officielle, si elles pensent que ces informations pourraient aider cet État à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires, ou l'amener à formuler une demande officielle. Innovante lorsqu'elle fut employée pour la première fois dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[568], cette disposition a été reproduite au paragraphe 4 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elle est rédigée de manière à laisser à l'État une certaine marge d'appréciation, puisqu'il « peut » communiquer des informations, et elle comporte en outre une clause « sans préjudice [du] droit interne ». Dans la pratique, les États recourent fréquemment à ce type d'échanges informels d'informations[569].

18) La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée comme la Convention des Nations Unies contre la corruption contiennent une disposition supplémentaire qui donne davantage de détails quant au traitement des informations communiquées[570]. Si ce type de détails peut être utile dans certaines circonstances, la Commission a estimé qu'aux fins du présent projet d'articles, le paragraphe 6 du projet d'article 14 suffisait à établir les bases de la coopération visée.

19) Le paragraphe 7 du projet d'article 14 traite de la relation entre le projet d'article 14 et un traité qui régirait l'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis. Il dispose clairement que « [l]es dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire ». En d'autres termes, tout autre traité d'entraide judiciaire existant entre les deux États continue de s'appliquer[571], mais il est complété par les dispositions du projet d'article 14 si celles-ci prévoient un degré plus élevé d'entraide judiciaire. Cette disposition s'inspire du libellé du paragraphe 6 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[572], mais contient en outre une clause

---

[567] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 30. Voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 30 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 20.

[568] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 4.

[569] *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 209.

[570] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 5 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 5. Lors de l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, une note interprétative officielle indiquait notamment ce qui suit : « a) lorsqu'un État partie envisage de communiquer spontanément des informations de nature particulièrement sensible ou envisage d'assortir de restrictions rigoureuses leur utilisation, il est jugé souhaitable qu'il consulte auparavant l'État qui doit recevoir éventuellement ces informations ; b) lorsqu'un État partie qui reçoit des informations conformément à cette disposition est déjà en possession d'informations similaires, il n'est pas tenu d'observer les restrictions que lui impose l'État qui les lui a communiquées. ». A/55/383/Add.1, par. 37.

[571] *Annuaire … 1972*, vol. II, p. 349, commentaire relatif au paragraphe 1 de l'article 10 (où, à propos d'une disposition similaire du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques ou d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, il est indiqué ce qui suit : « L'entraide en matière judiciaire est une question qui a toujours préoccupé les États et qui fait l'objet de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux. Le présent article préserve pleinement les obligations découlant de tels traités en vigueur entre les États parties au présent projet. »).

[572] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 6 (« Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire. »). Voir également

indiquant expressément ce qui est envisagé de manière implicite au paragraphe 6 de l'article 46 et dans des dispositions comparables[573].

20) Le paragraphe 8 du projet d'article 14 traite de l'application du projet d'annexe, lequel fait partie intégrante du présent projet d'articles. Ce paragraphe, qui s'inspire du paragraphe 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[574], dispose que le projet d'annexe s'applique lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis. Le projet d'annexe ne s'applique donc pas lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire entre l'État requérant et l'État requis. Le paragraphe 8 indique néanmoins que les deux États peuvent convenir d'appliquer les dispositions du projet d'annexe et sont encouragés à le faire si cela facilite la coopération.

21) De même que dans le cas du projet d'article 13 relatif à l'extradition, la Commission a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans le projet d'article 14 la condition de la double incrimination énoncée, par exemple, au paragraphe 9 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[575]. Comme cela a été indiqué précédemment, le présent projet d'articles sur les crimes contre l'humanité définit les crimes contre l'humanité au projet d'article 3 et, sur la base de cette définition, dispose aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 6 que les « crimes contre l'humanité » constituent des « infractions » au regard du droit pénal de chaque État. La condition de la double incrimination devrait donc être automatiquement satisfaite lorsqu'une demande d'entraide judiciaire est formulée en vertu du présent projet d'articles.

Article 15
Règlement des différends

1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux ou plusieurs États touchant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article qui n'aura pas été réglé par voie de négociation sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice, à moins que ces États ne conviennent de soumettre le différend à l'arbitrage.

3. Chaque État peut déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 6 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 6.

573 Voir, par exemple, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 159, par. 7.20 (« Cela signifie que lorsque la Convention exige la fourniture d'une assistance plus large, dans le contexte du trafic illicite, que celle qui est prévue par les dispositions du traité bilatéral ou multilatéral applicable, ce sont les dispositions de la Convention qui prévaudront. »).

574 Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 7 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 7. Voir également *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 185, par. 7.23 ; *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 184, par. 608.

575 Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 9 ; voir *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 186, par. 616 (« Les États parties peuvent toujours refuser ces demandes en invoquant l'absence de double incrimination. Toutefois, pour autant que cela soit compatible avec les concepts fondamentaux de leur système juridique, les États parties sont tenus de fournir une aide si elle n'implique pas de mesures coercitives. »).

Commentaire

1) Le projet d'article 15 traite du règlement des différends concernant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article. À l'heure actuelle, les États n'ont pas l'obligation de régler les différends interétatiques concernant spécifiquement la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Lorsque de tels différends peuvent être réglés, ils le sont au titre d'une obligation relative au règlement des différends qui ne vise pas spécifiquement cette catégorie de crimes[576]. Il a également été question de crimes contre l'humanité dans le cadre de l'examen, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de questions telles que le droit à un procès équitable[577], le principe *ne bis in idem*[578], le principe *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*[579] et la légalité des dispositions relatives à l'amnistie[580].

2) Le premier paragraphe du projet d'article 15 dispose que « les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article par voie de négociation ». Ce texte a été rédigé sur le modèle du paragraphe 1 de l'article 66 de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003[581]. On peut lire dans les *travaux préparatoires* relatifs à la disposition comparable de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 et du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, que ce type de clause « est à interpréter au sens large afin de montrer que les États sont encouragés à épuiser toutes les possibilités de règlement pacifique des différends, y compris la conciliation, la médiation et le recours à des organismes régionaux »[582].

3) Le paragraphe 2 du projet d'article 15 prévoit qu'un différend touchant l'interprétation ou l'application des présents projets d'article qui « n'aura pas été réglé par voie de négociation » sera soumis à une procédure obligatoire de règlement des différends. Aucun moyen ni délai ne sont prescrits pour mener les négociations, mais il est souhaitable que l'un des États tente véritablement d'ouvrir une négociation[583] sans se contenter de

---

[576] Par exemple, la question des crimes contre l'humanité a été soulevée devant la Cour internationale de Justice dans le contexte d'une demande reconventionnelle présentée par l'Italie comme suite à l'instance introduite par l'Allemagne sur le fondement de la Convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends (*Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie*), *demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010*, p. 310, aux pages 311 et 312, par. 3). En l'espèce, la Cour a toutefois conclu que, puisque la demande reconventionnelle présentée par l'Italie concernait des faits et situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention pour le règlement pacifique des différends, le 29 avril 1957, cette demande ne relevait pas de sa compétence (ibid., aux pages 320 et 321, par. 30).

[577] *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, requêtes n^os^ 34044/96, 35532/97 et 44801/98, arrêt du 22 mars 2001, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme (opinion concordante du juge Loucaides) ; et *K.-H. W. c. Allemagne*, requête n^o^ 37201/97, arrêt du 22 mars 2001, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2001-II (extraits) (opinion concordante du juge Loucaides).

[578] *Almonacid-Arellano*, arrêt du 26 septembre 2006 (voir *supra*, note 27), par. 154.

[579] *Kolk et Kislyiy c. Estonie*, requêtes n^os^ 23052/04 et 24018/04, décision du 17 janvier 2006 concernant la recevabilité, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2006-1.

[580] *Barrios Altos c. Pérou*, arrêt du 14 mars 2001 (voir *supra*, note 427) (opinion concordante du juge Sergio García-Ramírez), par. 13 ; *Gelman c. Uruguay*, arrêt du 24 février 2011 (fond et réparations), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n^o^ 221, par. 198 et 210 ; et *Marguš c. Croatie*, requête n^o^ 4455/10, arrêt du 27 mai 2014, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions 2014, par. 130 à 136 (extraits).

[581] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35, par. 1 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15, par. 1.

[582] Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, *Documents officiels* (travaux préparatoires) *des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dixième session, Vienne, 17-28 juillet 2000* (A/AC.254/33), par. 34.

[583] Pour une analyse de dispositions similaires, voir l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération*

protester contre le comportement de l'autre État[584]. En cas d'échec des négociations, la plupart des traités portant sur des infractions de droit interne font obligation à l'État demandeur de solliciter un arbitrage avant de porter le différend devant la Cour internationale de Justice[585]. La Commission a toutefois estimé qu'il était approprié dans le contexte du présent projet d'articles, qui traite des crimes contre l'humanité, de prévoir de saisir directement la Cour internationale de Justice à moins que les deux États concernés ne conviennent de soumettre la question à l'arbitrage. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 prévoit de même la saisine directe de la Cour internationale de Justice pour le règlement des différends[586].

4) Le paragraphe 3 du projet d'article 15 dispose que « chaque État peut déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 », auquel cas « les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 » envers cet État. La plupart des traités portant sur des infractions de droit interne et prévoyant le règlement des différends interétatiques laissent aux États parties la faculté de se retirer expressément de cette procédure de règlement obligatoire[587]. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 66 de la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit que « [c]haque État partie peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il ne se considère pas lié par le paragraphe 2 du présent article. Les autres États

---

de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 70, à la page 132, par. 157 (dans laquelle la Cour a estimé que la notion de négociation impliquait « à tout le moins[,] que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend ») ; ibid., p. 133, par. 159 (« il n'est satisfait à la condition préalable de tenir des négociations que lorsque celles-ci ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse ») ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique c. Sénégal*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, aux pages 445 et 446, par. 57 (« L'exigence […] ne saurait être entendue comme une impossibilité théorique de parvenir à un règlement. ») ; *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 31 décembre 1961, C.I.J. Recueil 1962*, p. 319, à la page 345 (cette exigence suppose qu'« il [ne soit pas] raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement »).

584 Voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, aux pages 40 et 41, par. 91.

585 Voir, par exemple : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 20, par. 1 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13, par. 1 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16, par. 1 ; Convention contre la torture, art. 30, par. 1 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 22, par. 1 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 20, par. 1 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35, par. 2 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 66, par. 2. L'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale exige que le différend soit d'abord soumis au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui à son tour saisit une commission de conciliation ad hoc (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 11 à 13 et 22).

586 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. IX ; voir aussi la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 22, par. 2.

587 Voir, par exemple : Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 12, par. 2 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16, par. 2 ; Convention contre la torture, art. 30, par. 2 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 22, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 20, par. 2 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35, par. 3 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15, par. 3 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 2.

parties ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent article envers tout État partie ayant émis une telle réserve ». Comme il a été indiqué précédemment, 181 États sont actuellement parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption ; 42 d'entre eux ont déclaré qu'ils ne s'estimaient pas liés par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 66[588].

5) Le paragraphe 4 du projet d'article 15 dispose que « [t]out État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment ». Des traités récents visant des infractions de droit interne et prévoyant une procédure de règlement des différends contiennent aussi une telle disposition[589]. C'est le cas par exemple, de la Convention des Nations Unies contre la corruption, dont le paragraphe 4 de l'article 66 dispose ce qui suit : « Tout État partie qui a émis une réserve en vertu du paragraphe 3 du présent article peut la retirer à tout moment en adressant une notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. ».

6) D'aucuns ont exprimé l'avis que le présent projet d'articles ne devait pas contenir de disposition relative au règlement des différends, étant donné qu'une telle disposition faisait partie des clauses finales-catégorie de dispositions que la Commission avait décidé de ne pas inclure dans le présent projet d'articles. D'autres ont par ailleurs estimé que le projet d'article 15 sur le règlement des différends devait établir la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, comme l'article IX de la Convention sur le Génocide.

Annexe

1. Ce projet d'annexe s'applique en conformité avec le paragraphe 8 du projet d'article 14.

Désignation d'une autorité centrale

2. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Les autorités centrales assurent l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme des demandes reçues. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification par chaque État adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

Procédures de présentation des demandes

3. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de

[588] L'Union européenne a également déposé la déclaration ci-après relative au paragraphe 2 de l'article 66 : « En ce qui concerne l'article 66, par. 2, la Communauté souligne que, conformément à l'article 34, par. 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Par conséquent, en vertu de l'article 66, par. 2, de la Convention, les différends auxquels la Communauté sera partie ne pourront être réglés que par voie d'arbitrage. ».

[589] Voir, par exemple : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35, par. 4 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 15, par. 4 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 3.

l'Organisation des Nations Unies par chacun de ces États. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

4. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

a) La désignation de l'autorité dont émane la demande ;

b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ;

c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ;

d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquer ;

e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ;

f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandées.

5. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

Réponse de l'État requis

6. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

7. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en en informe promptement l'État requis.

8. L'entraide judiciaire peut être refusée :

a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'annexe ;

b) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ;

c) Au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence ;

d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

9. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

10. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

11. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 8 du présent projet d'annexe ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 10, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

12. L'État requis :

a) Fournit à l'État requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès ; et

b) Peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

Utilisation de l'information par l'État requérant

13. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

14. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

Déposition de personnes provenant de l'État requis

15. Sans préjudice de l'application du paragraphe 19 du présent projet d'annexe, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omission ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

16. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle comparaisse en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

17. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions couvertes par les présents projets d'article, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause ; et

b) Les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

18. Aux fins du paragraphe 17 du présent projet d'annexe :

a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée ;

b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États ;

c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise ; et

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

19. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 17 et 18 du présent projet d'annexe ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

Frais

20. Les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 s'applique à toute demande d'entraide judiciaire entre un État requérant et un État requis. Comme il est indiqué au paragraphe 8 de ce projet d'article, le projet d'annexe s'applique à titre subsidiaire aux demandes d'entraide lorsque l'État requérant et l'État requis ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Lorsque lesdits États sont liés par un tel traité, ils peuvent choisir d'appliquer le projet d'annexe s'il facilite la coopération.

2) Le projet d'annexe fait partie intégrante du projet d'articles. Par conséquent, le paragraphe 1 du projet d'annexe dispose que celui-ci « s'applique en conformité avec le paragraphe 8 du projet d'article 14 ».

Désignation d'une autorité centrale

3) Au paragraphe 2 du projet d'annexe, il est demandé aux États de désigner une autorité centrale, à laquelle est confiée la responsabilité de traiter les demandes d'entraide reçues et formulées, et d'adresser au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notification de l'autorité centrale choisie. Pour la désignation de l'« autorité centrale », l'accent est mis non pas sur le lieu où elle se trouve géographiquement mais sur le rôle centralisateur qu'elle joue sur le plan institutionnel à l'égard de l'État ou de l'une de ses régions[590]. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 13 de l'article 46 de la Convention

[590] A/55/383/Add.1, par. 40.

des Nations Unies contre la corruption de 2003[591]. En 2015, tous les États parties à cette Convention, sauf trois, avaient désigné une autorité centrale[592].

Procédures de présentation des demandes

4) Les paragraphes 3 à 5 du projet d'annexe traitent des procédures par lesquelles un État présente une demande d'entraide judiciaire à un autre État.

5) Le paragraphe 3 du projet d'annexe dispose que les demandes sont adressées par écrit et dans une langue acceptable pour l'État requis. En outre, il fait obligation à chaque État de notifier la ou les langues qui sont acceptables pour lui au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 14 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[593].

6) Le paragraphe 4 du projet d'annexe énumère les renseignements devant figurer dans une demande d'entraide judiciaire, à savoir notamment la désignation de l'autorité dont émane la demande, le but dans lequel les preuves, renseignements ou actes requis sont demandés, ainsi qu'un exposé des faits pertinents. Cette disposition, qui fixe les exigences minimales pour une demande d'entraide judiciaire, ne devrait pas être interprétée comme empêchant d'inclure d'autres renseignements dans la demande, si ces renseignements peuvent permettre de préciser la demande ou d'en accélérer le traitement. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 15 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[594].

7) Le paragraphe 5 du projet d'annexe autorise l'État requis à demander un complément d'information, soit lorsque cela lui apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne, soit lorsque cela pourrait être utile pour l'exécution de la demande. Il vise à couvrir un large éventail de situations, telles que celles où le droit interne de l'État requis exige que davantage de renseignements soient fournis pour que la demande puisse être approuvée et exécutée ou celles où l'État requis a besoin de la part de l'État requérant d'informations supplémentaires ou d'orientations sur la manière de procéder dans le cadre d'une enquête particulière[595]. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 16 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[596].

Réponse de l'État requis

8) Les paragraphes 6 à 12 du projet d'annexe traitent de la réponse de l'État requis à la demande d'entraide judiciaire.

9) Le paragraphe 6 du projet d'annexe dispose que la demande « est exécutée conformément au droit interne de l'État requis » et, dans la mesure où cela ne contrevient pas à ce droit et lorsque cela est possible, « conformément aux procédures spécifiées dans la demande ». Cette disposition est formulée de manière restrictive, de façon à viser uniquement le processus par lequel l'État exécute la demande ; elle ne prévoit pas de motifs de refus de répondre à une demande, ces motifs faisant l'objet du paragraphe 8 du projet

[591] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 8 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 13.

[592] *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 212.

[593] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 9 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 14 ; *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 213 et 214.

[594] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 10 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 15 ; *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 164, par. 7.33.

[595] *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 164, par. 7.34.

[596] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 11 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 16.

d'annexe. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 17 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[597].

10) Le paragraphe 7 du projet d'annexe dispose que la demande est traitée aussi promptement que possible, compte tenu de tous délais suggérés par l'État requérant, et que l'État requis tient l'État requérant raisonnablement informé des progrès réalisés dans son exécution. Lu conjointement avec le paragraphe 6, le paragraphe 7 fait obligation à l'État requis d'exécuter une demande d'entraide judiciaire d'une manière efficace et en temps voulu. Cela étant, le paragraphe 7 doit aussi être lu à la lumière de l'autorisation de différer l'exécution de la demande fondée sur les motifs énoncés au paragraphe 10. Le paragraphe 7 s'inspire du paragraphe 24 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[598].

11) Le paragraphe 8 du projet d'annexe prévoit quatre cas dans lesquels une demande d'entraide judiciaire peut être refusée et il s'inspire du paragraphe 21 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[599]. Son alinéa a) autorise l'État requis à refuser l'entraide judiciaire lorsque la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du projet d'annexe. Son alinéa b) autorise l'État requis à refuser de fournir l'entraide judiciaire « s['il] estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ». Son alinéa c) autorise l'État requis à refuser l'entraide judiciaire « au cas où [son] droit interne interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue » si les poursuites étaient engagées dans cet État. Son alinéa d) autorise l'État requis à refuser l'entraide judiciaire au cas où il serait contraire au système juridique dudit État d'accepter la demande. La Commission s'est interrogée sur le point de savoir si l'on devait ajouter un motif supplémentaire de refus de l'entraide fondé sur le principe de non-discrimination, mais elle a décidé que les motifs déjà prévus (en particulier aux alinéas b) et d)) étaient suffisamment larges pour englober ce principe. Il a notamment été observé qu'un tel motif supplémentaire avait déjà été envisagé au cours de la rédaction du projet de Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000, mais que l'on y avait renoncé en considérant qu'il était déjà couvert par l'alinéa b) de l'article considéré[600].

12) Au paragraphe 9 du projet d'annexe, il est dit que « [T]out refus d'entraide judiciaire doit être motivé ». Cette exigence permet à l'État requérant de comprendre pourquoi sa demande a été rejetée, en favorisant également une meilleure compréhension des contraintes qui existent non seulement dans le cas de cette demande particulière mais aussi pour des demandes futures. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 23 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[601].

13) Le paragraphe 10 du projet d'annexe dispose que l'entraide judiciaire « peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours ». Cette disposition offre à l'État requis une certaine souplesse pour différer la communication de renseignements si cela est nécessaire pour

[597] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 12 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 17.

[598] Voir aussi la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 24.

[599] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 15 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 21 ; Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, nº 6841, p. 185, art. 2 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 1. Pour un commentaire, voir Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale*, document 20.IV.1969, p. 5 ; *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 168 et 169, par. 7.49 à 7.51 ; et A/55/383/Add.1, par. 42.

[600] Voir A/55/383/Add.1, par. 42.

[601] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 16 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 23 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 5.

éviter de faire obstacle au bon déroulement d'une enquête ou d'une procédure en cours dans cet État. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 25 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[602].

14) Le paragraphe 11 du projet d'annexe fait obligation à l'État requis, avant de refuser une demande, d'« étudie[r] avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières ». Dans certains cas, le motif du refus peut être un problème purement technique que l'État requérant peut résoudre facilement, auquel cas des consultations contribueront à clarifier le problème et permettront de procéder au traitement de la demande. Le libellé retenu pour le paragraphe correspondant de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 indiquait simplement la nécessité de tenir des consultations au sujet d'un éventuel ajournement de la demande d'entraide judiciaire[603]. Dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, le champ d'application de cette disposition a toutefois été élargi de manière et inclut également le refus de l'entraide[604]. Cette approche été suivie au paragraphe 26 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[605], sur lequel est fondé le paragraphe 11 du projet d'annexe.

15) Le paragraphe 12 du projet d'annexe, qui traite de la communication par l'État requis des dossiers, documents ou renseignements administratifs à l'État requérant, précise que le premier « fournit » au second les renseignements auxquels le public a accès, tandis qu'il « peut fournir » les renseignements auxquels le public n'a pas accès. Cette approche permet d'encourager l'État requis à fournir des informations confidentielles sans qu'il n'y soit contraint. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 29 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[606].

Utilisation de l'information par l'État requérant

16) Les paragraphes 13 et 14 du projet d'annexe portent sur l'utilisation par l'État requérant de l'information reçue de l'État requis.

17) Le paragraphe 13 du projet d'annexe interdit à l'État requérant de transmettre les informations reçues à un tiers, comme un autre État, et d'utiliser ces informations « pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis ». Ainsi qu'il a été observé au sujet du paragraphe 4 du projet d'annexe, l'État requérant doit indiquer dans sa demande « le but dans le lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandées ». Lorsque les informations reçues par l'État requérant sont à la décharge d'un accusé, cet État peut toutefois les révéler à l'intéressé (comme son droit interne peut lui en faire obligation), après avoir en avoir avisé l'État requis lorsque cela est possible. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 19 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[607].

602 Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 17 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 25 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 4, par. 3.

603 Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 17.

604 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 26.

605 Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46, par. 26 (« Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 21 du présent article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 25, l'État partie requis étudie avec l'État partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières. »).

606 Voir aussi la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 29.

607 Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 13 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 3 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 19. Pour un commentaire, voir *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 167, par. 7.43.

18) Le paragraphe 14 du projet d'annexe autorise l'État requérant à exiger de l'État requis qu'il garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 20 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[608].

Déposition de personnes provenant de l'État requis

19) Les paragraphes 15 et 16 du projet d'annexe traitent des procédures qui permettent à l'État requérant d'obtenir la déposition d'une personne se trouvant dans l'État requis.

20) Le paragraphe 15 du projet d'annexe est pour l'essentiel une disposition relative à une forme d'immunité temporaire qui confère à toute personne provenant de l'État requis qui se rend dans l'État requérant, pendant la durée de sa déposition, une protection contre les poursuites, la détention, les sanctions et autres restrictions de sa liberté qui pourraient lui être imposées sur le territoire de l'État requérant à raison d'actes antérieurs à son départ de l'État requis. Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 15, cette protection ne s'étend pas aux actes postérieurs au départ de l'intéressé, ni ne perdure indéfiniment après la déposition. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 27 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[609].

21) Le paragraphe 16 du projet d'annexe traite des dépositions par vidéoconférence, technologie intéressante sur le plan des coûts dont l'utilisation qui tend à se généraliser. Les auditions par vidéoconférence ne sont pas obligatoires, mais lorsqu'il « n'est pas possible ou souhaitable que [l'individu en question] comparaisse en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant » l'État requis peut les autoriser. Il n'y sera toutefois recouru que lorsque « cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne », clause qu'il convient d'entendre comme renvoyant tant au droit interne de l'État requérant qu'à celui de l'État requis. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 18 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[610]. Il est dit dans le rapport de 2015 sur l'application de la Convention des Nations Unies sur la corruption que le recours à cette disposition est fréquent :

> L'audition de témoins et d'experts par vidéoconférence s'avère être un moyen qui permet d'économiser du temps et de l'argent dans le cadre de l'entraide judiciaire et qui peut contribuer à surmonter certaines difficultés d'ordre pratique, par exemple, lorsque la personne dont la déposition est sollicitée ne peut pas ou ne souhaite pas se rendre dans un pays étranger pour témoigner. C'est pourquoi cette solution est de plus en plus souvent acceptée et utilisée par les autorités compétentes[611].

Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

22) Les paragraphes 17 à 19 du projet d'annexe traitent de la situation dans laquelle un État requérant cherche à obtenir le transfèrement depuis l'État requis d'une personne qui y est détenue ou y purge une peine.

23) Le paragraphe 17 du projet d'annexe autorise le transfèrement d'une personne se trouvant sous la garde de l'État requis vers l'État requérant, lorsque la personne concernée « y consent librement et en toute connaissance de cause » et que les « autorités compétentes » de l'État requérant et de l'État requis y consentent. Cette disposition devrait être interprétée comme visant les personnes qui se trouvent en détention aux fins d'une

[608] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 20 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 9.

[609] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 27 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 18 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 15 ; Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 12 ; *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 171, par. 7.55.

[610] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 18 ; A/55/383/Add.1, par. 41 ; *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 189, par. 629.

[611] *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 215.

procédure pénale ou pour purger une peine, qui effectuent des travaux obligatoires d'intérêt général ou dont les déplacements sont limités à certaines zones dans le cadre d'un système de probation. Bien que le motif principal de ces transferts soit de recueillir la déposition de témoins, cette disposition vise également de manière plus large les transferts permettant aux personnes concernées d'apporter leur concours dans le cadre « d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires ». Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 10 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[612].

24) Le paragraphe 18 du projet d'annexe décrit l'obligation faite à l'État requérant de garder la personne transférée sous sa garde, sauf s'il en est convenu autrement, et de la remettre à l'État requis conformément à l'accord de transfèrement, sans que cet État ait besoin d'engager une procédure d'extradition. Ce paragraphe porte également sur l'obligation faite à l'État requis de tenir compte de la période que la personne transférée a passé en détention dans l'État requérant. Il s'inspire du paragraphe 11 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[613].

25) Le paragraphe 19 du projet d'annexe, similaire à la disposition sur l'immunité temporaire figurant au paragraphe 15 de ce même projet, dispose que pendant la période où elle se trouve dans l'État requérant, la personne transférée bénéficie d'une protection contre les poursuites, la détention, les sanctions ou d'autres restrictions de sa liberté que cet État pourrait lui imposer à raison d'actes antérieurs à son départ de l'État requis. Ce paragraphe permet toutefois à l'État requis de consentir à de telles mesures. En outre, cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 18, qui fait obligation à l'État requérant de garder la personne transférée sous sa garde, en raison de son placement en détention ou de la peine qu'elle exécute dans l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement. Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 12 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[614].

Frais

26) Le paragraphe 20 du projet d'annexe, qui porte sur la question des frais, indique notamment que « [l]es frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés ». La seconde phrase prévoit que les États se consultent lorsque les dépenses nécessaires pour exécuter la demande se révèlent « importantes ou extraordinaires ». Ce paragraphe s'inspire du paragraphe 28 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption[615].

27) Différentes notes interprétatives ou commentaires portant sur des dispositions comparables figurant dans d'autres traités offrent des orientations quant au sens de cette disposition. Il est dit, par exemple, dans le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes que :

> Cette règle a été introduite dans un souci de simplicité afin d'éviter d'avoir à tenir des comptes compliqués et repose sur l'idée qu'avec le temps il s'établira un équilibre approximatif entre les États, qui pourront être appelés à être parfois requérants et parfois requis. Dans la pratique, toutefois, cet équilibre n'est pas toujours respecté et les demandes entre États peuvent être essentiellement à sens

[612] Voir aussi : Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 16, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 10 ; A/55/383/Add.1, par. 39.

[613] Voir aussi : Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 16, par. 2 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 11.

[614] Voir aussi : Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 16, par. 3 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 12.

[615] Voir aussi : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 19 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 28 ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 19.

unique. Aussi les derniers mots de la première phrase permettent-ils aux Parties de déroger à la règle générale, même pour les frais ordinaires[616].

28) Il est indiqué dans une note de bas de page se rapportant au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale de 1990 :

> Par exemple, l'État requis prendrait à sa charge le coût ordinaire de l'exécution de la demande d'entraide judiciaire, sous réserve que l'État requérant prenne à sa charge : a) les dépenses exceptionnelles ou extraordinaires occasionnées par l'exécution de la demande, si l'État requis lui en fait la demande et sous réserve de concertations préalables ; b) le coût du transport aller et retour d'une personne entre le territoire de l'État requis et celui de l'État requérant et des frais, allocations et dépenses à rembourser à cette personne qui a séjourné dans l'État requérant... ; c) les dépenses associées au transport d'agents de surveillante ou d'escorte ; et d) les frais d'établissement de rapports d'experts[617].

29) Une note interprétative se rapportant à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée précise également :

> Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que nombre des frais afférents à l'exécution des demandes [concernant le transfert des personnes ou l'organisation de vidéoconférences] seraient généralement considérés comme extraordinaires. En outre, il faudra préciser qu'il est entendu que les pays en développement peuvent avoir des difficultés à assumer même certains frais ordinaires et qu'il devrait leur être fourni une assistance appropriée pour leur permettre de se conformer aux exigences du présent article[618].

30) Enfin, selon les travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la corruption :

> Les travaux préparatoires indiqueront en outre qu'il est entendu que les pays en développement risquent de rencontrer des difficultés pour financer ne serait-ce que certains coût ordinaires et qu'il faudrait leur accorder une assistance appropriée pour leur permettre de satisfaire aux dispositions de cet article[619].

---

[616] *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, p. 171, par. 7.57.

[617] Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 19, note 124.

[618] A/55/383/Add.1, par. 43.

[619] Notes interprétatives pour les *documents officiels* (travaux préparatoires) *des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la corruption* (A/58/422/Add.1), par. 44.

Chapitre V
Application provisoire des traités

A. Introduction

47. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Application provisoire des traités » et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour le sujet[620]. Dans sa résolution 67/92 en date du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

48. À ce jour, le Rapporteur spécial a soumis quatre rapports[621], que la Commission a examinés à ses soixante-cinquième à soixante-huitième sessions (2013-2016). Deux mémorandums élaborés par le Secrétariat ont également été soumis à la Commission, l'un à sa soixante-cinquième session (2013) et l'autre à sa soixante-septième session (2015)[622].

49. À sa soixante-huitième session (2016), sur la base des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans ses troisième et quatrième rapports, la Commission a pris note des projets de directives 1 à 4 et 6 à 9, tels que provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Faute de temps, il a été décidé d'examiner les projets de directives 5 et 10 à la session suivante.

B. Examen du sujet à la présente session

50. À sa 3349e séance, le 2 mai 2017, la Commission a décidé de renvoyer les projets de directives 1 à 4 et 6 à 9 au Comité de rédaction afin de disposer d'un ensemble consolidé de projets de directive déjà adoptés provisoirement par le Comité.

51. À ses 3357e et 3382e séances, les 12 mai et 26 juillet 2017, respectivement, la Commission a provisoirement adopté les projets de directives 1 à 11 tels que présentés par le Comité de rédaction dans ses deux premiers rapports sur le sujet à la présente session (voir sect. C.1 *infra*)[623].

52. Le groupe de travail constitué à la 3357e séance, le 12 mai 2017, en vue d'examiner les projets de commentaire des projets de directive sur l'application provisoire des traités s'est réuni deux fois, les 18 et 29 mai 2017.

53. À sa 3386e séance, le 2 août 2017, la Commission a adopté les commentaires des projets de directive provisoirement adoptés à la session en cours (voir sect. C.2 *infra*).

54 La Commission était également saisie d'une nouvelle étude du Secrétariat analysant la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives[624]. L'examen en a été renvoyé à la session suivante de la Commission.

---

620 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément nº 10* (A/67/10), par. 267.

621 A/CN.4/664 (premier rapport), A/CN.4/675 (deuxième rapport), A/CN.4/687 (troisième rapport) et A/CN.4/699 et Add.1 (quatrième rapport).

622 A/CN.4/658 et A/CN.4/676.

623 A/CN.4/L.895.

624 A/CN.4/707.

C. Texte des projets de directive sur l'application provisoire des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directive

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

Directive 1
Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités.

Directive 2
Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

Directive 3
Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

Directive 4
Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

a) D'un traité distinct ; ou

b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

Directive 5
Prise d'effet de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Directive 6
Effets juridiques de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

Directive 7
Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

Directive 8
Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie

À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Directive 9
Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Directive 10
Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Directive 11
Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation.

2. Texte des projets de directive et des commentaires y afférents provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session

56. Le texte des projets de directive et des commentaires y afférents provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session est reproduit ci-après.

Application provisoire des traités

Commentaire général

1) L'objet des projets de directive est de fournir une aide aux États, aux organisations internationales et à d'autres en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application

à titre provisoire des traités[625]. Ces entités peuvent rencontrer des difficultés concernant, notamment, la forme de l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, la prise d'effet et l'extinction de l'application provisoire et les effets juridiques de celle-ci. Les projets de directive visent à les orienter vers des réponses conformes aux règles en vigueur ou vers les solutions paraissant les plus adaptées à la pratique contemporaine.

2) Sans être juridiquement contraignants en tant que tels, les projets de directive sont le reflet de règles de droit international existantes. Ils sont essentiellement basés sur l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (la « Convention de Vienne de 1969 »)[626] et l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (la « Convention de Vienne de 1986 »)[627], qu'ils tendent à préciser, et sur la pratique des États et des organisations internationales en la matière, sans préjudice des autres règles de droit international.

3) Il est bien entendu impossible d'apporter une réponse à toutes les questions qui peuvent se poser dans la pratique et de couvrir la multitude de situations que peuvent rencontrer les États et les organisations internationales. Cela ne pose toutefois pas problème car il s'agit, dans les présents projets de directive, de préserver la souplesse inhérente à l'application provisoire des traités[628] et d'éviter toute tentation d'être excessivement prescriptif. C'est pour cette raison que les projets de directive permettent aux États et aux organisations internationales d'exclure d'un commun accord, s'ils le souhaitent, les pratiques visées dans certains projets de directive.

4) Les projets de directive devraient en outre permettre d'harmoniser l'emploi des termes et ainsi d'éviter la confusion. Le recours fréquent à certaines expressions[629], telles qu'« entrée en vigueur provisoire », par opposition à « entrée en vigueur définitive », a donné lieu à une certaine confusion en ce qui concerne la portée et les effets juridiques de la notion d'application provisoire des traités. En outre, dans bien des cas, les traités ne contiennent pas le qualificatif « provisoire » et parlent plutôt d'application « temporaire » ou « intérimaire »[630]. C'est pourquoi l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, même s'il constitue le fondement juridique du sujet[631], a été critiqué pour son manque de clarté[632] et de précision juridique[633]. Les présents projets de directive visent à apporter des éclaircissements à cet égard.

---

625 Comme tous les travaux de la Commission, les projets de directive doivent être lus en conjonction avec les commentaires y relatifs.

626 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331.

627 A/CONF.129/15 (pas encore entré en vigueur).

628 Voir A/CN.4/664, par. 28 à 30.

629 À cet égard, il peut être fait référence à l'analyse figurant dans *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 1975-2010* (Abuja, Ministère des affaires étrangères du Nigéria), 2011, recueil de 59 traités conclus sous les auspices de la Communauté. Il ressort de cette analyse que seuls 11 de ces 59 traités ne prévoient pas l'application provisoire (voir A/CN.4/699, par. 168 à 174).

630 Voir le paragraphe 33 de la lettre de la République fédérative de Yougoslavie dans l'Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérative de Yougoslavie sur le statut du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République fédérative de Yougoslavie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2042, nº 35283, p. 23, et *Nations Unies, Annuaire juridique 1998* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.5), à la page 136) ; l'article 15 de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Bélarus et le Gouvernement de l'Irlande relatif aux conditions de récupération de citoyens mineurs de la République du Bélarus en Irlande (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2679, nº 47597, p. 65, à la page 79) ; et l'article 16 de l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD (ibid., vol. 2794, nº 49154, p. 67). Voir les mémorandums du secrétariat sur les origines de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (A/CN.4/658 et A/CN.4/676).

631 Voir A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), p. 22.

632 Voir A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Éd. A. Pedone, 2005), p. 111.

633 Voir M. A. Rogoff et B. E. Gauditz, « The provisional application of international agreements », dans *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), nº 1, p. 41.

5) L'objet de l'application à titre provisoire est de donner un effet immédiat à tout ou partie des dispositions d'un traité, sans attendre l'accomplissement des modalités internes et internationales nécessaires à l'entrée en vigueur de celui-ci[634]. L'application provisoire est un mécanisme qui permet aux États et aux organisations internationales de donner des effets juridiques à un traité ou à une partie d'un traité en en appliquant les dispositions afin de répondre à un besoin créé par certains actes, événements ou situations avant son entrée en vigueur[635]. Cette notion a été définie comme étant l'application des termes d'un traité et le consentement à y être lié dans l'attente de l'entrée en vigueur dudit traité[636], ainsi que comme une procédure simplifiée permettant d'obtenir l'application d'un traité ou d'une partie d'un traité pour une durée limitée[637]. L'application provisoire peut notamment être utile lorsque le traité porte sur une question présentant un certain degré d'urgence ou lorsque les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation cherchent à instaurer la confiance[638], entre autres objectifs[639].

6) Une bibliographie indicative est jointe aux présents commentaires*.

Directive 1
Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités.

Commentaire

1) Le projet de directive 1 traite du champ d'application des projets de directive. Pour comprendre la finalité des projets de directive, il convient de lire cette disposition en parallèle avec le projet de directive 2, qui en énonce l'objet.

2) Les termes « portent sur » ont été jugés plus appropriés pour un texte destiné à fournir des orientations aux États et aux organisations internationales que d'autres formulations, comme « s'appliquent à », plus souvent utilisée dans des textes établissant des règles applicables aux États et aux autres sujets de droit international.

3) La Commission a décidé de ne pas employer de formulation limitant aux États le champ d'application *ratione personae* des projets de directive. Ceux-ci s'appliquent également aux organisations internationales, comme l'indique clairement la référence conjointe à l'« État ou l'organisation internationale » et aux « États ou organisations internationales » dans les projets de directives 5, 6, 7, 9[640], 10 et 11. Cela cadre avec le fait que l'application provisoire des traités est envisagée à la fois à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969[641] et à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986[642].

---

634 Voir D. Mathy, « Article 25 », dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. I, p. 1047 à 1070.

635 Voir Mertsch, *Provisionally Applied Treaties* (voir *supra*, note 631).

636 R. Lefeber, « Treaties, provisional application », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1.

637 Voir M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 354.

638 Voir H. Krieger, « Article 25 », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Heidelberg et New York, Springer, 2012), p. 408.

639 Voir A/CN.4/664, par. 25 à 35.

* À venir.

640 La question du rôle que pourrait jouer une organisation internationale ou une conférence internationale dans un accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est abordée dans le projet de directive 4.

641 L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 se lit comme suit :

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

Directive 2
Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 2 porte sur l'objet des projets de directive, suivant la pratique de la Commission qui consiste à inclure ce type de disposition dans les textes qu'elle élabore afin d'en clarifier l'objet. Dans le cas présent, les projets de directive sont destinés à fournir des orientations aux États et aux organisations internationales en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités.

2) Le projet de directive 2 vise à mettre l'accent sur le fait que les directives sont basées sur la Convention de Vienne de 1969 et sur d'autres règles de droit international, et notamment sur la Convention de Vienne de 1986.

3) Le projet de directive 2 vient établir le principe sur lequel repose l'ensemble des projets de directives, à savoir que l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne reflète pas nécessairement tous les aspects de la pratique contemporaine en ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités. Cela est exprimé par le fait que sont mentionnés à la fois « le droit et la pratique » relatifs à l'application à titre provisoire des traités, ainsi que par la référence à d'« autres règles de droit international », qui reflète l'idée, partagée au sein de la Commission, selon laquelle d'autres règles de droit international, comme celles du droit international coutumier, peuvent également s'appliquer à l'application à titre provisoire des traités.

4) Dans le même temps, sans nier qu'il puisse exister d'autres règles et pratiques concernant l'application à titre provisoire des traités, les projets de directive attestent l'importance fondamentale de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. L'emploi des termes « sur la base de » et la référence expresse à l'article 25 sont destinés à souligner que cet article est le point de départ des projets de directive, même s'il doit être complété par d'autres règles de droit international pour donner une vue d'ensemble du droit applicable à l'application à titre provisoire des traités.

Directive 3
Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

---

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

642 L'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 se lit comme suit :

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) Si les États et les organisations ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux États et aux organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Commentaire

1) Le projet de directive 3 énonce la règle générale en matière d'application provisoire des traités. Dans ce projet de directive, la Commission a délibérément cherché à suivre le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, afin de souligner que l'article 25 est le point de départ des projets de directive. Cela s'entend sous réserve de l'idée, exprimée dans le paragraphe 3) du commentaire du projet de directive 2, selon laquelle les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne reflètent pas nécessairement tous les aspects de la pratique contemporaine en matière d'application à titre provisoire des traités.

2) Le premier membre de phrase confirme qu'il est de manière générale possible qu'un traité ou une partie d'un traité soit appliqué à titre provisoire. Si la formulation suit celle de la phrase introductive du paragraphe 1 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, le terme « peut » y est néanmoins employé, afin de souligner le caractère facultatif de l'application provisoire. La Commission s'est par ailleurs attachée à trouver la meilleure manière de renvoyer, dans le texte, aux États ou organisations internationales pouvant appliquer un traité à titre provisoire et aux États ou organisations internationales dont l'accord est requis aux fins de l'application provisoire, et elle a, en conséquence, retenu une formulation plus générale.

3) À la différence de l'article 25, dont l'alinéa b) du paragraphe 1 fait référence à un accord sur l'application à titre provisoire d'un traité existant entre les « États ayant participé à la négociation » ou « les États et les organisations ayant participé à la négociation », le projet de directive 3 ne précise pas quels États ou organisations internationales peuvent appliquer un traité à titre provisoire. Lorsqu'elle a examiné l'opportunité d'aligner le texte du projet de directive sur celui de l'article 25 en restreignant l'applicabilité de la règle générale à un groupe d'États ou d'organisations internationales particulier, la Commission a estimé qu'il ressortait de la pratique contemporaine qu'un traité pouvait être appliqué à titre provisoire par des États ou des organisations internationales n'ayant pas participé à sa négociation. La question de savoir si l'emploi de l'expression « États ayant participé à la négociation » qui figure au paragraphe 1 b) de l'article 25 empêcherait des États ou des organisations internationales n'ayant pas participé à la négociation de conclure un accord sur l'application provisoire ne pouvait pas être clairement tranchée sur la base des traités multilatéraux pris en considération[643]. En outre, il a semblé moins utile d'établir une distinction entre différents groupes d'États ou d'organisations internationales du point de vue de leur relation au traité dans le contexte des traités bilatéraux, qui constituent la grande majorité des traités appliqués à titre provisoire. La pratique pertinente a toutefois été déterminée à la lumière de certains accords sur des produits de base qui ont été appliqués au-delà de leur date d'extinction alors qu'ils n'étaient jamais entrés en vigueur[644]. Dans le cas de ces accords, prorogés par les États alors qu'ils n'avaient été appliqués qu'à titre provisoire, la prorogation a été interprétée comme s'appliquant également aux États ayant adhéré à l'accord, ce qui montre que ces États étaient considérés comme ayant également appliqué l'accord à titre provisoire.

[643] Voir A/CN.4/707, par. 37.

[644] Voir, par exemple, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1955, nº 33484, p. 81), qui a été prorogé plusieurs fois en vertu de l'article 46 de l'Accord et auquel quelques États (Guatemala, Mexique, Nigéria et Pologne) ont adhéré dans l'intervalle. Voir aussi le cas du Monténégro vis-à-vis du Protocole nº 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (ibid., vol. 2677, nº 2889, p. 3, à la page 34). Le Monténégro, qui a accédé à l'indépendance en 2006 et n'était donc pas un État ayant participé à la négociation, a succédé audit traité et a eu le choix d'appliquer à titre provisoire certaines de ses dispositions conformément à l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur). Pour les déclarations par lesquelles l'Albanie, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse ont accepté l'application provisoire, voir ibid., p. 30 à 37.

4) La distinction établie entre l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité et l'application à titre provisoire d'une « partie » d'un traité trouve son origine dans l'article 25. Dans les travaux qu'elle a consacrés au droit des traités, la Commission a expressément envisagé la possibilité de l'application provisoire d'une partie seulement d'un traité. Au paragraphe 2 du projet d'article 22 du projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, la Commission a établi que la « même règle » qui s'appliquait à ce qu'elle appelait alors « entrée en vigueur à titre provisoire » s'appliquait à une « partie d'un traité »[645]. Dans le commentaire correspondant, elle a dit ce qui suit : « Non moins fréquente de nos jours est la pratique consistant à mettre en vigueur provisoirement une partie seulement d'un traité pour faire face aux besoins immédiats de la situation »[646]. La Commission n'a pas changé d'avis. La possibilité d'appliquer à titre provisoire une partie seulement d'un traité permet de surcroît de surmonter les difficultés que posent certains types de dispositions, telles que les clauses opérationnelles établissant des mécanismes de surveillance des traités, qui peuvent moins bien se prêter à une application provisoire. L'application d'une partie d'un traité à titre provisoire a donc été envisagée dans la formule « l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité », utilisée dans l'ensemble des projets de directive[647].

5) Le deuxième membre de phrase, « en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernées », est basé sur la phrase introductive de l'article 25. La Commission a examiné l'ambiguïté que pouvait créer la référence à l'« entrée en vigueur ». Si l'expression peut désigner l'entrée en vigueur d'un traité en soi[648], il est arrivé que l'application provisoire se poursuive pour certains États ou certaines organisations internationales après que le traité était entré en vigueur en soi, mais pas encore pour lesdits États ou organisations internationales, par exemple dans le cas de traités multilatéraux[649]. L'expression « entrée en vigueur » dans le projet de directive 3 doit donc être interprétée à la lumière de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Ce projet de directive traite à la fois de l'entrée en vigueur du traité en soi et de l'entrée en vigueur pour chaque État ou organisation internationale concerné.

---

645 *Annuaire … 1966*, vol. II, par. 38.

646 Par. 3) du commentaire du projet d'article 22, ibid.

647 On trouve un exemple d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans le contexte des traités bilatéraux dans l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Principauté de Monaco sur le paiement des prestations sociales néerlandaises à Monaco (ibid., vol. 2205, nº 39160, p. 541, à la page 546, art. 13, par. 2) ; et on peut citer, comme exemples de traités bilatéraux excluant expressément une partie d'un traité de l'application à titre provisoire, l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération des autorités policières et des administrations douanières dans la région frontalière (ibid., vol. 2170, nº 38115, p. 573, à la page 594) et l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie (ibid., vol. 2306, nº 41129, p. 264). En ce qui concerne les traités multilatéraux, on trouve des exemples d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans les instruments suivants : la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (ibid., vol. 2056, nº 35597, p. 211, à la page 254) ; la Convention sur les armes à sous-munitions (ibid., vol. 2688, nº 47713, p. 39, à la page 140) ; le Traité sur le commerce des armes (A/CONF.217/2013/L.3, art. 23) ; le Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe, disponible à l'adresse suivante : http://www.osce.org/fr/library/14100. De même, le Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas (ibid., vol. 2259, nº 40269, p. 597) indique expressément quelles dispositions du Traité révisé ne doivent pas être appliquées à titre provisoire, et l'Accord de partenariat économique transpacifique (ibid., vol. 2592, nº 46151, p. 225) donne un exemple d'application provisoire d'une partie du traité qui s'applique uniquement à l'égard d'une des parties à l'Accord.

648 Comme dans le cas de l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (ibid., vol. 1836, nº 31364, p. 66) et de l'Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur.

649 Par exemple, le Traité sur le commerce des armes.

6) Les troisième et quatrième membres de phrase (« lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière ») reflètent les deux cas de figure dans lesquels l'application à titre provisoire est possible selon les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 25. La possibilité d'appliquer un traité à titre provisoire sur la base d'une de ses dispositions étant bien établie[650], la formulation du troisième membre de phrase est calquée sur celle des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

7) Une formule modifiée, plus générale, a été adoptée pour prévoir l'autre cas de figure, à savoir l'application à titre provisoire sur la base d'un accord distinct. Contrairement aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986, le projet de directive ne fait pas expressément référence à groupe particulier d'États ou d'organisations internationales, l'objectif étant de tenir compte de la pratique contemporaine, dans laquelle il existe des cas d'application à titre provisoire convenue soit par certains seulement des États ayant participé à la négociation, soit par des États qui n'ont pas participé à la négociation, mais qui, ultérieurement, ont adhéré au traité ou l'ont signé. En outre, le projet de directive envisage la possibilité qu'un État tiers ou une organisation internationale tierce sans lien aucun avec le traité applique celui-ci à titre provisoire après en avoir convenu d'une autre manière avec un ou plusieurs États ou organisations internationales ayant participé à la négociation. Cela explique que le projet de directive 3 soit formulé de manière plus neutre et à la voix passive, en des termes qui reprennent simplement la règle fondamentale.

8) Le projet de directive 3 doit être lu en parallèle avec le projet de directive 4, qui apporte des précisions sur l'application provisoire au moyen d'un accord distinct en expliquant plus avant le sens des termes « convenu d'une autre manière ».

Directive 4
Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

a) D'un traité distinct ; ou

b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

[650] Parmi les traités bilatéraux prévoyant une telle disposition, on peut citer à titre d'exemples : l'Accord entre la Communauté européenne et la République de Paraguay sur certains aspects des services aériens (*Journal officiel de l'Union européenne* L 122, 11 mai 2007), art. 9 ; l'Accord entre la République argentine et la République du Suriname relatif à l'exemption de visa pour les titulaires de passeports ordinaires (Nations Unies, *Recueil des Traités* [vol. à paraître], nº 51407), art. 8 ; le Traité entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté du Liechtenstein (ibid., vol. 2761, nº 48680, p. 23), art. 5 ; l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre sur le transfert et la gestion des déchets (ibid. [vol. à paraître], nº 50313), art. 13 ; l'Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la République slovaque en matière d'entraide dans la lutte contre la criminalité organisée (ibid., vol. 2098, nº 36475, p. 341), art. 14, par. 2 ; et l'Accord portant création de l'Association de la Russie et de la Biélorussie (ibid., vol. 2120, nº 36926, p. 595), art. 19. On peut citer comme exemples, parmi les traités multilatéraux : l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, art. 7 ; l'Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save concernant le régime de la navigation (ibid., vol. 2367, nº 42662, p. 697), art. 3, par. 5 ; l'Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie (ibid., vol. 2265, nº 40358, p. 5, à la page 15), art.18, par. 7, et son Protocole concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation (ibid., p. 40), art. 4, par. 8 ; les Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise (ibid., vol. 2233, nº 39756, p. 207), art. 21 ; et la Convention portant création de la Fondation « Karanta » pour l'appui aux politiques d'éducation non formelle et comportant en annexe les Statuts de la Fondation (ibid., vol. 2341, nº 41941, p. 3), art. 8 et 49, respectivement.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 traite des formes d'accords au moyen desquels l'application à titre provisoire d'un traité ou une partie d'un traité peut être convenue, outre le cas dans lequel le traité en question en dispose ainsi. Sa structure suit celle de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui envisage d'abord l'application à titre provisoire expressément autorisée par le traité, et ensuite l'application provisoire décidée par un autre moyen, c'est-à-dire lorsque les États ou les organisations internationales conviennent « d'une autre manière », ce qui se produit généralement lorsque le traité est muet sur ce point.

2) Comme il a été indiqué précédemment, le projet de directive 4 développer le membre de phrase « il en a été ainsi convenu d'une autre manière » figurant à la fin du projet de directive 3, qui est repris du paragraphe 1 b) de l'article 25. Cela ressort de la formule introductive, « [o]utre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi », qui fait écho aux termes « lorsque le traité lui-même en dispose ainsi » employés dans le projet de directive 3, également repris de l'article 25. Deux méthodes supplémentaires permettant de convenir de l'application d'un traité à titre provisoire sont énoncées dans les alinéas.

3) L'alinéa a) envisage la possibilité de convenir d'une application à titre provisoire au moyen d'un traité distinct du traité appliqué à titre provisoire[651].

4) L'alinéa b) pose que l'application à titre provisoire peut être convenue non seulement par un traité distinct, mais aussi par « tout autre moyen ou arrangement », ce qui élargit l'éventail des moyens par lesquels il peut être convenu de l'application d'un traité à titre provisoire. La Commission a estimé qu'ajouter cette référence permettait de confirmer la souplesse qui caractérise l'application à titre provisoire[652]. Dans un souci de clarté, deux exemples des « moyen[s] ou arrangement[s] » envisagés sont donnés, à savoir les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, et les déclarations d'un État ou d'une organisation internationale qui sont acceptées par les autres États et organisations internationales concernés[653].

---

[651] Parmi les exemples de traités bilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer l'Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et de son application provisoire entre les Pays-Bas et l'Allemagne (ibid. [vol. à paraître], nº 49430) et l'Amendement à l'Accord relatif aux services aériens entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar (*ibid*., vol. 2265, nº 40360, p. 507, à la page 515). Les Pays-Bas ont conclu un certain nombre de traités de ce type. Parmi les exemples de traités multilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (ibid. [vol. à paraître], nº 51181), le Protocole d'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas et l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur).

[652] Dans la pratique, certains traités ont été enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies comme ayant été appliqués à titre provisoire, mais sans indication quant aux moyens ou arrangements employés pour convenir de l'application provisoire. Entre autres exemples de tels traités, on peut citer : l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis d'Amérique relatif au statut du personnel des États-Unis dans la partie caribéenne du Royaume (Nations Unies, *Recueil des Traités* [vol. à paraître], nº 51578) ; l'Accord de coopération entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République azerbaïdjanaise en vue de combattre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, de substances psychotropes et ses précurseurs et le crime organisé (ibid., vol. 2461, nº 44230, p. 205) ; l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif à la création du Bureau sous-régional pour l'Asie du Nord et l'Asie centrale de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies (ibid., vol. 2761, nº 48688, p. 339). Voir R. Lefeber, « The provisional application of treaties », dans *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers et R. Lefeber (dir. publ.) (La Haye, Martinus Nihoff, 1998), p. 81.

[653] Il ne s'agit pas d'accords conclus relativement à des traités auxquels l'organisation internationale est elle-même partie, mais d'accords conclus entre États à l'occasion de réunions ou de conférences tenues sous les auspices de l'organisation internationale. Plusieurs exemples peuvent être cités. Premièrement, les amendements apportés à la Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT) et son accord d'exploitation (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1143, nº 17948, p. 105). Voir D. Sagar,

5) Même si cette pratique reste exceptionnelle[654], la Commission a jugé utile de mentionner qu'un État ou une organisation internationale pouvait faire une déclaration aux fins de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité dans les cas où le traité est muet sur l'application provisoire ou celle-ci n'est pas convenue par un autre moyen. La déclaration doit toutefois être explicitement acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés ; la seule absence d'objection ne suffit pas. Le plus souvent, dans la pratique, l'acceptation est exprimée par écrit. Le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit explicite. La Commission a évité d'employer le terme « unilatérale » afin d'éviter toute confusion entre les règles présidant à l'application provisoire des traités et le régime juridique régissant les actes unilatéraux des États.

« Provisional application in an international organization », *Journal of Space Law*, vol. 27, nº 2 (1999), p. 99 à 116. Deuxièmement, les cas dans lesquels les organes compétents d'organisations internationales ont appliqué à titre provisoire des amendements à l'instrument constitutif de l'organisation concernée sans que celui-ci ne prévoit expressément cette possibilité, comme l'ont fait le Congrès général de l'Union postale universelle, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et l'Union internationale des télécommunications. Voir Sagar, « Provisional application in an international organization », p. 104 à 106. Troisièmement, l'amendement adopté en 2012 par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, nº 30822, p. 162), au cours de laquelle le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des Parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto, constatant que l'entrée en vigueur des amendements au Protocole de Kyoto pouvait interrompre le fonctionnement du mécanisme pour un développement propre, a recommandé que ces amendements soient appliqués à titre provisoire. Voir « Considérations juridiques relatives à un hiatus éventuel entre la première période d'engagement et les périodes d'engagement suivantes » (FCCC/KP/AWG/2010/10), par. 18. Quatrièmement, l'amendement apporté à l'article 14 des Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (Nations Unies, *Recueil des Traités* [volume à paraître], nº 14403). Parmi les exemples d'accords que les gouvernements ont la possibilité de faire entrer en vigueur à titre provisoire en application d'une décision collective, on peut citer : a) l'Accord international sur l'huile d'olive et les olives de table (ibid., vol. 2684, nº 47662, p. 63) ; b) l'Accord international sur les bois tropicaux ; c) l'Accord international de 1993 sur le cacao (ibid., vol. 1766, nº 30692, p. 3) ; d) l'Accord international de 2010 sur le cacao (ibid., vol. 2871, nº 50115, p. 3). On citera également la création de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, dont deux sources universitaires estiment qu'elle a participé d'une application provisoire du traité en ce qu'elle été décidée par une résolution de la Réunion des États signataires (CTBT/MSS/RES/1) du 19 novembre 1996. Bien que la possibilité de prévoir l'application provisoire du traité ait été rejetée au cours des négociations préalables à l'adoption du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, que le Traité ne prévoie pas expressément pareille application, et qu'aucun traité distinct n'ait été conclu pour la permettre, ces sources sont d'avis qu'étant donné que les décisions de la Commission préparatoire visaient à faire appliquer les dispositions principales du Traité avant l'entrée en vigueur de celui-ci, la résolution adoptée par la Réunion des États signataires peut être interprétée, sur la base du paragraphe 1 b) de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, comme une preuve que l'application provisoire a été convenue par un autre moyen ou implicitement prévue. Voir A. Michie, « The provisional application of arms control treaties », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10 (2005), p. 347 à 377, aux pages 369 et 370. Voir aussi Y. Fukui, « CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited », *Journal of Conflict and Security Law* (à paraître), p. 1 à 18, aux pages 13 à 15. Une autre source, dont les travaux ont été publiés sous les auspices de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement et sont préfacés par le Secrétaire exécutif de la Commission préparatoire, soutient au contraire que le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires n'est pas actuellement appliqué à titre provisoire. Voir R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), p. 227 à 231.

654 Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/675), par. 35 c) et 36 à 41, et le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/687), par. 5 et 120, sur l'application provisoire, par la République arabe syrienne, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (*Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1974, nº 33757). Voir aussi le Protocole sur l'application provisoire de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (http://memab.legitech.lu/memab/bridge2server?action=getHTMLFromDoc&refpub=2016A1858A).

Directive 5
Prise d'effet de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Commentaire

1) Le projet de directive 5 traite de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Il est inspiré du paragraphe 1 de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, relatif à l'entrée en vigueur des traités.

2) Le premier membre de phrase reflète la décision de faire porter le projet de directives sur l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité ou d'une partie d'un traité.

3) Le deuxième membre de phrase comporte deux éléments. Les termes « en attendant l'entrée en vigueur du traité » reprennent ceux employés dans le projet de directive 3, l'« entrée en vigueur » désignant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou les organisations internationales concernés. Ainsi qu'il ressort du commentaire du projet de directive 3, ces considérations sont surtout pertinentes dans le contexte de l'application à titre provisoire de traités multilatéraux. La Commission a décidé de retenir l'expression générale « entrée en vigueur », comme il est déjà mentionné dans le commentaire du projet de directive 3[655].

4) Le second élément est la référence faite à la fois aux États et aux organisations internationales. Celle-ci reflète le point de vue la Commission, exposé au paragraphe 3) du commentaire du projet de directive 1, selon lequel le projet de directives devrait aussi couvrir les traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. La référence à l'entrée en vigueur du traité « entre » les États ou les organisations internationales est formulée en termes généraux afin qu'elle puisse s'appliquer aux divers cas de figure possibles, notamment à l'application provisoire entre un État ou une organisation internationale pour qui le traité est entré en vigueur et un autre État ou une autre organisation internationale pour qui le traité n'est pas encore entré en vigueur.

5) Le membre de phrase « prend effet […] à la date et suivant les conditions et les modalités fixées » concerne la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Inspiré du libellé de l'article 68 de la Convention de Vienne de 1969, dans lequel sont employés les termes « pris effet », il confirme que la disposition porte sur l'effet juridique du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui décide de l'appliquer à titre provisoire. Afin d'alléger le texte, la Commission a décidé de ne pas faire expressément référence aux différents modes d'expression du consentement à être lié par un traité.

6) Le dernier membre de phrase, « fixées par le traité ou autrement convenues », établit que l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est fondé sur une disposition du traité appliqué à titre provisoire, sur un traité distinct de quelque type que ce soit, ou sur tout autre moyen ou arrangement prévoyant l'application provisoire, et est soumis aux conditions et modalités fixées dans ces instruments.

Directive 6
Effets juridiques de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

[655] Voir le paragraphe 5) du commentaire du projet de directive 3.

Commentaire

1) Le projet de directive 6 traite des effets juridiques de l'application à titre provisoire. Deux types d'« effets juridiques » peuvent être envisagés : les effets juridiques de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité, et les effets juridiques du traité ou de la partie du traité qui sont appliqués à titre provisoire. Sans préjudice des effets juridiques de l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, le projet de directive 6 porte sur les effets juridiques d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire. Certains ont estimé que le projet de directive 6 était libellé en des termes trop généraux et devrait préciser que l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité emporte l'obligation impérative d'appliquer le traité ou la partie du traité visés.

2) Le projet de directive commence par poser que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés. En d'autres termes, un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire sont considérés comme contraignants pour les parties qui les appliquent à titre provisoire à compter de la date de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Cet effet juridique découle de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité par les États ou les organisations internationales concernés, qui peut prendre l'une des formes définies au projet de directive 4. Lorsque, comme c'est souvent le cas, cet accord est muet quant aux effets juridiques de l'application à titre provisoire, le projet de directive prévoit que l'application provisoire emporte les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur[656].

3) Ce principe est exprimé par le dernier membre de phrase, « à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », qui établit que la règle de base découle du traité, lequel peut prévoir différentes conséquences juridiques. Le principe selon lequel, par défaut, les effets juridiques sont les mêmes que si le traité était en vigueur à moins que les parties n'en conviennent autrement, est reflété dans la pratique existante des États[657].

4) Le membre de phrase introductif « [l]'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité » est aligné sur la formulation du projet de directive 5. Les termes « les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur », qui sont au cœur du projet de directive, décrivent les effets que produirait le traité s'il était en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale concernés. L'emploi du membre de phrase « entre les États ou organisations internationales concernés » vise à aligner le projet de directive sur le projet de directive 5. Le membre de phrase final, « à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », énonce la condition sur laquelle repose la règle générale, à savoir que le traité ne dispose pas autrement.

5) Ce nonobstant, il convient d'établir une distinction importante. Par principe, l'application à titre provisoire n'est pas destinée à faire naître l'ensemble des droits et obligations découlant du consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité ou une partie d'un traité. L'application à titre provisoire des traités est différente de l'entrée en vigueur en ce qu'elle n'est pas soumise aux règles du droit des traités relatives à l'extinction des traités et à la suspension de leur application énoncées à la section 3 de la partie V de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 2 de l'article 25 de ladite Convention prévoit qu'il peut aisément être mis fin à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, sans préjudice de la question de la responsabilité pour violation d'une obligation découlant du traité ou de la partie de traité provisoirement appliqués.

---

656 Voir Mathy, « Article 25 » (note 634 *supra*), p. 651.

657 Voir l'étude du secrétariat publiée sous la cote A/CN.4/707, dans le cadre de laquelle ont été examinés plus de 400 traités bilatéraux et 40 traités multilatéraux, sachant qu'en réalité le nombre de traités bilatéraux et multilatéraux appliqués à titre provisoire est supérieur au nombre figurant dans le *Recueil des Traités* ; voir aussi les exemples donnés dans les rapports du Rapporteur spécial publiés sous les cotes A/CN.4/664, A/CN.4/675, A/CN.4/687 et A/CN.4/699 et Add.1. Ce dernier rapport contient en annexe des exemples de la pratique récente de l'Union européenne concernant l'application à titre provisoire d'accords avec des États tiers.

6) La Commission a envisagé d'introduire une disposition visant expressément à empêcher que l'application d'un traité à titre provisoire puisse entraîner une modification de la teneur du traité. Le projet de directive 6 a toutefois été jugé suffisamment exhaustif à cet égard en ce qu'il prévoit que l'application du traité à titre provisoire se limite à produire les mêmes effets que si le traité était en vigueur. Il en ressort donc implicitement que le fait d'appliquer le traité à titre provisoire est sans incidence sur les droits et obligations des autres États ou organisations internationales[658]. En outre, le projet de directive 6 ne saurait être compris comme limitant la liberté qu'ont les États ou les organisations internationales d'amender ou de modifier le traité appliqué à titre provisoire conformément aux dispositions de la partie IV des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

Directive 7
Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 7 traite de la question de la responsabilité en cas de violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire. Il exprime les conséquences juridiques de l'application du projet de directive 6. Si un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire sont considérés comme juridiquement contraignants, alors la violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire constitue nécessairement un fait illicite engageant la responsabilité internationale. La Commission s'est demandé s'il était opportun de consacrer une disposition à la responsabilité. Elle a jugé que le présent projet de directive était nécessaire en ce qu'il traitait d'une conséquence juridique fondamentale de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Étant donné que l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité en raison de la responsabilité internationale d'un État, tout comme l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986, la majorité des membres de la Commission a estimé que la portée du projet de directives n'était pas limitée à celle des deux Conventions de Vienne, ainsi qu'il est dit dans le projet de directive 2.

2) La Commission a décidé de faire figurer la référence à « une partie » d'un traité pour préciser qu'au sens du présent projet de directive, lorsqu'une partie d'un traité est appliquée à titre provisoire, seule cette partie est susceptible d'engager la responsabilité internationale en cas de violation.

3) Le projet de directive est aligné sur les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[659] et les articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales[660] dans la mesure où ils reflètent le droit international coutumier. Les termes « une obligation découlant » et « engage » sont ainsi repris de ces articles, et c'est à ceux-ci, entre autres, que le membre de phrase final « conformément aux règles applicables du droit international » renvoie

[658] Cela étant, la pratique ultérieure de l'une ou de plusieurs des parties à un traité peut être un moyen d'interprétation du traité au sens des articles 31 ou 32 de la Convention de Vienne de 1969. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), chap. VI.

[659] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, annexé par la suite à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

[660] *Annuaire … 2011*, vol. II (2e partie), par. 87.

Directive 8
Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie

À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Commentaire

1) L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin dans deux cas : premièrement, lorsque le traité entre en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale en question et, deuxièmement, lorsque l'intention de ne pas devenir partie au traité est notifiée par l'État ou l'organisation internationale appliquant le traité ou une partie du traité à titre provisoire aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou la partie du traité est provisoirement appliqué.

2) La cessation de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité du fait de l'entrée en vigueur du traité lui-même est implicitement envisagée dans le projet de directive 5 par la formule « en attendant l'entrée en vigueur du traité »[661]. Conformément au projet de directive 5, l'application à titre provisoire se poursuit jusqu'à l'entrée en vigueur du traité pour l'État ou l'organisation internationale qui applique à titre provisoire le traité ou une partie du traité à l'égard des autres États ou organisations internationales appliquant aussi le traité ou une partie du traité à titre provisoire[662].

3) Il n'était pas possible de rendre compte en une seule formule de la diversité des relations juridiques susceptibles d'exister dans le cas où le traité est entré en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale appliquant le traité ou une partie du traité à titre provisoire à l'égard d'autres États ou organisations internationales appliquant à titre provisoire le même traité ou une partie de celui-ci.

4) Par conséquent, la Commission a décidé de restreindre la portée du projet de directive 8 au second cas de figure envisagé au paragraphe 1) du commentaire du présent projet de directive − à savoir le cas dans lequel l'État ou l'organisation internationale notifie son intention de ne pas devenir partie au traité, suivant ainsi plus étroitement la formulation du paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

[661] La plupart des traités bilatéraux disposent que le traité s'applique à titre provisoire « en attendant son entrée en vigueur », « en attendant sa ratification », « en attendant l'accomplissement des formalités nécessaires à son entrée en vigueur », « en attendant l'aboutissement de ces procédures internes et l'entrée en vigueur de la présente Convention », « en attendant que les Gouvernements s'informent par écrit de l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises dans leurs pays respectifs », « jusqu'à l'accomplissement de toutes les procédures mentionnées au paragraphe 1 du présent article » ou « jusqu'à son entrée en vigueur » (voir A/CN.4/707, par. 90). C'est aussi le cas de traités multilatéraux comme l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 à la Convention européenne des droits de l'homme dans l'attente de son entrée en vigueur) qui prévoit, au paragraphe d), que « [c]ette déclaration [d'acceptation de l'application provisoire] cessera d'être effective au moment de l'entrée en vigueur du Protocole nº 14 *bis* à l'égard de la Haute Partie Contractante concernée ».

[662] Voir, par exemple, l'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovénie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovène des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovénie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, nº 38039, p. 287, à la page 306) et l'Échange de notes constituant un accord entre le Gouvernement espagnol et le Gouvernement colombien sur la gratuité de visas (ibid., vol. 2253, nº 20662, p. 328, aux pages 335 à 338).

Cette disposition a été adoptée sans préjudice d'autres moyens de mettre fin à l'application à titre provisoire[663].

5) Le libellé du projet de directive 8 a été adapté par rapport à celui de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 afin que le projet de directives vise également les organisations internationales.

6) Si les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 envisagent uniquement la conclusion de ce type d'accord entre les États ou, selon le cas, les organisations internationales « ayant participé à la négociation », une formulation plus générale a été retenue aux fins du projet de directive 8, qui contient les termes « ou qu'il en soit autrement convenu ». Si cette formulation couvre les États ou les organisations internationales qui ont participé à la négociation du traité, elle peut néanmoins aussi viser les États et les organisations internationales qui n'y ont pas participé. Étant donné la complexité aujourd'hui inhérente à la conclusion de traités multilatéraux, la Commission n'était pas certaine que le libellé restrictif des Conventions de Vienne soit toujours en adéquation avec la pratique contemporaine, à la fois parce que se posait la question de savoir si tous les États ou organisations internationales ayant participé à la négociation devaient être traités comme étant sur le même plan juridique en ce qui concerne l'application à titre provisoire, et parce qu'il fallait tenir compte de l'existence d'autres groupes d'États ou d'organisations internationales dont l'accord pourrait également être requis aux fins de l'extinction de l'application à titre provisoire[664].

7) La Commission a aussi voulu déterminer quels États ou organisations internationales devaient être notifiés de l'intention d'un tiers de mettre fin à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Le membre de phrase « notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement » répond à cette question[665].

---

663 Voir, par exemple, l'article 29 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités (ibid., vol. 1946, nº 33356, p. 3), qui envisage d'autres moyens de mettre fin à l'application à titre provisoire de traités multilatéraux qui sont en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États.

664 Cette approche cadre avec celle qui a été adoptée concernant la position des États ayant participé à la négociation dans le projet de directive 3. Voir *supra* les paragraphes 2) et 5) du commentaire du projet de directive 3.

665 Un petit nombre de traités bilatéraux contiennent des dispositions expresses sur la cessation de l'application à titre provisoire, et certains en prévoient la notification. À titre d'exemple, on peut citer l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall concernant la coopération en vue de la répression par mer de la prolifération des armes de destruction massive, leurs systèmes de lancement et matériels connexes (ibid. [vol. à paraître], nº 51490, p. 26), art. 17, ainsi que : le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2389, nº 43165, p. 117, à la page 187) ; l'Accord entre l'Espagne et le Fonds international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ibid., vol. 2161, nº 37756, p. 45, à la page 54) ; le Traité entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord représentée par le Grand quartier général des puissances alliées en Europe sur les conditions spéciales applicables à l'établissement et au fonctionnement sur le territoire espagnol de quartiers généraux militaires internationaux (ibid., vol. 2156, nº 37662, p. 139, à la page 173). En ce qui concerne l'extinction de traités multilatéraux, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dans les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (ibid., vol. 2167, nº 37924, p. 3, aux pages 126 et 127) comprend une disposition (art. 41) qui permet de mettre fin à l'application à titre provisoire au moyen d'une notification, et qui s'inspire du libellé du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. En outre, la pratique relative aux accords sur les produits de base montre qu'il peut être convenu de mettre fin à l'application à titre provisoire par un retrait de l'accord, comme dans le cas de l'Accord international sur l'huile d'olive et les olives de table.

8) La Commission a décidé de ne pas soumettre la cessation unilatérale de l'application à titre provisoire à des précautions particulières, par exemple en reprenant *mutatis mutandis* la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 56 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui établit une période de préavis pour dénoncer un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait, ou s'en retirer. La Commission a renoncé à adopter pareille clause pour conserver la flexibilité inhérente à l'article 25 et parce que la pratique pertinente était insuffisante.

Directive 9
Droit interne des États ou règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Commentaire

1) Le projet de directive 9 traite du respect des traités appliqués à titre provisoire et de leur relation avec le droit interne des États et les règles des organisations internationales. Il porte plus précisément sur la question de l'invocation du droit interne des États ou, dans le cas des organisations internationales, de l'invocation des règles de l'organisation, comme motif qui justifierait la non-exécution d'une obligation découlant de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Son premier paragraphe est consacré à la règle applicable aux États et le second à la règle applicable aux organisations internationales.

2) Cette disposition est étroitement inspirée du libellé de l'article 27 des Conventions de Vienne de 1969[666] et de 1986[667]. Elle devrait donc être considérée conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international.

3) L'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international. Comme la règle générale énoncée à l'article 27[668], le projet de directive 9 dispose que l'application provisoire d'un traité par un État ou une organisation internationale ne peut, d'une manière générale, dépendre de leur droit ou de leurs règles internes, ni être subordonnée aux conditions posées par ceux-ci. Les dispositions du droit interne d'un État ou les règles internes d'une organisation internationale, quelles qu'elles soient, ne sauraient être invoquées comme justifiant la non-exécution des obligations internationales découlant de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. De même, ce droit interne ou ces règles internes ne sauraient être invoqués comme motif d'exonération de la responsabilité pouvant être encourue à raison de la non-exécution de

[666] L'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé :
Droit interne et respect des traités
Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46.

[667] L'article 27 de la Convention de Vienne de 1986 est ainsi libellé :
Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités
1. Un État partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité.
2. Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité.
3. Les règles énoncées dans les paragraphes précédents sont sans préjudice de l'article 46.

[668] Voir A. Schaus, « Convention de 1969. Article 27 : droit interne et respect des traités », dans O. Cortens et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1119 à 1137.

ces obligations[669]. Cependant, comme cela est indiqué dans le projet de directive 11, les États et organisations internationales concernés peuvent convenir de l'application à titre provisoire avec les limites découlant de ce droit interne ou de ces règles internes.

4) S'il est vrai que chaque État ou organisation internationale peut décider, en vertu de son droit interne ou de ses règles, de convenir ou non de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité[670], une fois qu'un traité ou une partie d'un traité est appliqué à titre provisoire, une incompatibilité avec le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale ne saurait justifier le défaut d'application provisoire du traité ou d'une partie de celui-ci. En conséquence, l'invocation des dispositions internes visées comme tentative de justification de la non-application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne serait pas conforme au droit international.

5) La non-exécution des obligations découlant de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité motivée par le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale engage la responsabilité internationale de cet État ou de cette organisation internationale[671]. Toute autre interprétation serait contraire au droit de la responsabilité de l'État, selon lequel la qualification du fait d'un État ou d'une organisation internationale comme internationalement illicite relève du droit international et n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne[672].

6) L'expression « droit interne des États ou règles des organisations internationales », dans le projet de directive, vise toute disposition de cette nature et pas uniquement les dispositions internes ou les règles portant spécifiquement sur l'application provisoire des traités.

7) La formule « obligation découlant de ladite application à titre provisoire », employée dans les deux paragraphes du projet de directive, est suffisamment générale pour englober les cas où l'obligation naît du traité lui-même et ceux où elle découle du fait qu'il a été convenu d'appliquer à titre provisoire le traité ou une partie du traité. Cela est conforme à la règle générale énoncée dans le projet de directive 6, à savoir que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés.

Directive 10
Dispositions du droit interne des États ou règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

669 Voir art. 7, « Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne », dans le quatrième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, Rapporteur spécial (*Annuaire … 1959*, vol. II, A/CN.4/120, p. 44).

670 Voir A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Leyde, Brill, 2012, p. 64.

671 Voir D. Mathy, « Convention de 1969. Article 25 », dans O. Cortens et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1047 à 1070.

672 Voir l'article 3 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 (*Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, ultérieurement annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001) ; et le projet d'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011 (*Annuaire … 2011*, vol. II (2e partie), par. 87, ultérieurement annexé à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011).

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Commentaire

1) Le projet de directive 10 traite des effets des dispositions du droit interne des États et des règles des organisations internationales sur la compétence des États ou des organisations de convenir de l'application à titre provisoire des traités. Le premier paragraphe concerne le droit interne des États et le second les règles des organisations internationales.

2) Le projet de directive 10 est étroitement inspiré du libellé de l'article 46 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Plus précisément, le premier paragraphe du projet de directive est inspiré du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969[673], et le second du paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986[674]. Le projet de directive devrait donc être considéré conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international.

3) Le projet de directive 10 dispose que, pour faire valoir la nullité du consentement à l'application à titre provisoire, il faut pouvoir se fonder sur une violation manifeste du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation concernant la compétence de l'État ou de l'organisation de convenir de l'application à titre provisoire ; cette violation doit en outre concerner une règle d'importance fondamentale.

4) Une violation du type visé est « manifeste » si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États ou, selon le cas, des organisations internationales, et de bonne foi[675].

[673] L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé :
Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités
1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

[674] L'article 46 de la Convention de Vienne de 1986 est ainsi libellé :
Dispositions du droit interne d'un État et règles d'une organisation internationale concernant la compétence pour conclure des traités
1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.
3. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et de bonne foi.

[675] Selon le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 et le paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986.

Directive 11
Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation.

Commentaire

1) Le projet de directive 11 a trait aux limites pouvant découler du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale, que les États et les organisations internationales concernés peuvent faire valoir lorsqu'ils consentent à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Il admet que de telles limites puissent exister, et reconnaît donc le droit des États et des organisations internationales de convenir de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité sous réserve de ces limites, qui seront reflétées dans le consentement à l'application provisoire.

2) Même si l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être soumise à certaines limites, telles que la nécessité d'obtenir le consentement du parlement, le présent projet de directive offre aux États et aux organisations internationales la souplesse nécessaire pour convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité d'une manière qui garantisse le respect des limites découlant de leurs dispositions internes respectives. Ainsi, le présent projet de directive prévoit la possibilité que le traité renvoie expressément au droit interne de l'État ou aux règles de l'organisation internationale, voire subordonne l'application provisoire à l'absence de violation du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation[676].

3) Le terme « accord » employé dans le titre du projet de directive traduit le fait que l'application provisoire des traités repose sur une base consensuelle.

4) Le projet de directive ne devrait pas être interprété comme impliquant la nécessité d'un accord distinct sur l'applicabilité des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales concernés. L'existence de ces limites doit simplement être suffisamment claire dans le traité lui-même, dans l'accord distinct ou dans toute autre forme d'accord par lequel il est convenu d'appliquer à titre provisoire un traité ou une partie d'un traité.

5) Le présent projet de directive ne devrait pas être interprété comme encourageant les États ou les organisations internationales à inclure dans l'accord relatif à l'application provisoire les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation internationale.

[676] Voir, par exemple, l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2080, nº 36116, p. 96). Voir aussi les quelques exemples d'accords de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange (AELE) et de nombreux autres États (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chili, Égypte, ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Liban, Mexique, Monténégro, Pérou, Philippines, République de Corée, Serbie, Singapour, Tunisie et États d'Amérique centrale, États membres du Conseil de coopération du Golfe et États de l'Union douanière de l'Afrique australe), dans lesquels différentes clauses sont utilisées à cette fin, notamment « sous réserve de ses exigences constitutionnelles », « si son propre cadre juridique l'y autorise » ou « si leur droit interne les y autorise » (http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements). Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 43 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et les États de l'Union douanière de l'Afrique australe est ainsi libellé :
Article 43 (Entrée en vigueur)
[…]
2. Sous réserve de ses exigences constitutionnelles, tout État de l'AELE ou de la SACU peut appliquer le présent Accord à titre provisoire. L'application provisoire du présent Accord en vertu du présent paragraphe fait l'objet d'une notification au Dépositaire.
[…]

Chapitre VI
Protection de l'atmosphère

A. Introduction

57. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Protection de l'atmosphère », subordonnant cette inscription à certaines conditions, et a nommé M. Shinya Murase Rapporteur spécial[677].

58. La Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial à sa soixante-sixième session (2014), le deuxième rapport à sa soixante-septième session (2015) et le troisième rapport à sa soixante-huitième session (2016)[678]. Sur la base du projet de directives proposé par le Rapporteur spécial dans ses deuxième et troisième rapports, la Commission a adopté provisoirement huit projets de directive et cinq alinéas du préambule, ainsi que des commentaires s'y rapportant[679].

B. Examen du sujet à la présente session

59. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/705 et Corr. 1). Le Rapporteur spécial a examiné plusieurs points qu'il jugeait essentiels pour le sujet, en particulier la relation entre le droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, à savoir le droit international du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit international des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial s'est employé à démontrer que le droit de la protection de l'atmosphère existait et qu'il fonctionnait en interaction avec d'autres branches pertinentes du droit international, en particulier le droit international du commerce et de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Ces domaines étaient intrinsèquement liés au droit relatif à l'atmosphère et, à ce titre, devaient être intégrés au champ du présent sujet. Partant de cette analyse, le Rapporteur spécial a proposé quatre nouveaux projets de directive portant sur : la relation entre les règles pertinentes (projet de directive 9) ; la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international du commerce et de l'investissement (projet de

[677] À sa 3197e séance, le 9 août 2013 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément nº 10* (A/68/10)), par. 168, la Commission a inscrit le sujet à son programme, précisant que cette inscription 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 traiterait pas non 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. ». L'Assemblée générale, au paragraphe 6 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition figurant à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10), par. 365).

[678] A/CN.4/667, A/CN.4/681 et Corr.1 (chinois seulement) et A/CN.4/692.

[679] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 53 et 54 ; et ibid., *soixante et onzième session, Supplément nº 10* (A/71/10), par. 95 et 96.

directive 10) ; la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit de la mer (projet de directive 11) ; et la relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit des droits de l'homme (projet de directive 12).

60. Le Rapporteur spécial a signalé qu'en 2018, il entendait s'intéresser : a) à l'application des règles (au niveau de la législation nationale) ; b) au respect de celles-ci (au niveau du droit international) ; c) aux caractéristiques particulières du règlement des différends liés au droit de la protection de l'atmosphère. Il espérait également mener à bien l'examen en première lecture du projet de directives.

61. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial à ses 3355e à 3359e séances, les 10, 11, 12, 16 et 17 mai 2017.

62. Le débat en plénière a été précédé d'un dialogue avec des scientifiques organisé par le Rapporteur spécial le 4 mai 2014[680]. Les membres de la Commission ont jugé utiles ce dialogue et les contributions qu'il avait suscitées.

63. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues qui y avaient été échangées, à sa 3359e séance, le 17 mai 2017, la Commission a décidé de renvoyer les projets de directives 9 et 11 tels qu'ils figuraient dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial au Comité de rédaction.

64. À sa 3367e séance, le 2 juin 2017, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et provisoirement adopté trois alinéas du préambule et le projet de directive 9 (voir la section C.1 *infra*).

65. À ses 3386e et 3387e séances, les 2 et 3 août 2017, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux alinéas du préambule et au projet de directive 9 provisoirement adoptés à la présente session (voir sect. C.2 *infra*).

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule

66. Le texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour est reproduit ci-après.

Préambule

…

Conscients que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

Ayant à l'esprit que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

[680] Le dialogue avec les scientifiques sur la protection de l'atmosphère était présidé par le Rapporteur spécial, Shinya Murase. À cette occasion, les exposés suivants ont été présentés : « Aperçu général : l'océan et l'atmosphère » par Øystein Hov, Président de la Commission pour les sciences de l'atmosphère, de l'Organisation météorologique mondiale ; « La pollution atmosphérique transfrontière, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe » par Peringe Grennfelt, ancien Président du Groupe de travail des effets, de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de la Commission économique pour l'Europe ; « Les liens entre les océans et l'atmosphère » par Tim Jickells, Coprésident du Groupe de travail 38 du Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection de l'environnement marin, de l'Organisation météorologique mondiale ; « L'établissant de liens entre la science et le droit pour la protection de l'atmosphère » par Arnold Kreilhuber, Chef de l'unité du droit international de l'environnement, Division du droit environnemental et des conventions, Programme des Nations Unies pour l'environnement. Le dialogue a été suivi par une séance de questions-réponses. Le résumé du dialogue est disponible sur le site Web de la Commission.

Constatant qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans,

Reconnaissant par conséquent que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

Conscients de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

Conscients également, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

Constatant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

Rappelant que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à « combler » les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques,

[Ultérieurement, des alinéas pourront être ajoutés et l'ordre des alinéas pourra être modifié.]

…

Directive 1
Définitions

Aux fins du présent projet de directives :

a) Par « atmosphère », on entend l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;

b) Par « pollution atmosphérique », on entend l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;

c) Par « dégradation atmosphérique », on entend toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

Directive 2[681]
Champ d'application des directives

1. Le présent projet de directives [contient des principes directeurs concernant] [traite de] la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est sans préjudice de ces questions.

3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.

[681] Les différentes formulations proposées entre crochets seront examinées plus avant.

4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

Directive 3
Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Directive 4
Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Directive 5
Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.

2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

Directive 6
Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

Directive 7
Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

Directive 8 [5][682]
Coopération internationale

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

Directive 9
Relation entre règles pertinentes

1. Les règles pertinentes de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de

[682] Le projet de directive a été renuméroté à la présente session. Le numéro originel figure entre crochets.

la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux règles et principes du droit international coutumier.

2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

2. Texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session

67. Le texte du projet de directive, des alinéas du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session est reproduit ci-après.

Préambule

…

Constatant qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans,

…

Commentaire

1) Dans cet alinéa, la Commission constate l'« étroite corrélation » qui existe entre l'atmosphère et les océans du fait du rapport physique qui les unit. La pollution du milieu marin, qu'elle soit d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, est en grande partie due aux activités terrestres, y compris celles menées par l'homme[683]. Les activités humaines sont également responsables du réchauffement de la planète, qui entraîne une augmentation de la température des océans, ce qui à son tour provoque des phénomènes atmosphériques extrêmes tels que les inondations et la sécheresse[684]. Dans sa résolution 71/257, du

[683] R. A. Duce et autres, « The atmospheric input of trace species to the world ocean », *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5, n° 3 (1991), p. 193 à 259 ; T. Jickells et C. M. Moore, « The importance of atmospheric deposition for ocean productivity », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), p. 481 à 501.

[684] Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014 : rapport de synthèse − résumé à l'intention des décideurs », p. 4 : « Le réchauffement océanique constitue l'essentiel de la hausse de la quantité d'énergie emmagasinée au sein du système climatique et représente plus de 90 % de l'énergie accumulée entre 1971 et 2010 (*degré de confiance élevé*), environ 1 % seulement étant emmagasinée dans l'atmosphère. À l'échelle mondiale, le réchauffement de l'océan est plus prononcé près de la surface et les 75 premiers mètres de profondeur se sont réchauffés de 0,11 [0,09 à 0,13]° C par décennie sur la période 1971-2010. Le réchauffement de l'océan superficiel (jusqu'à 700 m de profondeur) est *quasiment certain* entre 1971 et 2010, et *probable* entre 1870 et 1971. ».
De nombreuses études scientifiques donnent à penser qu'au XXIe siècle, de nombreuses régions sont menacées par une sécheresse grave et généralisée du fait de l'augmentation de la température des océans (voir S. K. Min et autres, « Human contribution to more-intense precipitation extremes », *Nature*, vol. 470 (2011), p. 378 à 381 ; A. Dai, « Increasing drought under global warming in

23 décembre 2016, l'Assemblée générale a reconnu que les changements climatiques produisaient des effets sur les océans et souligné qu'il importait qu'elle renforce sa connaissance scientifique de l'interface entre les océans et l'atmosphère[685].

2) La première Évaluation mondiale intégrée du milieu marin (ou « première Évaluation mondiale des océans ») a été menée à bien en 2015. Cette étude globale et approfondie de l'état du milieu marin comporte un chapitre traitant de la pollution transatmosphérique des océans résultant d'activités terrestres[686]. Le résumé du rapport auquel elle a donné lieu a été approuvé par l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session[687].

3) Parmi les conséquences des activités humaines sur les océans, on citera les émissions de gaz à effet de serre provenant des navires, qui ont contribué au réchauffement de la planète et aux changements climatiques. Dans l'étude qu'elle a consacrée à ces émissions en 2009, l'Organisation maritime internationale (OMI) a classé les émissions provenant des navires en quatre catégories : émissions de gaz d'échappement ; émissions provenant des cargaisons ; émissions de gaz réfrigérants ; autres émissions[688]. D'après des chercheurs, les émissions excessives de gaz à effet de serre provenant des navires modifient la composition de l'atmosphère et le climat et ont des conséquences néfastes tant sur le milieu marin que sur la santé humaine[689].

4) L'Assemblée générale a continué d'insister sur la nécessité de s'attaquer d'urgence aux effets de la dégradation atmosphérique, notamment l'augmentation des températures à l'échelle mondiale, l'élévation du niveau de la mer et l'acidification des océans, ainsi qu'aux répercussions des autres changements climatiques se faisant lourdement sentir sur les zones côtières et les pays côtiers de faible élévation, y compris nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement, estimant qu'il en allait de la survie de bien des sociétés[690].

---

observations and models », *Nature Climate Change*, vol. 3, nº 1 (2013), p. 52 à 58 ; et J. Sheffield, E. F. Wood, et M. L. Roderick, « Little change in global drought over the past 60 years », *Nature*, vol. 491 (2012), p. 435 à 438. Voir aussi Ø. Hov, « Overview: oceans and the atmosphere », et T. Jickells, « Linkages between the oceans and the atmosphere », dans « Summary of the informal meeting of the International Law Commission : dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017 », par. 4 à 12 et 21 à 30. Disponible à l'adresse suivante : http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

685 Voir résolution 71/257 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2016, sur les océans et le droit de la mer, par. 185 à 196 et 279.

686 Division des affaires maritimes et du droit de la mer de l'Organisation des Nations Unies, « First Global Integrated Marine Assessment (first World Ocean Assessment) », disponible à l'adresse suivante : www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (consulté le 7 juillet 2017) (voir, en particulier, le chapitre 20, intitulé « Coastal, riverine and atmospheric inputs from land »).

687 Résolution 70/235 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2015.

688 Ø. Buhaug et autres, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), p. 23. Voir aussi T. W. P. Smith et autres, *Third IMO GHG Study* (Londres, OMI, 2014), synthèse, tableau 1. M. Righi, J. Hendricks et R. Sausen, « The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 − Part 1: land transport and shipping », *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), p. 633 à 651.

689 La plupart des gaz à effet de serre rejetés par les navires sont émis dans ou transportés vers la couche limite marine, où ils influent sur la composition de l'atmosphère. Voir, par exemple, V. Eyring et autres, « Transport impacts on atmosphere and climate : shipping », *Atmospheric Environment*, vol. 44, nº 37 (2010), p. 4735, 4744, 4745, 4752 et 4753. Il ressort du cinquième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat que les émissions de gaz à effet de serre ont conduit à l'acidification des océans et à leur réchauffement à l'échelle mondiale (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014 − Rapport de synthèse », disponible à l'adresse suivante :www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf (consulté le 7 juillet 2017), p. 42 ; D. E. J. Currie et K. Wowk, « Climate change and CO_2 in the oceans and global oceans governance », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, nº 4 (2009), p. 387 et 389 ; C. Schofield, « Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, nº 4 (2009), p. 12 ; et S. R. Cooley et J. T. Mathis, « Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development », *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), p. 29 à 47.

690 Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, du 25 septembre 2015, intitulée « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », par. 14 (« Les changements climatiques représentent l'un des plus grands défis de notre temps et leurs incidences risquent

5) Cet alinéa du préambule est lié au paragraphe 1 du projet de directive 9 en ce que c'est sur le lien physique entre l'atmosphère et les océans que repose la corrélation entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les règles du droit de la mer[691].

Préambule

…

Conscients également, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

…

Commentaire

1) Cet alinéa du préambule traite de l'une des plus lourdes conséquences de la dégradation atmosphérique, à savoir l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement de la planète, et met l'accent sur la situation particulière dans laquelle l'élévation du niveau de la mer place les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement. Dans son cinquième rapport, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a estimé que d'ici à 2100, à l'échelle mondiale, le niveau moyen de la mer augmenterait de 26 à 98 centimètres[692]. Si les chiffres absolus et les pourcentages de cette augmentation ne sont pas encore connus, le rapport indique néanmoins que l'élévation du niveau de la mer se poursuivra presque certainement tout au long du XXI^{e} siècle et pendant plusieurs siècles encore, même si les concentrations d'émissions de gaz à effet de serre sont stabilisées. De surcroît, il est probable que ce phénomène ait une configuration fortement régionale et que de nombreuses régions subissent une évolution sensiblement plus importante que la moyenne mondiale[693]. Cela pourrait poser un risque grave, voire s'avérer catastrophique, pour bon nombre de zones côtières, en particulier les grandes zones côtières de faible élévation densément peuplées, ainsi que pour les petits États insulaires en développement[694].

2) Cet alinéa du préambule se rapporte à la corrélation entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les règles du droit de la mer visée au paragraphe 1 du projet de directive 9[695], ainsi qu'à la nécessité de prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes vulnérables mentionnée au paragraphe 3 de cette disposition[696]. En employant le terme « surtout », la Commission a voulu reconnaître que certaines régions étaient dans une situation particulière sans pour autant exclure la possibilité que d'autres régions soient touchées.

---

d'empêcher certains pays de parvenir au développement durable. L'élévation des températures à l'échelle mondiale et du niveau de la mer, l'acidification des océans et d'autres effets des changements climatiques ont de graves répercussions sur les zones côtières et les pays côtiers de basse altitude, y compris nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement. C'est la survie de bien des sociétés qui est en jeu ainsi que celle des systèmes biologiques dont la planète a besoin. »). Voir aussi « Les océans et le droit de la mer », rapport du Secrétaire général (A/71/74/Add.1), chap. VIII (« Océans, changements climatiques et acidification des océans »), par. 115 à 122.

691 Voir le paragraphe 6) du commentaire du projet de directive 9, *infra*.

692 Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Changements climatiques 2013 − Les éléments scientifiques. Contribution du Groupe de travail I au cinquième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2013), p. 1180 de la version anglaise.

693 Ibid., p. 1140.

694 Voir A. H. A. Soons, « The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, n° 2 (1990), p. 207 à 232 ; M. Hayashi, « Sea-level rise and the law of the sea: future options », dans *The World Ocean in Globalisation: Challenges and Responses* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), p. 188 et suiv. Voir aussi Association de droit international, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (Londres, 2012), p. 385 à 428 ; et Association de droit international, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (rapport d'étape), p. 13 à 18.

695 Voir le paragraphe 6) du commentaire de projet de directive 9, *infra*.

696 Voir le paragraphe 16) du commentaire de projet de directive 9, *infra*.

Préambule

…

Constatant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

…

Commentaire

1) Cet alinéa met l'accent sur la préservation des intérêts des générations futures, aux fins notamment de la protection des droits de l'homme. L'objectif est de s'assurer que la planète restera habitable pour ceux qui nous succéderont. Les mesures prises pour protéger l'atmosphère aujourd'hui doivent s'inscrire dans une perspective de préservation de la qualité de l'atmosphère à long terme. Le préambule de l'Accord de Paris de 2015 sur les changements climatiques dispose que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que les parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, ainsi que l'équité entre les générations[697]. L'importance de tenir compte des générations futures, déjà reconnue dans le principe 1 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies de 1972 sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[698], est au cœur de la notion de développement durable telle qu'elle a été définie dans le rapport Brundtland de 1987 intitulé *Notre avenir à tous*[699] et sous-tend le Programme de développement durable à l'horizon 2030[700]. Elle est aussi reflétée dans la Convention de 1992 sur la diversité biologique, qui en fait mention dans son préambule[701], ainsi que dans d'autres traités[702]. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques, « il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures[703] ». Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a dit, concernant l'arme nucléaire, qu'il était impératif de tenir compte « en particulier […] de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir[704] ».

---

697 Accord de Paris sur les changements climatiques (Paris, 12 décembre 2015), document FCCC/CP/2015/10/Add.1, annexe.

698 Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I. La Déclaration a été approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2994 (XXVII), du 15 décembre 1972. Au principe 1 est mentionné « le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

699 Rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement, *Notre avenir à tous* (Oxford, Oxford University Press, 1987), où est soulignée l'importance d'un développement qui « répond[e] aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs » (p. 26).

700 Résolution 70/1, du 25 septembre 2015, dans laquelle l'Assemblée générale souligne la nécessité de protéger la planète de la dégradation afin qu'elle puisse « répondre aux besoins des générations actuelles et futures ».

701 Convention sur la diversité biologique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, nº 30619, p. 79). Le préambule de la Convention dispose que les Parties contractantes sont déterminées à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique « au profit des générations présentes et futures ».

702 Aux termes de l'article 4 vi) de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2153, nº 37605, p. 303), les Parties « s'efforce[nt] d'éviter les actions dont les effets raisonnablement prévisibles sur les générations futures sont supérieurs à ceux qui sont admis pour la génération actuelle ».

703 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, nº 30822, p. 107, à la page 169.

704 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J Recueil 1996*, p. 226, à la page 244, par. 36.

2) Dans cet alinéa du préambule, la Commission a préféré parler d'« intérêts » plutôt que d'« avantages ». Elle avait retenu une formulation semblable aux fins du projet de directive 6 provisoirement adopté à sa soixante-huitième session, qui faisait référence aux intérêts des générations futures dans le contexte de l'« utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère »[705].

Directive 9
Relation entre règles pertinentes

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux règles et principes du droit international coutumier.

[705] Bien que la jurisprudence des tribunaux internationaux ne reconnaisse pas encore l'existence, en droit coutumier, des droits des générations futures, de nombreuses décisions rendues par des juridictions nationales pouvant être considérées comme constituant une pratique au sens du droit international coutumier posent le principe de l'équité entre les générations. Voir C. Redgwell, « Intra- and inter-generational equity », dans *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray et R. G. Tarasofsky (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 185 à 201, à la page 198. Voir aussi Australie : *Gray v. Minister for Planning* [2006] NSWLEC 720 ; Inde : *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others, original public interest writ petition*, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996) ; Kenya : *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya, miscellaneous civil application*, affaire n° 118 de 2004, requête n° 118/04, ILDC 880 (KE 2006) ; Afrique du Sud : *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others* [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059 ; Pakistan : *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, requête déposée le 6 avril 2016 (résumé disponible à l'adresse suivante : www.ourchildrenstrust.org/pakistan). Pour un commentaire, voir E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1989), p. 96 ; M. Bruce, « Institutional aspects of a charter of the rights of future generations », dans *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttil et autres (dir. publ.) (La Valette, UNESCO et Fondation pour les études internationales, Université de Malte, 1990), p. 127 à 131 ; T. Allen, « The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), p. 713 à 741, renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour suprême des Philippines dans l'affaire *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 juillet 1993), *ILM*, vol. 33 (1994), p. 168. Dans certaines affaires, la qualité d'agir en justice a été reconnue sur la base de la « doctrine de la fiducie publique », selon laquelle les gouvernements sont fiduciaires des ressources environnementales communes. Voir M. C. Wood et C. W. Woodward IV, « Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last », *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), p. 634 à 684 ; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999) ; K. Coghill, C. Sampford et T. Smith (dir. publ.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012) ; M. C. Blumm et M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2e édition (Durham, Caroline du Nord, Carolina Academic Press, 2015) ; et K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). Dans un arrêt du 13 décembre 1996, la Cour suprême de l'Inde a dit que la doctrine de la fiducie publique participait du droit interne ; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and Others*, (1997) 1 Supreme Court Cases 388, réimprimé dans C. O. Okidi, ed., *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to the Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Programme des Nations Unies pour le développement, 1998), p. 259. Voir J. Razzaque, « Application of public trust doctrine in Indian environmental cases », *Journal of Environmental Law*, vol. 13, n° 2 (2001), p. 221 à 234.

2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

Commentaire

1) Le projet de directive 9, qui porte sur la « relation[706] entre règles pertinentes », a pour objet de définir les relations entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes. Les paragraphes 1 et 2 ont une portée générale, tandis que l'article 3 met l'accent sur la protection des groupes particulièrement vulnérables à la pollution atmosphérique et à la dégradation atmosphérique. Ces deux notions, définies dans le projet de directive 1, consacré à l'emploi des termes, recouvrent principalement la pollution et la dégradation causées « par l'homme ». Il s'ensuit nécessairement que les activités humaines régies par d'autres domaines du droit ont aussi une incidence sur l'atmosphère et sa protection. Partant, il importe d'éviter, dans la mesure du possible, tout conflit ou divergence entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international. C'est dans cet objectif que le projet de directive 9 énonce les différents procédés prévus en droit international pour faire face aux éventuelles divergences entre principes et règles juridiques, que ces divergences soient une question d'interprétation ou qu'il y ait véritablement conflit. Le libellé du projet de directive 9 est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la question de la fragmentation du droit international et les difficultés découlant de la diversification et du développement de celui-ci[707].

2) Le paragraphe 1 mentionne trois processus juridiques, à savoir la détermination, l'interprétation, et l'application des règles pertinentes. Le membre de phrase « afin d'éviter les conflits » employé à la fin de la première phrase vise à établir qu'« éviter les conflits » est l'un des principaux objectifs de ce paragraphe. Ce n'est toutefois pas le seul et unique objectif du projet de directive. Le paragraphe est formulé à la voix passive pour refléter le fait que la détermination, l'interprétation et l'application des règles pertinentes relèvent non seulement des États, mais aussi des organisations internationales, selon qu'il convient.

3) Le membre de phrase « devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles » est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la fragmentation du droit international. Le terme « déterminées » vise particulièrement les règles découlant des obligations conventionnelles et d'autres sources de droit international. Pour coordonner deux normes, il convient d'abord de déterminer, notamment, si ces normes traitent « de la même matière » ; laquelle prime l'autre en vertu des principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior* ; et si le principe *pacta tertiis* s'applique. De surcroît, la détermination du droit international coutumier lui-même est considérée comme un préalable à l'application des règles d'interprétation de ce droit.

[706] Voir le projet d'article 10 de la résolution 2/2014, sur la déclaration des principes juridiques relatifs aux changements climatiques adoptée par l'Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington, August 2014* (Londres, 2014), p. 26.

[707] *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 251. Voir la conclusion 2), sur les « relations d'interprétation » et les « relations de conflit ». Pour l'étude analytique, voir « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr. 1 et Add.1).

4) La première phrase du paragraphe 1 fait expressément référence aux principes « de l'harmonisation et de l'intégration systémique », auxquels une attention particulière est accordée dans les conclusions du Groupe d'étude. Selon le principe de l'harmonisation, exposé dans la conclusion 4), lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître « un ensemble unique d'obligations compatibles ». En outre, conformément au principe de l'intégration systémique exposé dans la conclusion 17), « quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international ». Les traités doivent donc être interprétés en tenant compte des divers règles et principes du droit international.

5) La deuxième phrase du paragraphe 1 vise à replacer le paragraphe dans le contexte des règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droits des traités[708], notamment à son article 30 et au paragraphe 3 c) de son article 31, et des principes et règles du droit international coutumier. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 a pour but de garantir l'« interprétation systémique », disposant que « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » doit être prise en considération[709]. En d'autres termes, il exprime l'unité du droit international public et la notion selon laquelle ses règles ne peuvent être interprétées isolément les unes des autres[710]. L'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les principes qui président à la résolution des conflits lorsque le principe de l'intégration systémique ne suffit pas, à savoir les principes de la *lex specialis* (par. 2) et de la *lex posterior* (par. 3) et le principe *pacta tertiis* (par. 4)[711]. Les « règles et principes du droit international coutumier » mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 1 sont les règles et principes du droit international coutumier utiles aux fins de la détermination, de l'interprétation et de l'application des règles pertinentes[712].

6) En précisant qu'il faut tenir compte « *inter alia* des règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme », la Commission souligne l'importance pratique que ces trois matières revêtent au regard de la protection de l'atmosphère. Ces domaines sont étroitement liés au droit international relatif à la protection de l'atmosphère sur le plan de la pratique conventionnelle, de la jurisprudence et de la doctrine[713]. Les autres domaines du droit, susceptibles d'être tout aussi pertinents, ne sont pas pour autant exclus, la liste donnée n'étant pas voulue exhaustive. De surcroît, aucune des dispositions du projet de directive 9 ne saurait être interprétée comme subordonnant les règles de droit international relevant des matières citées aux règles relatives à la protection de l'atmosphère ou vice-versa.

7) L'émergence de la notion de « renforcement mutuel » a permis de concilier le droit international du commerce et le droit international de l'environnement, qui recouvre la protection de l'atmosphère. Le préambule de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant

---

[708] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331.

[709] Voir, par exemple, OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 6 novembre 1998, par. 158. Voir aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête nº 35763/97, CEDH 2001-XI, par. 55.

[710] P. Sands, « Treaty, custom and the cross-fertilization of international law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 95, par. 25 ; C. McLachlan, « The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279 ; O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 828 et 829.

[711] Ibid., p. 791 à 798.

[712] On retiendra qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, nº 31874, p. 3, annexe 2, p. 427), « [l]e système de règlement des différends de l'OMC […] a pour but […] de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles *coutumières* d'interprétation du droit international public » [italiques ajoutés].

[713] Voir Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington …* (note **Erreur ! Signet non défini.** *supra*) ; et A. Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée et E. Hey (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 125 à 146.

l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[714] dispose que l'objectif de l'OMC est de concilier les objectifs de commerce et de développement avec les besoins environnementaux « conformément à l'objectif de développement durable[715] ». Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC a été créé pour « coordonner les politiques dans le domaine du commerce et de l'environnement[716] » et, dans le rapport qu'il a adressé en 1996 à la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Singapour, il a rappelé que le système commercial incarné par l'OMC et la protection de l'environnement étaient « deux domaines de l'élaboration des politiques […] importants et […] devraient s'étayer mutuellement afin de promouvoir le développement durable[717] ». Le « renforcement mutuel » étant progressivement devenu une norme juridique *interne* à l'OMC[718], la Déclaration ministérielle adoptée à Doha en 2001 exprime la conviction des États que « les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et les objectifs consistant à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement[719] ». En outre, en droit international du commerce, le renforcement mutuel est considéré comme un aspect du principe de l'harmonisation lorsqu'il s'agit d'interpréter des règles conventionnelles conflictuelles. Entre autres affaires pertinentes examinées par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'affaire *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* de 1996 est particulièrement intéressante en ce que l'Organe d'appel a estimé qu'on ne saurait interpréter l'Accord général de 1994 sur les tarifs douaniers et le commerce sans tenir compte des règles d'interprétation du droit international public, et plus précisément qu'« il ne fa[llai]t pas lire l'Accord général *en l'isolant cliniquement du droit international public*[720] » (non souligné dans l'original), conclusion qui vient clairement étayer les principes interprétatifs de l'harmonisation et de l'intégration systémique.

8) Une tendance comparable se dégage en droit international de l'investissement. Les accords de libre-échange, tel l'Accord de libre-échange nord-américain[721], qui contiennent des clauses relatives aux investissements, et de nombreux traités d'investissement bilatéraux[722] posent également des normes relatives à l'environnement, ce

[714] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, nº 31874.

[715] Ibid., vol. 1867, nº 31874, p. 154.

[716] Comité des négociations commerciales, décision du 14 avril 1994, MTN.TNC/45 (MIN, annexe II, p. 17).

[717] OMC, Comité du commerce et de l'environnement, Rapport (1996), WT/CTE/1 (12 novembre 1996), par. 167.

[718] J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2003) ; R. Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the "WTO-and-competing regimes" debate? », *European Journal of International Law*, vol. 21, nº 3 (2010), p. 651 et 652. Voir aussi S. Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), p. 283 à 431, reproduit dans S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), p. 1 à 127 ; et S. Murase, « Conflict of international regimes: trade and the environment », ibid., p. 130 à 166.

[719] Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, par. 6. Dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, adoptée en 2005, il est réaffirmé que « le mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha […] vis[ait] à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement » (adoptée le 18 décembre 2005 à la sixième session de la Conférence ministérielle, tenue à Hong Kong (Chine), WT/MIN(05)/DEC, par. 31).

[720] OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 19. Voir aussi S. Murase, « Unilateral measures and the WTO dispute settlement » (concernant l'affaire de l'*Essence*), dans *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S. C. Tay et D. C. Esty (dir. publ.) (Singapour, Times Academic Press, 1996), p. 137 à 144.

[721] Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique (Washington, United States Government Printing Office, 1993). Voir, en particulier, les articles 104, par. 1, et 1114.

[722] Il existe divers modèles de traités d'investissement bilatéraux, notamment : le modèle établi par le Canada en 2004, disponible à l'adresse suivante : https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf; le modèle établi par la Colombie en 2007, disponible à l'adresse suivante :

que confirme la jurisprudence des organes de règlement des différends compétents. Certains tribunaux chargés du règlement de différends relatifs aux investissements ont souligné que les traités d'investissement ne sauraient être lus et interprétés indépendamment des règles du droit international public[723].

9) Il en va de même en droit de la mer. Étant donné l'étroite interaction physique entre l'atmosphère et les océans, la protection de l'atmosphère est intrinsèquement liée à la question des océans et, donc, au droit de la mer. Aux termes du préambule de l'Accord de Paris, « il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans ». Le lien qui unit l'atmosphère et les océans est également reconnu dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer[724], dont le paragraphe 1 4) de l'article premier définit l'expression « pollution du milieu marin » de telle manière qu'elle recouvre l'introduction dans le milieu marin de toutes substances ou énergie polluantes aéroportées, y compris la pollution atmosphérique provenant de sources telluriques et de navires[725], et la partie XII contient des dispositions détaillées sur la protection et la préservation du milieu marin, en particulier les articles 192, 194, 207, 211 et 212. Plusieurs conventions régionales traitent aussi de la pollution marine d'origine tellurique[726]. Dans le cadre de l'action qu'elle mène pour étoffer la Convention[727] et lutter

www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf ; le modèle établi par les États-Unis en 2012, disponible à l'adresse suivante : www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf ; le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable, établi par l'Institut international du développement durable en 2005, dans H. Mann et autres, *Modèle d'accord international de l'investissement pour le développement durable (IIDD)* (Winnipeg, 2006), art. 34, disponible à l'adresse suivante : www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf. Voir aussi Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable* (2015), p. 91 à 121, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf [en anglais seulement] ; P. Muchlinski, « Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives », dans *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang et M. Krajewski (dir. publ.) (Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 41 à 64.

723 *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, CIRDI, affaire nº ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 78.

724 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, nº 31363, p. 3. Jusqu'à l'adoption de la Convention, le seul véritable instrument international de référence était le Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (ibid., vol. 480, p. 43).

725 M. H. Nordquist et autres (dir. publ.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 41 et 42.

726 Par exemple, la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Nations Unies, *Recueil des Traités*, nº 42279, p. 67, à la page 71, art. 1, par. e)) ; la Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique (ibid., vol. 1507, nº 25986, p. 166, à la page 169, art. 2, par. 2) ; le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre (ibid., vol. 1328, nº 22281, p. 105, à la page 121, art. 4, par. 1 b)) ; le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique (ibid., vol. 1648, nº 28327, p. 73, à la page 90, art. II c)) ; et le Protocole sur la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique relatif à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (ibid., vol. 2399, nº 17898, p. 3, à la page 40, art. III).

727 À la cinquante-huitième session du Comité de la protection du milieu marin, en 2008, l'OMI a ainsi adopté l'annexe VI modifiée de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (ibid., vol. 1340, nº 22484, p. 61), qui porte notamment sur les émissions de SO_x et de NO_x. La Convention est à présent assortie de six annexes : l'annexe I, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les hydrocarbures (entrée en vigueur le 2 octobre 1983) ; l'annexe II, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances liquides nocives transportées en vrac (entrée en vigueur le 6 avril 1987) ; l'annexe III, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis, ou dans des conteneurs, des citernes mobiles, des camions-citernes ou des wagons-citernes (entrée en vigueur le 1er juillet 1992) ; l'annexe IV, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les eaux usées des navires (entrée en vigueur le 27 septembre 2003) ; l'annexe V, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires (entrée en vigueur le 31 décembre 1988) ; et l'annexe VI, sur les règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires (entrée en vigueur le 19 mai 2005).

contre les changements climatiques[728], l'OMI s'est efforcée d'établir des règles relatives à la pollution par les navires. La bonne application des règles pertinentes du droit de la mer pourrait contribuer à la protection de l'atmosphère, de même que la bonne application des règles relatives à la protection de l'environnement pourrait contribuer à la protection des océans.

10) Du point de vue du droit international des droits de l'homme, la dégradation de l'environnement, y compris la pollution de l'air, les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone, « peut potentiellement affecter la réalisation des droits de l'homme[729] ». L'existence d'un lien entre les droits de l'homme et l'environnement, notamment l'atmosphère, est admise dans la pratique. La Déclaration de Stockholm prévoit en son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être[730] ». La Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement dispose, également en son principe 1, que « [l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable » et « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature »[731]. En outre, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance établit que la pollution atmosphérique a « une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme » et dispose que les parties sont déterminées à « protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique » d'une certaine magnitude[732]. En ce qui concerne la dégradation atmosphérique, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose que les parties sont tenues de prendre des mesures appropriées pour « protéger la santé humaine[733] » conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquelles elles sont parties. Dans le même ordre d'idées, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques traite des effets néfastes des changements climatiques, parmi lesquels les effets nocifs significatifs que ces changements ont « sur la santé et le bien-être de l'homme[734] ».

[728] S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), p. 107 à 126 ; S. Karim et S. Alam, « Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal », *Asian Journal of International Law*, vol. 1, nº 1 (2011), p. 131 à 148 ; Y. Shi, « Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? », *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113, nºs 1 et 2 (2016), p. 187 à 192 ; J. Harrison, « Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping » (2012), Faculté de droit de l'Université d'Édimbourg, rapport de recherche nº 2012/12, p. 20. Disponible à l'adresse suivante : https://ssrn.com/abstract=2037038 (consulté le 7 juillet 2017).

[729] « Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement », rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (A/HRC/19/34), par. 15. Voir aussi la résolution 19/10 du Conseil des droits de l'homme, du 19 avril 2012, sur les droits de l'homme et l'environnement (A/HRC/RES/19/10).

[730] Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I ; et L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515, aux pages 451 à 455.

[731] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I, principe 1 ; et F. Francioni, « Principle 1: human beings and the environment », dans *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J. E. Viñuales (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 93 à 106, aux pages 97 et 98.

[732] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, nº 21623, p. 217, à la page 226, art. 1 et 2.

[733] Ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293, à la page 326, art. 2.

[734] Art. 1.

11) Sont pertinents à cet égard les droits de l'homme que sont le droit à la vie[735], le droit au respect de la vie privée et familiale[736] et le droit à la propriété[737]. Lorsqu'un droit « particulier » lié à l'environnement est consacré par une convention relative aux droits de l'homme, par exemple le droit à la santé, les tribunaux et organes conventionnels compétents le font respecter. Si l'on veut que le droit international des droits de l'homme contribue à la protection de l'atmosphère, il faut toutefois que certaines exigences de base soient respectées[738]. Premièrement, étant donné que le droit international des droits de l'homme est un système juridique qui repose sur la réparation des préjudices causés aux personnes[739], il faut établir un lien direct entre la pollution ou la dégradation atmosphériques et la violation d'un droit protégé. Deuxièmement, les effets néfastes de la pollution ou la dégradation atmosphériques ne relèvent du droit international des droits de l'homme que lorsqu'ils atteignent un seuil donné. Ce seuil est relatif et dépend du contenu du droit invoqué et de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, telles que l'intensité et la durée de la nuisance et ses effets physiques ou mentaux. Troisièmement, et surtout, il faut établir un lien de cause à effet entre, d'une part, l'action ou l'omission de l'État, et, d'autre part, la pollution ou dégradation atmosphérique.

12) L'un des problèmes qui se pose en ce qui concerne la relation entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère et les règles du droit international des droits de l'homme est que les unes et les autres n'ont pas le même champ d'application. Si les règles de droit international relatives à l'atmosphère s'appliquent non seulement à l'État sur le territoire duquel se trouvent les victimes, mais aussi à l'État qui est à l'origine du préjudice, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État[740]. Partant, la situation dans laquelle une activité nocive pour l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes situées dans un autre État soulève la question de l'interprétation de la notion de « compétence » dans le contexte des obligations relatives aux droits de l'homme. Aux fins de l'interprétation et de l'application de cette notion, on pourrait vouloir tenir compte de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit au sujet de la compétence extraterritoriale : « [S]i la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions[741] ».

---

[735] Art. 6 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 171) ; art. 6 de la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3) ; art. 10 de la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées (ibid., vol. 2515, nº 44910, p. 3) ; art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221 (ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme ») ; art. 4 de la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme (ibid., vol. 1144, nº 14668, p. 171) ; et art. 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (ibid., vol. 1520, nº 26363, p. 217).

[736] Art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 11, par. 2, de la Convention américaine des droits de l'homme.

[737] Art. 1 du Protocole nº 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221) ; art. 21 de la Convention américaine des droits de l'homme ; et art. 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir D. Shelton, « Human rights and the environment: substantive rights », dans *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), p. 267 à 283, aux pages 267 et 269 à 278.

[738] P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015), p. 320 à 329.

[739] Ibid., p. 308 et 309.

[740] Art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 1 de la Convention américaine des droits de l'homme. Voir A. Boyle, « Human rights and the environment: where next? », *European Journal of International Law*, vol. 23, nº 3 (2012), p. 613 à 642, aux pages 633 à 641.

[741] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109.

13) On voudra peut-être prendre en considération la pertinence du principe de la non-discrimination. Certains auteurs soutiennent qu'il n'est pas raisonnable de penser que le droit international des droits de l'homme ne couvre pas la pollution atmosphérique et la dégradation de l'environnement à l'échelle mondiale et que la loi ne protège que les victimes de pollution « intrafrontières ». Selon eux, le principe de la non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale comme si elles survenaient sur son territoire[742]. De surcroît, dans la mesure où les normes relatives aux droits de l'homme pertinentes sont aujourd'hui reconnues comme des règles établies ou émergentes du droit international coutumier[743], elles pourraient être considérées comme venant recouper les normes environnementales relatives à la protection de l'atmosphère, notamment celles qui se rapportent à la diligence requise (projet de directive 3), à l'évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4), à l'utilisation durable de l'atmosphère (projet de directive 5), à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère (projet de directive 6) et à la coopération internationale (projet de directive 8), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer ces deux corpus de manière harmonieuse.

14) À la différence du paragraphe 1, qui porte sur la détermination, l'interprétation et l'application des règles existantes, le paragraphe 2 concerne l'élaboration de nouvelles règles par les États. Il dispose que « [l]es États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse ». Ce paragraphe traduit une volonté générale d'encourager les États qui mènent des négociations aux fins de l'adoption de nouvelles règles à tenir compte du fait que les règles du droit international relatif à l'atmosphère et les autres règles de droit international sont liées les unes aux autres en ce qu'elles font partie d'un seul et même système juridique.

15) Le paragraphe 3 est consacré aux personnes placées dans une situation vulnérable du fait de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphériques. Il a été formulé pour faire expressément mention de ces deux fléaux. La référence aux paragraphes 1 et 2 renvoie tant à la « détermination, l'interprétation et l'application » des règles applicables qu'à « l'élaboration » de nouvelles règles. Le membre de phrase « devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques » souligne l'importance qu'il convient d'accorder à la situation de ces personnes et groupes au regard des deux aspects du présent sujet, à savoir la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Il n'a pas été jugé utile de faire référence aux « droits de l'homme », ni même tout simplement à des « droits » ou des « intérêts légitimes ».

16) La deuxième phrase du paragraphe 3 donne des exemples de groupes susceptibles de se trouver en situation de vulnérabilité face à la pollution et à la dégradation atmosphériques. L'Organisation mondiale de la Santé a estimé que toutes les populations seraient concernées par les changements climatiques mais dans un premier temps, les risques sanitaires entraînés par ces changements varieraient sensiblement selon les régions et le mode de vie ; et que les populations des régions côtières, notamment des petits États insulaires en développement, et celles des mégapoles et des régions montagneuses et polaires étaient particulièrement vulnérables, pour des raisons différentes[744]. La lutte contre

[742] Boyle, « Human rights and the environment … » (voir *supra*, note 740), p. 639 à 640.

[743] B. Simma et P. Alston, « Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), p. 82 à 108 ; V. Dimitrijevic, « Customary law as an instrument for the protection of human rights », document de travail n° 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), p. 3 à 30 ; B. Simma, « Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change ? », dans *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland et autres (dir. publ.) (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), p. 711 à 737 ; et H. Thirlway, « International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues », *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), p. 495 à 506.

[744] Organisation mondiale de la Santé, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Genève, 2009), p. 2.

la pollution atmosphérique figure parmi les objectifs de développement durable adoptés par l'Assemblée générale dans le cadre du Programme de développement durable à l'horizon 2030, les cibles 3.9 et 11.6 consistant en particulier à réduire nettement le nombre de décès et de maladies dus à cette pollution et à accorder une attention particulière à la qualité de l'air dans les villes[745].

17) Les termes « figurent, *inter alia* » employés dans la deuxième phrase du paragraphe 3 indiquent que les exemples donnés ne constituent pas nécessairement une liste exhaustive. Ainsi qu'il ressort du rapport issu du Sommet mondial des peuples autochtones sur les changements climatiques, les peuples autochtones sont les plus vulnérables aux changements climatiques car ils vivent dans les régions les plus touchées par ces changements et sont en général tout particulièrement désavantagés sur le plan socioéconomique[746]. Les populations des pays les moins développés sont elles aussi particulièrement à risque en ce qu'elles vivent souvent dans la pauvreté extrême, sans accès aux infrastructures de base et à une protection médicale et sociale adéquate[747]. Quant aux populations des zones de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer, elles sont exposées au risque de diminution de la surface terrestre, qui pourrait entraîner leur déplacement, voire, dans certains cas, leur migration forcée. Dans le droit fil du préambule de l'Accord de Paris, on considérera comme particulièrement vulnérables non seulement les groupes expressément mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9, mais aussi les populations locales, les migrants, les femmes, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées, lesquelles sont souvent gravement touchées par la pollution et la dégradation atmosphériques[748].

---

[745] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, du 25 septembre 2015, intitulée « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 » ; voir B. Lode, P. Schönberger et P. Toussaint, « Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, nº 1 (2016), p. 27 à 38. Voir aussi les indicateurs correspondant à ces cibles définis en 2016 (3.9.1 : taux de mortalité attribuable à la pollution de l'air dans les habitations et à la pollution de l'air ambiant ; et 11.6.2 : niveau moyen annuel de particules fines dans les villes, pondéré en fonction du nombre d'habitants).

[746] Rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur le changement climatique tenu à Anchorage (Alaska) du 20 au 24 avril 2009, p. 12, disponible à l'adresse suivante : www.un.org/ga/president/63/letters/ globalsummitoncc.pdf#search=%27 (consulté le 7 juillet 2017). Voir R. L. Barsh, « Indigenous peoples », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky et autres (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 829 à 852 ; B. Kingsbury, « Indigenous peoples », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, p. 116 à 133 ; et H. A. Strydom, « Environment and indigenous peoples », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, p. 455 à 461.

[747] Plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques, 7 avril 2016, par. 104, disponible à l'adresse suivante : http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf (consulté le 7 juillet 2017).

[748] Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a tenu un débat sur « les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique hommes-femmes », voir www.ohchr.org/FR/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (consulté le 7 juillet 2017). Ce sont généralement les femmes et les enfants, ainsi que les personnes âgées et les personnes handicapée, qui sont considérés comme des personnes vulnérables. Voir Organisation mondiale de la Santé, *Protecting Health from Climate Change …* (note 744 *supra*) et le plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques (note précédente). La Convention interaméricaine de 2015 sur la protection des droits de l'homme des personnes âgées (*Assemblée générale de l'Organisation des États américains, quarante-cinquième session ordinaire, Actes*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), p. 11 à 38) dispose, en son article 25 (droit à un environnement sain) que « [l]es personnes âgées ont le droit de vivre dans un environnement sain et d'avoir accès aux services publics de base. À cette fin, les États parties adoptent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, notamment : a) pour favoriser l'épanouissement des personnes âgées au maximum de leur potentiel, en harmonie avec la nature ; b) pour assurer l'accès des personnes âgées, dans des conditions d'égalité avec les autres personnes, aux services publics de base en matière d'eau potable et d'assainissement, entre autres ». [Traduction non officielle.]

Chapitre VII
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

68. 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 sujet[749]. 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 session (2008)[750].

69. 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)[751]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[752].

70. 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[753]. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014), son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015) et son cinquième rapport, de façon partielle, à sa soixante-huitième session (2016)[754]. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement six projets d'article et les commentaires y relatifs, le projet d'article 2 relatif aux définitions étant encore en cours d'élaboration[755].

---

[749] À sa 2940e 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 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 décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257).

[750] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 386. Pour l'étude du secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1.

[751] A/CN.4/601, A/CN.4/631 et A/CN.4/646, respectivement.

[752] 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.

[753] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 266.

[754] A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673 et Corr.1, A/CN.4/687 et A/CN.4/701, respectivement.

[755] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 48 et 49. À sa 3174e séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193e séance à sa 3196e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs (ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 48 et 49). À sa 3231e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e) et 5, et de sa 3240e séance à sa 3242e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs. À sa 3329e séance, tenue le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 f) et 6 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont la Commission avait pris note à sa soixante-septième session, et à ses 3345e et 3346e séances, tenues le 11 août 2016, la Commission a adopté les commentaires y relatifs (ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 194, 195 et 250, et ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 176).

B. Examen du sujet à la présente session

71. La Commission était saisie du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui traite de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), dont elle avait commencé à débattre à sa soixante-huitième session. Le rapport exposait, en particulier, les travaux antérieurs de la Commission sur la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, présentait une analyse de la pratique pertinente, traitait de quelques questions méthodologiques et conceptuelles relatives aux limites et exceptions, et envisageait les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquerait pas. La Rapporteuse spéciale indiquait en guise de conclusion qu'il n'avait pas été possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. En revanche, elle parvenait à la conclusion que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquaient effectivement aux représentants de l'État dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Au terme de l'analyse, le rapport contenait un projet d'article 7 concernant les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas[756].

72. À sa soixante-huitième session, la Commission a souligné que, le rapport n'étant pas disponible dans toutes les langues, le débat tenu à son sujet se poursuivrait afin d'être achevé à la session suivante. En conséquence, la Commission a poursuivi son débat sur le cinquième rapport de sa 3360e séance à sa 3365e séance, les 18, 19, 23, 24, 26 et 30 mai 2017.

73. À l'issue de son débat sur le rapport, la Commission, à sa 3365e séance, le 30 mai 2017, a décidé de renvoyer le projet d'article 7, tel qu'il figurait dans le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, au Comité de rédaction, en tenant compte du débat tenu à la Commission.

74. À sa 3378e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 (voir sect. C.1 ci-dessous). Le projet d'article a été adopté à titre provisoire par 21 voix contre 8, avec 1 abstention, à l'issue d'un vote enregistré. Les membres présents ont voté comme suit :

M. Carlos J. Argüello Gomez	Oui
M. Yacouba Cissé	Oui
Mme Concepción Escobar Hernández	Oui
Mme Patrícia Galvão Teles	Oui
M. Juan Manuel Gómez-Robledo	Oui

[756] Le texte du projet d'article 7, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport, se lit ainsi :

Projet d'article 7

Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas

1. L'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes suivants :

a) Le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées ;

b) La corruption ;

c) Les crimes portant atteinte aux personnes, y compris ceux entraînant la mort ou des blessures graves, ou aux biens, lorsque ces crimes sont commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État se trouve sur ce territoire au moment de leur consommation ;

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* pendant qu'ils sont en fonctions ;

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice :

a) De toute disposition conventionnelle opposable à l'État du for et à l'État dont relève le représentant en vertu de laquelle l'immunité n'est pas applicable ;

b) De l'obligation de coopérer avec un tribunal international, qui s'impose à l'État du for dans tous les cas.

M. Hussein A. Hassouna	Oui
M. Mahmoud D. Hmoud	Oui
M. Huikang Huang	Non
M. Charles Chernor Jalloh	Oui
M. Roman A. Kolodkin	Non
M. Ahmed Laraba	Non
M^me^ Marja Lehto	Oui
M. Shinya Murase	Oui
M. Sean D. Murphy	Non
M. Hong Thao Nguyen	Oui
M. Georg Nolte	Non
M^me^ Nilüfer Oral	Oui
M. Hassan Ouazzani Chahdi	Oui
M. Ki Gab Park	Oui
M. Chris Maina Peter	Oui
M. Ernest Petrič	Non
M. Aniruddha Rajput	Non
M. August Reinisch	Oui
M. Juan José Ruda Santolaria	Oui
M. Gilberto Vergne Saboia	Oui
M. Pavel Šturma	Abstention
M. Dire D. Tladi	Oui
M. Eduardo Valencia-Ospina	Oui
M. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Oui
Sir Michael Wood	Non

75. Des explications de vote avant le vote ont été faites par M. Roman A. Kolodkin, M. Sean D. Murphy, Sir Michael Wood, M. Huikang Huang, M. Aniruddha Rajput, M. Ernest Petrič, M. Juan Manuel Gómez-Robledo, M. Juan José Ruda Santolaria et M. Georg Nolte. Des explications de vote après le vote ont été faites par M. Dire D. Tladi, M. Pavel Šturma, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Shinya Murase, M. Yacouba Cissé, M. Hussein A. Hassouna, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M^me^ Concepción Escobar Hernández et M. Hong Thao Nguyen. Ces explications de vote sont consignées dans le compte rendu de la 3378^e^ séance (A/CN.4/SR.3378).

76. De sa 3387^e^ séance à sa 3389^e^ séance, les 3 et 4 août 2017, la Commission a adopté les commentaires du projet d'article provisoirement adopté à la session en cours (voir sect. C.2 ci-dessous).

77. Des consultations informelles consacrées à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, conduites par la Rapporteuse spéciale pour le sujet, ont été tenues le 18 juillet 2017. Ces consultations informelles, à participation non limitée, avaient pour objectif de permettre l'échange de vues et d'idées concernant les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, qui seront examinés dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale, qu'elle soumettra en 2018. Les consultations se fondaient sur un document de réflexion relatif aux dispositions et garanties procédurales, élaboré par la Rapporteuse spéciale. À la 3378^e^ séance, le 20 juillet 2017, la Rapporteuse spéciale a communiqué à la Commission des informations sur la tenue des consultations informelles.

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport

78. La Rapporteuse spéciale a rappelé que le cinquième rapport, consacré aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, traite d'un sujet qui a fait l'objet de débats récurrents au fil des ans au sein de la Commission et de la Sixième Commission, suscitant des opinions très diverses et souvent opposées. L'ensemble des membres ont exprimé le souhait de procéder avec prudence étant donné le caractère sensible de la question et son importance pour les États. Le rapport lui-même avait été présenté à la soixante-huitième session de la Commission[757] et avait fait l'objet d'un débat inachevé[758]. La Rapporteuse spéciale a indiqué que, compte tenu du changement intervenu dans la composition de la Commission et des commentaires et observations sur le rapport formulés à la soixante-huitième session de la Commission et au sein de la Sixième Commission à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, elle avait jugé approprié de formuler à la présente session de nouvelles observations liminaires sur le rapport. Elle a donc donné un bref aperçu des débats sur le cinquième rapport qui avaient eu lieu au sein de la Commission et de la Sixième Commission.

79. Commentant le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'elle avait suivi une méthode similaire à celle utilisée dans les rapports précédents et qui consiste à examiner la pratique des États, la jurisprudence internationale et les travaux antérieurs de la Commission, et à analyser la législation nationale aux fins du présent rapport. Elle avait également tenu compte des informations reçues des gouvernements en réponse aux questions posées par la Commission et des interventions orales des États à la Sixième Commission. La Rapporteuse spéciale a souligné que le cinquième rapport, tout comme ceux qui l'avaient précédé, devait être lu conjointement avec les rapports antérieurs sur le sujet.

80. S'appuyant sur la présentation qu'elle avait faite à la session précédente, qu'elle considérait comme faisant partie intégrante des rapports précédents examinés par la Commission, la Rapporteuse spéciale a mis en avant un certain nombre d'idées essentielles contenues dans le rapport. Premièrement, elle a fait observer que l'expression « limites et exceptions » faisait écho aux différents arguments avancés dans la pratique pour fonder la non-application de l'immunité. Elle a souligné que la distinction entre limites et exceptions, en dépit de son intérêt théorique et normatif pour l'interprétation systémique du régime de l'immunité, n'avait aucune incidence pratique, puisque les unes et les autres avaient le même effet, à savoir la non-application du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

81. Deuxièmement, le rapport traitait des limites et exceptions dans le cadre spécifique de l'immunité et dans le contexte du système juridique international dans son ensemble. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a souligné les points suivants : a) la relation entre immunité et juridiction, même si les deux notions étaient distinctes ; b) la nature procédurale de l'immunité ; c) la distinction entre l'immunité des représentants de l'État et l'immunité de l'État ; et d) la distinction entre l'immunité de juridiction pénale et l'immunité devant les juridictions pénales internationales. Le rapport examinait en outre l'immunité sous l'angle du droit international en tant que système normatif dans lequel un juste équilibre devait être trouvé entre l'immunité, qui visait à garantir le respect de l'égalité souveraine des États, et d'autres valeurs importantes du système juridique international.

82. Troisièmement, le rapport mettait l'accent sur la pratique des États, dont l'analyse constituait la pierre angulaire des travaux de la Commission. Il examinait dans quelle mesure la pratique révélait l'existence de normes coutumières susceptibles d'être codifiées, dans le droit fil de la méthode de base suivie par la Commission dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier. Il analysait en outre la question de savoir s'il existait une tendance au développement progressif de normes relatives à l'immunité. Outre la jurisprudence et les instruments internationaux, le rapport étudiait les législations

[757] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 196 à 208.

[758] Ibid., par. 209 à 246.

nationales et les décisions des juridictions internes. Il analysait également les questions en jeu dans une perspective systémique, examinant le régime de l'immunité en relation avec d'autres aspects du système juridique international contemporain pris dans son ensemble.

83. Sur cette base, le rapport concluait qu'il n'avait pas été possible de déterminer l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. Cela étant, il concluait également que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État s'appliquaient effectivement dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Même si elle variait, la pratique montrait une tendance claire à considérer la commission de crimes internationaux comme l'un des motifs de la non-application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère dont bénéficient les représentants de l'État, parce que de tels crimes ne constituaient pas des actes officiels, qu'ils étaient graves ou qu'ils portaient atteinte aux valeurs et principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble.

84. Enfin, la Rapporteuse spéciale a fait observer que la Commission devait envisager le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère, et en particulier la question des limites et exceptions, dans la perspective à la fois de la codification et du développement progressif du droit international. La difficulté réside pour la Commission dans le choix qu'elle doit opérer entre encourager une tendance de plus en plus marquée en matière d'immunité et mettre un terme à une telle évolution.

85. La Rapporteuse spéciale a aussi formulé des observations précises sur le projet d'article 7 qu'elle propose. Les trois paragraphes de ce projet d'article visent à couvrir de manière exhaustive tous les éléments qui définissent le régime des limites et exceptions à l'immunité.

86. Le paragraphe 1 répertorie les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Suivant le modèle de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, l'expression « ne s'applique pas » englobe à la fois les limites et les exceptions. Ce paragraphe recense les situations dans lesquelles l'immunité ne s'applique pas, en faisant référence aux crimes à l'égard desquels une entité cherche à exercer sa juridiction, à savoir : a) les crimes internationaux ; b) la corruption ; et c) les crimes relevant de ce qu'il est convenu d'appeler l'« exception territoriale ».

87. Le paragraphe 2 définit la portée des limites et exceptions. Il précise que les limites et exceptions prévues au paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, à savoir les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères. Il souligne toutefois que le bénéfice de l'immunité *ratione personae* est limité dans le temps, ce qui signifie que les limites et exceptions à l'immunité s'appliquent aux membres de la troïka dès lors qu'ils ne sont plus en fonctions.

88. Le paragraphe 3 contient une clause « sans préjudice » qui se réfère aux situations relevant de régimes spéciaux. Le premier alinéa vise les cas dans lesquels l'immunité des représentants de l'État n'est pas applicable en raison de l'existence de relations conventionnelles entre les États intéressés. Le deuxième alinéa couvre les cas dans lesquels une obligation générale de coopérer avec un tribunal pénal international pourrait avoir une incidence sur l'immunité. Ces deux situations sont inspirées d'exemples tirés de la pratique.

89. S'agissant des travaux futurs de la Commission sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a fait part de son intention de mener, durant la session en cours, des consultations informelles sur diverses questions de procédure relatives au sujet à l'examen. Elle espérait que ces consultations permettraient de mieux orienter le contenu du sixième rapport, qu'elle présenterait à la soixante-dixième session de la Commission.

2. Résumé du débat

90. Le débat qui a eu lieu à la session en cours était la suite de la discussion sur le cinquième rapport, qui avait commencé à la soixante-huitième session de la Commission. Le résumé ci-après devrait être lu conjointement avec le résumé du sujet figurant dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session.

a) Observations d'ordre général

91. Les membres de la Commission ont félicité la Rapporteuse spéciale pour son cinquième rapport, riche et bien documenté, qui contient une analyse approfondie de la pratique des États telle qu'elle ressort des traités et de la législation nationale, ainsi que des jurisprudences internationale et nationale. Les membres ont également rappelé avec satisfaction les travaux menés par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que l'étude élaborée par le Secrétariat. Ils ont reconnu la complexité et le caractère controversé du sujet, en particulier de la question des limites et exceptions. La plupart des observations avaient trait aux questions d'ordre méthodologique et conceptuel soulevées dans le cinquième rapport, notamment la méthode retenue, le traitement de la pratique des États, le mandat de la Commission en matière de développement progressif et de codification du droit international, le régime de l'immunité dans l'ensemble du système juridique international et le lien entre la question des limites et exceptions et les aspects procéduraux.

Méthode retenue et traitement de la pratique des États

92. Plusieurs membres ont apprécié l'analyse détaillée et complète de la pratique des États figurant dans le cinquième rapport. Certains ont exprimé leur appui à la méthode retenue par la Rapporteuse spéciale et affirmé que le rapport constituait une base solide pour le projet d'article proposé.

93. D'autres membres ont déclaré que, si l'examen de la pratique était approfondi, le lien avec les limites et exceptions expressément mentionnées dans le projet d'article 7 demeurait flou. Certains membres se sont également demandé si, étant donné qu'il ne faisait pas état d'une pratique cohérente allant à l'encontre de la non-applicabilité de l'immunité, le rapport contenait suffisamment d'éléments en faveur des limites et exceptions à l'immunité qui y étaient proposées. Il a été relevé que de nombreux exemples cités dans le rapport avaient trait à l'immunité des États ou à l'immunité dans les procès civils, plutôt qu'à celle accordée dans les procédures pénales. De l'avis de certains membres, le rapport examinait de manière sélective des affaires qui plaidaient en faveur de la mise en place de limites et d'exceptions aux immunités, tout en passant sous silence des éléments qui militaient contre une telle solution. Il a été relevé que les exemples cités dans le rapport étaient tirés de contextes et d'époques différents et n'attestaient pas une évolution régulière conduisant à des restrictions en matière d'immunité.

94. Les avis divergeaient quant à la portée et la pertinence de la pratique conventionnelle en ce qui concernait les limites et exceptions à l'immunité. Certains membres ont soutenu que la pratique conventionnelle n'instaurait pas de tendance à la limitation de l'immunité de représentants d'un État étranger. De leur point de vue, peu de traités prévoyaient des limites et exceptions, et toute pratique concernant ces traités ne pouvait être prise en compte pour établir l'existence d'une règle coutumière. Il a été souligné que de nombreux traités, notamment ceux régissant les relations diplomatiques et consulaires, ainsi que ceux applicables aux crimes internationaux, ne prévoyaient pas de limites ou d'exceptions. En outre, plusieurs membres ont relevé que, même lorsqu'ils ne conféraient pas l'immunité devant les tribunaux internationaux, les traités instituant une responsabilité individuelle en matière de crimes internationaux étaient sans effet sur l'immunité dont bénéficiaient les représentants étrangers devant les tribunaux nationaux.

95. D'autres membres ont affirmé que la pratique conventionnelle traduisait une volonté délibérée de fixer des limites et de définir des exceptions à l'immunité des représentants de l'État. Certains membres ont replacé cette évolution dans le contexte des travaux de la Commission sur la responsabilité pénale individuelle, notant que les instruments pertinents, tels que les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, ainsi que les travaux sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et sur la juridiction pénale internationale, excluaient l'immunité pour les crimes internationaux. Ces membres affirmaient que le présent projet d'article devait suivre l'exemple du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont l'article 27 instituait le défaut de pertinence de la qualité officielle. Il a également été fait référence au Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), tel qu'adopté par l'Union africaine. En outre, certains membres ont fait observer

que la prolifération de traités contenant une disposition relative à l'obligation de poursuivre ou d'extrader avait une incidence sur la portée de l'immunité des représentants de l'État. Ils ont laissé entendre que l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux supposait de limiter la portée de l'immunité des représentants de l'État.

96. En ce qui concerne la législation interne, certains membres ont fait observer qu'il y avait peu d'exemples de lois nationales instituant des limites et exceptions à l'immunité des représentants d'États étrangers, même en cas de crimes internationaux. Quelques membres ont fait observer que les législations nationales mettant en œuvre le Statut de Rome ne traitaient généralement que de questions relatives aux institutions ou à l'extradition, sans rien prévoir en matière d'immunité. Il a été souligné que les quelques pays dont la législation prévoyait des clauses d'exception plus larges avaient récemment révisé leurs lois sur l'immunité des représentants de l'État afin de restreindre la portée des limites et exceptions.

97. D'autres membres ont soutenu que le droit interne reflétait la tendance observée par la Rapporteuse spéciale. L'avis a été exprimé que, même si la législation interne était souvent axée sur l'immunité des États, il s'en dégageait tout de même une tendance à la limitation de l'immunité. Certains membres ont noté que la mise en œuvre du Statut de Rome sur le plan interne avait une incidence directe sur le régime de l'immunité devant les tribunaux nationaux.

98. Plusieurs membres ont critiqué le nombre limité d'affaires portées devant des juridictions nationales examinées dans le cinquième rapport. Il a été relevé que dans nombre d'entre elles, le jugement avait été annulé ou bien la question en jeu était non pas l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, mais l'immunité des États ou l'immunité à l'égard de la juridiction civile. Certains membres ont affirmé que le rapport aurait dû examiner les raisons pour lesquelles l'immunité avait été refusée ou confirmée dans certains cas ; qu'il aurait fallu analyser les cas dans lesquels les procureurs avaient décidé de ne pas engager de poursuites en raison de l'immunité du représentant mis en cause ; et qu'il aurait fallu examiner les cas dans lesquels les États s'étaient prévalus de l'immunité sans succès.

99. Un certain nombre de membres ont affirmé que le fait qu'un échantillon limité d'affaires portées devant des juridictions nationales seulement ait été analysé ne changeait rien à l'analyse sur le fond. La Rapporteuse spéciale a été encouragée à étudier plus avant la pratique régionale, notamment, par exemple, la jurisprudence des pays asiatiques et celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

100. Plusieurs membres ont souligné que la jurisprudence internationale suivait une tendance contraire aux conclusions formulées dans le cinquième rapport. Il a été relevé que les tribunaux internationaux et régionaux avaient à plusieurs reprises confirmé l'immunité, même dans des cas de crimes internationaux ou de violation de normes impératives du droit international (*jus cogens*). La jurisprudence internationale insistait sur le fait que l'immunité, de nature procédurale, ne dépendait pas de la gravité d'un acte donné. Plusieurs membres ont également mis l'accent sur la différence entre les juridictions internationales et nationales, affirmant que l'absence d'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux n'entraînait pas la non-application de l'immunité devant les juridictions internes. Il a été souligné que les tribunaux internationaux n'avaient reconnu le refus de l'immunité par les juridictions nationales que dans des affaires où celles-ci coopéraient avec eux.

101. D'autres membres ont affirmé que l'analyse de la jurisprudence internationale à laquelle avait procédé la Rapporteuse spéciale militait en faveur de sa conception des limites et exceptions à l'immunité. Plusieurs membres ont fait observer qu'un grand nombre de décisions internationales confirmant l'immunité ne concernaient pas la responsabilité pénale individuelle mais l'immunité à l'égard de la juridiction civile, l'immunité des États, l'immunité *ratione personae* accordée aux représentants de l'État ou des questions de responsabilité de l'État. Certains membres ont également insisté sur le fait que les juridictions internationales avaient subordonné l'application de l'immunité à l'existence d'autres voies de recours : à défaut, l'immunité ne pouvait pas être confirmée. Il a été fait référence aux opinions individuelles et dissidentes soulignant que les exigences de souveraineté ne devaient pas l'emporter sur la nécessité de veiller à ce que chacun réponde de ses actes mais qu'un équilibre devait être trouvé.

Développement progressif et codification du droit international

102. De l'avis de certains membres, la Rapporteuse spéciale aurait pu indiquer plus clairement dans son rapport si elle cherchait à déterminer la portée du droit international existant (*lex lata*), si elle suivait une nouvelle tendance en matière de normes à adopter (*lex ferenda*) ou si elle visait à énoncer un « droit nouveau ». Il a été noté que le double mandat de codification et de développement progressif confié à la Commission obligeait celle-ci, selon les cas, à suivre de près la pratique établie ou à affirmer ouvertement le caractère progressif de ses travaux. Plusieurs membres ont invité instamment la Commission à mettre l'accent sur le droit existant plutôt que d'entreprendre un développement progressif. Il a été relevé que la Commission ne travaillait pas à l'élaboration d'un nouvel instrument dont les dispositions seraient finalement soumises à l'approbation des États, mais qu'elle cherchait à élaborer un ensemble de directives à propos de la pratique actuelle destinées à des non-spécialistes appelés à intervenir dans des poursuites au niveau national.

103. À cet égard, un certain nombre de membres ont critiqué le cinquième rapport parce qu'il y était affirmé l'existence d'une règle de droit international coutumier en matière de limites et d'exceptions sans qu'il n'y soit démontré qu'une telle affirmation était solidement étayée par la pratique. De l'avis de plusieurs membres, le rapport ne mettait pas suffisamment l'accent sur les graves désaccords existant au sein de la Commission et de la Sixième Commission à propos des aspects matériels et procéduraux de cette question. Il a été suggéré qu'en raison de ces divergences, la Commission procède avec prudence.

104. D'autres membres ont dit que les travaux de la Commission sur la question des limites et exceptions devraient relever à la fois de la codification et du développement progressif du droit international. Il a été affirmé que le cinquième rapport rendait fidèlement compte de l'état actuel du droit international relatif à l'immunité des représentants d'États étrangers. Ces membres ont fait observer que l'incertitude persistante quant à la portée de l'immunité devait encourager la Commission à adopter des directives sur la question, indépendamment des opinions des États. La Commission a été instamment priée de ne pas perdre de vue son engagement en faveur du développement progressif du droit international, dont elle avait déjà fait preuve à l'occasion de l'élaboration de divers instruments. Pour certains de ces membres, la possibilité d'élaborer des projets d'article qui serviraient de base à un instrument sur le sujet ne pouvait être écartée à ce stade.

105. Certains membres se sont demandé si la pratique des États étayait l'existence d'une tendance en faveur des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État qui étaient proposées. Ils affirmaient que cette tendance n'existait pas ou que, si une tendance avait été constatée, elle allait dans la direction opposée. Il a été rappelé que plusieurs États avaient récemment restreint la portée des limites et exceptions à l'immunité dans leur législation interne, et que les juridictions internationales et régionales avaient généralement confirmé l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans des affaires récentes.

106. D'autres membres ont affirmé que, même si les conclusions formulées dans le rapport n'étaient pas toutes solidement étayées par le droit international coutumier, une tendance en faveur de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae* existait bel et bien. Un certain nombre de membres pensaient que les évolutions constatées dans les domaines de l'immunité des États, du droit pénal international et du droit international des droits de l'homme encourageaient cette tendance. Il a été affirmé en outre que les cours et tribunaux refusaient de plus en plus souvent d'appliquer l'immunité, soit parce que les actes incriminés auraient été commis en violation des normes impératives du droit international (*jus cogens*), soit parce qu'ils considéraient que de tels actes ne pouvaient pas être accomplis à titre officiel. De surcroît, certains États s'étaient dits favorables à une limitation de la portée de l'immunité des représentants d'États étrangers. Certains membres ont soutenu que la Commission devait promouvoir cette tendance, afin de combattre l'impunité et de lever les obstacles à la poursuite des auteurs de crimes internationaux.

Le droit international en tant que système

107. Certains membres ont souligné que le projet d'articles devait ménager un équilibre entre, d'un côté, l'égalité souveraine des États et la nécessité de maintenir la stabilité des relations internationales et, de l'autre, l'intérêt pour la communauté internationale dans son ensemble de prévenir et punir les crimes les plus graves au regard du droit international.

108. D'autres membres ont exprimé leur inquiétude quant au fait que les limites et exceptions à l'immunité proposées par la Rapporteuse spéciale risquaient de favoriser des abus, par exemple en permettant la tenue de procès politiques contre des représentants d'États devant des juridictions étrangères. Cela pouvait compromettre la stabilité des relations internationales et aller à l'encontre de la lutte contre l'impunité et de la promotion des droits de l'homme. Il a été souligné qu'en vertu d'un principe fondamental du droit international, les juridictions d'un État ne devaient pas statuer sur les actes d'un autre État.

109. Plusieurs membres ont observé que le système de l'immunité pouvait, mais ne devait pas, constituer un obstacle à la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Il a été souligné que la protection des droits de l'homme et la lutte contre l'impunité ne revêtaient pas une importance secondaire par rapport à la souveraineté des États, mais qu'elles devaient être conciliées avec cette dernière. Selon les mêmes membres, les auteurs de crimes internationaux ne devaient pas être autorisés à utiliser l'écran de la souveraineté pour se mettre à l'abri des poursuites, car leurs actes avaient causé dans les pays et régions où ils avaient été perpétrés une profonde instabilité qui avait, en fin de compte, eu des répercussions sur la communauté internationale tout entière. Il a été dit que les règles relatives à l'immunité ne devaient pas être examinées isolément, mais à la lumière d'autres normes du système juridique international.

Aspects procéduraux de l'immunité

110. Certains membres ont fait observer que la question des limitations et exceptions était étroitement liée à celle des aspects procéduraux de l'immunité, notamment des garanties procédurales. Plusieurs membres ont regretté que la Rapporteuse spéciale n'ait pas présenté à la session en cours un sixième rapport consacré à cette question. Un certain nombre de membres ont suggéré que la Commission reporte ses travaux sur les limites et exceptions jusqu'au moment où la Rapporteuse spéciale aurait exposé ses vues sur les aspects procéduraux, dans son sixième rapport, de sorte que les deux questions puissent être examinées conjointement.

111. Il a été dit que les garanties procédurales pouvaient aider à trouver l'équilibre nécessaire entre le respect de l'égalité souveraine des États et la nécessité de combattre l'impunité. Plusieurs membres ont renvoyé aux travaux du précédent Rapporteur spécial sur le sujet, qui avaient couvert différentes questions procédurales, à savoir le moment où l'immunité doit être examinée, l'invocation de l'immunité, le fardeau de la preuve et la levée de l'immunité. Pour ce qui est de cette dernière question, certains membres ont proposé que soit instituée une procédure imposant à l'État du représentant d'invoquer expressément l'immunité, ou que soit établi, par voie conventionnelle, une obligation de « lever l'immunité ou poursuivre » en vertu de laquelle les États devraient choisir entre lever l'immunité devant une juridiction étrangère ou engager eux-mêmes des poursuites.

112. Soulignant la nature procédurale de l'immunité, un certain nombre de membres ont relevé que, lorsqu'elle était invoquée avec succès par la voie diplomatique ou devant les tribunaux, l'immunité suspendait l'exercice de la compétence des tribunaux étrangers mais n'avait pas d'incidence sur la responsabilité pénale des auteurs présumés. Compte tenu de son caractère préliminaire, les tribunaux devaient examiner la question de l'immunité avant de passer au fond de l'affaire. De ce fait, la gravité de l'acte allégué ne pouvait avoir aucune incidence sur l'application de l'immunité, ni sur le caractère souverain ou officiel dudit acte. Les mêmes membres ont soutenu que cela ne créait pas de hiatus au regard de l'obligation de rendre des comptes, puisque, par exemple, un État qui invoquerait l'immunité de son représentant et en reconnaîtrait les actes comme étant les siens engagerait sa propre responsabilité et pourrait lui-même être poursuivi au niveau national ou international.

113. D'autres membres ont soutenu que, si l'examen des aspects procéduraux était très important pour le sujet dans son ensemble, la Commission devait commencer par identifier les éléments essentiels des limites et exceptions à l'immunité. Il a été souligné que les aspects procéduraux concernaient l'ensemble du projet d'articles et ne pourraient être examinés qu'après l'examen de tous les éléments de fond. Plusieurs membres souhaitaient que l'on ne préjuge pas des débats de la Commission sur le thème du sixième rapport, et ont engagé la Commission à ne pas différer son examen des limites et exceptions à l'immunité.

114. Un certain nombre de membres ont affirmé qu'il existait un lien étroit entre immunité et impunité pour les crimes internationaux, soulignant qu'en l'absence d'autre for ou d'autre juridiction susceptible d'être exercée aux fins de la poursuite des auteurs de crimes internationaux, l'obstacle procédural de l'immunité devant les tribunaux nationaux aurait des incidences sur le fond. Certains membres ont insisté sur le fait que la justice substantielle ne devait pas être sacrifiée à la justice procédurale, en particulier en cas de violations de normes impératives du droit international (*jus cogens*). Ils ont mis en garde la Commission, estimant qu'une approche exclusivement procédurale de l'immunité aurait une incidence négative sur l'évolution de la responsabilité individuelle en droit international.

115. Il a été relevé que la Cour pénale internationale, le for devant lequel il paraissait le plus évident de poursuivre les représentants de l'État, n'avait pas la capacité ni les ressources nécessaires pour poursuivre tous les auteurs présumés de crimes internationaux. Rappelant que le rôle de la Cour reposait sur le principe de complémentarité, les mêmes membres ont affirmé que les juridictions nationales devaient avoir la primauté dans la lutte contre l'impunité. Il a aussi été noté que la responsabilité de l'État pour un acte donné n'annulait pas la responsabilité individuelle du représentant de l'État concerné et ne devait donc pas faire obstacle à l'engagement de poursuites individuelles.

b) Observations portant spécifiquement sur le projet d'article 7

116. Certains membres se sont interrogés sur le point de savoir pourquoi le titre proposé pour le projet d'article 7 renvoyait à des situations « à l'égard desquel[le]s l'immunité ne s'applique pas », alors que le rapport portait sur les « limites et exceptions » à l'immunité. Il a été dit que les incertitudes quant au sens et à la portée de l'expression « limites et exceptions » montraient que le projet d'article 7 ne reflétait pas un droit international bien établi.

117. Un certain nombre de membres ont considéré que la distinction entre les limites et les exceptions était utile et qu'il fallait la conserver. Elle aidait à distinguer entre les situations dans lesquelles la question de l'immunité ne se posait pas, parce que le comportement en cause ne pouvait pas être considéré comme un acte officiel ou accompli à titre officiel, et les cas dans lesquels l'immunité était exclue sur le fondement de circonstances exceptionnelles.

118. D'autres membres ont appuyé le libellé proposé par la Rapporteuse spéciale. Il a été souligné que les travaux sur le sujet étaient, jusque-là, partis de l'hypothèse selon laquelle l'immunité s'appliquait et que le projet d'article 7 devait donc traiter de sa « non-application ». Certains membres ont fait observer que, si la distinction évoquée clarifiait, certes, les choses sur le plan théorique, elle n'avait aucun fondement dans la pratique des États.

119. Certains membres ont exprimé à nouveau les réserves générales qu'ils nourrissaient au sujet du projet d'article 7 tel qu'il était proposé. Il a été dit qu'une solution pouvait être de remanier le projet d'article sur la base d'une obligation de lever l'immunité ou de poursuivre qui s'appliquerait à l'égard des auteurs des principaux crimes internationaux et signifierait que l'État serait tenu, soit de lever l'immunité de ses représentants devant les tribunaux d'un État étranger, soit d'engager des poursuites contre ses propres représentants.

120. Un certain nombre de membres se sont interrogés sur le point de savoir si la liste des crimes figurant au paragraphe 1 était exhaustive ou simplement indicative. Il a été proposé de renvoyer, de manière générale, aux crimes les plus graves au regard du droit international, plutôt que de donner une liste de crimes. Certains membres ont estimé que le paragraphe devait prévoir la possibilité qu'apparaissent de nouveaux crimes auxquels

l'immunité ne s'appliquerait pas. D'autres membres ont exprimé des doutes quant au fondement en droit international des crimes énumérés par la Rapporteuse spéciale et aux motifs pour lesquels elle en avait inclus certains et non d'autres dont on pouvait raisonnablement penser qu'ils étaient du même type. Il a aussi été dit que le projet d'article, ou le commentaire s'y rapportant, devait donner des définitions appropriées des crimes énumérés.

121. En ce qui concerne l'alinéa a), plusieurs membres se sont dits favorables à ce qu'y figurent les principaux crimes internationaux, à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Certains membres ont noté que la torture et les disparitions forcées, également citées par la Rapporteuse spéciale, entraient dans la catégorie des crimes contre l'humanité. Des propositions tendant à ajouter les crimes d'esclavage, d'apartheid et de terrorisme, ainsi que les crimes contre le patrimoine culturel mondial, ont été formulées.

122. Les membres ont en outre débattu du point de savoir si le crime d'agression devait figurer dans le projet d'article. Ceux qui y étaient favorables ont fait valoir l'importance que revêtait ce crime en vertu des Principes de Nuremberg, ainsi que l'activation prochaine de la compétence de la Cour pénale internationale à son égard, sur la base du Statut de Rome. Il a également été relevé que les lois d'application de certains États prévoyaient que ce crime donne lieu à des poursuites internes. D'autres membres convenaient avec la Rapporteuse spéciale que le crime d'agression devait être exclu pour les raisons exposées dans le cinquième rapport. Il a été dit que l'engagement de poursuites pour crime d'agression à l'encontre de représentants d'un État par d'autres États porterait atteinte à l'égalité souveraine des États, problème qui ne se poserait pas dans le cas de poursuites devant une juridiction internationale.

123. À propos de l'alinéa b), un certain nombre de membres doutaient que la pratique des États justifie de mentionner la corruption à propos des limites et exceptions à l'immunité. Il a aussi été observé que le texte proposé par la Rapporteuse spéciale restait assez flou quant à la définition et la portée de la corruption. Certains membres ont affirmé que les actes de corruption ne pouvaient figurer parmi les actes pouvant être accomplis à titre officiel, parce qu'ils étaient toujours motivés par la recherche d'un avantage personnel. À cet égard, il a été en outre observé que l'immunité pour les actes de corruption avait déjà été exclue sur la base du projet d'article 6. Il a été suggéré de supprimer cet alinéa et de mentionner la corruption dans le commentaire.

124. D'autres membres se sont dits favorables à l'inclusion du crime de corruption dans le texte du projet d'article, alléguant de la nécessité pour la communauté internationale de coopérer aux fins de prévenir et de punir ce crime. On a fait valoir que les juridictions internes avaient souvent refusé l'immunité aux auteurs de crimes de corruption, que de nombreux États avaient adopté des lois visant à prévenir et punir ces crimes et que la corruption faisait l'objet de différentes conventions internationales et régionales.

125. Certains membres ont insisté sur le fait que la corruption compromettait gravement le fonctionnement des institutions publiques et l'état de droit et qu'elle pouvait avoir une forte incidence sur la situation socioéconomique de la population d'un pays. Il a été proposé que le projet d'article ne vise que la « grande » corruption ou la corruption à vaste échelle. Il a également été suggéré d'indiquer dans l'alinéa ce qu'il convenait de faire des produits du crime de corruption lorsque des représentants de l'État étaient poursuivis à l'étranger. Il a été souligné que cela dépendait de la volonté politique des États concernés mais qu'en principe les fonds devaient être restitués au pays dans lequel ils avaient été pris.

126. Certains membres ont noté que l'exception territoriale, dont l'alinéa c) était inspiré, était bien établie en procédure civile mais non dans le domaine pénal. Il a été relevé que les références citées par la Rapporteuse spéciale concernaient pour la plupart des affaires civiles et que l'applicabilité de l'exception territoriale en matière pénale n'était pas suffisamment examinée dans le rapport. Plusieurs membres ont dit que cette notion demeurait controversée en droit international et que le rapport laissait sans réponse un certain nombre de questions, par exemple l'application de l'exception territoriale aux activités militaires et à d'autres actes publics. À cet égard, il a été suggéré de libeller l'alinéa c) de manière plus stricte. Plusieurs membres ont renvoyé à la définition proposée

par le précédent Rapporteur spécial sur le sujet. Il a aussi été suggéré de restreindre la portée de l'alinéa à des actes précis portant atteinte à la souveraineté de l'État comme l'espionnage, les assassinats politiques et le sabotage.

127. Les membres ont dans l'ensemble approuvé le paragraphe 2 sur le fond, en relevant qu'il reflétait la pratique existante. Certains ont recommandé de préciser dans les commentaires que seuls les membres de la troïka, à savoir le Chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, pouvaient bénéficier de l'immunité *ratione personae*. Il a été souligné que, conformément à la jurisprudence internationale, l'immunité *ratione personae* était sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes qui en bénéficiaient. Il a été suggéré d'indiquer que l'immunité *ratione personae* ne s'appliquait pas à l'égard des juridictions internationales.

128. Certains membres ont dit que le paragraphe 2 leur paraissait superflu et pouvait être supprimé. Ils ont proposé de préciser dans le paragraphe 1 que les limites et exceptions énumérées dans le projet d'article s'appliquaient seulement à l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres préféraient que l'on conserve ce paragraphe afin de faire ressortir la différence entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Il a été suggéré d'aligner le champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* sur les projets d'articles 4 et 6. Il a été dit en outre qu'il convenait de restreindre l'immunité *ratione personae*, qui risquait de conduire à l'impunité dans le cas des dirigeants à vie.

129. Plusieurs membres ont souscrit à la clause sans-préjudice figurant au paragraphe 3. Il a été observé que, contrairement à ce qui était dit à l'alinéa a), cette clause devait aussi s'appliquer aux traités en vertu desquels l'immunité est applicable. Concernant l'alinéa b), certains membres ont estimé que l'expression « une cour ou un tribunal international » était trop vague, et ont suggéré de préciser dans le projet d'article s'il s'agissait des juridictions pénales internationales ou de toute les juridictions internationales. Il a été dit que ce paragraphe demeurait inopportun et devait être supprimé car il était susceptible de compromettre des procédures judiciaires en cours.

c) Travaux futurs

130. De nombreux membres ont déclaré attendre avec intérêt le sixième rapport, qui devait porter sur les aspects procéduraux de l'immunité. Il a été suggéré que la Rapporteuse spéciale examine la relation entre l'immunité et la prescription des crimes auxquels aucune limite ni exception ne s'appliquait. Certains membres ont observé que la Commission devait réexaminer certains des textes adoptés à titre provisoire, par exemple la définition de « l'immunité de juridiction » afin de déterminer si elle couvrait les questions d'inviolabilité.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

131. Dans son résumé du débat, la Rapporteuse spéciale s'est félicitée des discussions intéressantes suscitées par le cinquième rapport, auxquelles un grand nombre de membres avait participé. Répondant à certaines des critiques visant la structure et la teneur du rapport, elle a insisté sur le fait que tous les chapitres contribuaient utilement aux conclusions formulées. Elle a également fait observer que c'était le contenu de ses arguments qui importait et non le fait qu'elle ait ou non suivi l'approche du précédent Rapporteur spécial.

132. Concernant l'analyse de la pratique contenue dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a rappelé la diversité des vues exprimées. Elle a souligné que la jurisprudence des juridictions internationales n'excluait pas catégoriquement l'application de limites et d'exceptions à l'immunité *ratione materiae*, car les décisions portaient au premier chef sur l'immunité de l'État ou l'immunité *ratione personae*. Elle a également insisté sur l'importance de la jurisprudence nationale qui, bien que parfois limitée et manquant d'homogénéité, se trouvait au cœur du projet. Elle a remercié les membres d'avoir suggéré l'ajout d'éléments de jurisprudence internationale, régionale et nationale.

133. La Rapporteuse spéciale a dit que l'analyse de la législation nationale figurant dans le rapport avait contribué à établir la distinction entre immunité des représentants de l'État et immunité de l'État, à mettre en évidence le caractère relatif de l'immunité de l'État et à illustrer le recours à « l'exception territoriale ». Elle a aussi noté que les lois nationales

d'application du Statut de Rome pouvaient apporter un éclairage sur la question de l'immunité des représentants de l'État, en particulier lorsqu'elles allaient au-delà des exigences du Statut. La Rapporteuse spéciale a noté que d'autres formes de pratique des États, comme les décisions des procureurs ou les démarches diplomatiques, n'étaient pas en principe accessibles au public et ne pouvaient donc pas être considérées comme pratique pertinente.

134. La Rapporteuse spéciale a pris acte du désaccord entre les membres sur l'existence éventuelle d'une règle coutumière fixant des limites et exceptions à l'immunité des représentants de l'État ou sur l'émergence d'une tendance en ce sens. Elle a affirmé que la Commission devait se concentrer sur l'identification des règles pertinentes de *lex lata* et de *lex ferenda* relatives à l'immunité. Elle a dit ne pas souscrire à l'idée que la Commission avait entrepris d'élaborer un « droit nouveau » sur la question, comme l'avaient suggéré certains membres. À cet égard, la Rapporteuse spéciale a observé que le projet d'articles, comme d'autres projets de la Commission, contenait des éléments relevant tant de la codification que du développement progressif et qu'il convenait de l'évaluer à la lumière de cette considération.

135. La Rapporteuse spéciale a réaffirmé que la distinction entre les limites et les exceptions, telle qu'elle est exposée dans le rapport, avait contribué à éclairer la notion d'immunité des représentants de l'État et son rôle dans le système juridique international. Selon elle, cette approche n'était pas incompatible avec le pragmatisme du libellé du projet d'article 7, centré sur les situations où l'immunité « ne s'applique pas » ; au contraire, la formule avait permis d'éviter un certain nombre de controverses au sujet de la distinction entre limites et exceptions, et elle trouvait son fondement dans la pratique.

136. La Rapporteuse spéciale a dit partager l'opinion des membres jugeant crucial pour le projet de procéder à un examen des aspects procéduraux de l'immunité. Elle a toutefois noté que les questions procédurales allaient au-delà de celles relatives aux limites et exceptions, qu'elles avaient des incidences sur l'ensemble du projet d'articles et qu'elles devaient être traitées une fois que la Commission aurait examiné la question des limites et exceptions à l'immunité. Elle a relevé que le précédent Rapporteur spécial avait adopté une approche similaire et elle a réitéré son offre de procéder à des consultations informelles à ce sujet dans le cadre de la préparation de son sixième rapport.

137. Passant aux observations concernant spécifiquement le projet d'article proposé dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a noté que de nombreux membres étaient favorables au maintien du paragraphe 1, même si différentes suggestions de modification de son contenu avaient été faites. En ce qui concernait l'alinéa a), la Rapporteuse spéciale était disposée à y faire figurer le crime d'apartheid, mais elle a maintenu ses réserves concernant l'inclusion d'autres crimes transnationaux, car ceux-ci étaient plutôt visés dans des traités que condamnés par la coutume. En outre, la Rapporteuse spéciale hésitait encore à inclure le crime d'agression, craignant que la politisation de l'ensemble du projet n'en soit accrue. Pour une raison analogue, elle préférait conserver une liste de crimes spécifiques plutôt que d'employer une formule ouverte renvoyant de manière générale aux crimes internationaux. Des définitions des crimes expressément visés pourraient être données dans le commentaire, et peut-être renvoyer à des instruments existants.

138. La Rapporteuse spéciale a pris note de la controverse qui subsistait à propos de l'inclusion de la corruption à l'alinéa b). Elle a reconnu que la disposition en question devait s'appliquer principalement aux cas de « grande corruption », terme qu'il conviendrait de préciser dans le commentaire. Elle a insisté sur le fait qu'étant toujours motivé par un profit personnel, un acte de corruption ne pouvait être considéré comme un acte accompli à titre officiel, auquel l'immunité *ratione materiae* s'appliquerait. Quant à l'« exception territoriale », telle que formulée à l'alinéa c), la Rapporteuse spéciale a affirmé que son application ne se limitait pas au domaine de la juridiction civile. Sous sa forme actuelle, elle visait des infractions majeures telles que le sabotage et l'espionnage.

139. La Rapporteuse spéciale a également relevé le large soutien recueilli par le paragraphe 2, où il était souligné que les limites et exceptions ne s'appliquaient pas en cas d'immunité *ratione personae*, opinion bien établie dans la pratique et la doctrine. Elle a estimé que le fait de mentionner expressément l'immunité *ratione personae* permettait de

ménager, entre le principe d'égalité souveraine et la nécessité de combattre l'impunité, un équilibre qui pouvait être compromis si ce paragraphe était supprimé. Elle a également jugé préférable de conserver la clause sans préjudice figurant au paragraphe 3, qui faciliterait le règlement d'éventuels conflits de normes entre le projet d'articles et les instruments internationaux existants, en particulier ceux relatifs aux juridictions pénales internationales.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission jusqu'à présent

1. Texte des projets d'article

140. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés par la Commission jusqu'à présent est reproduit ci-après.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Première partie
Introduction

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

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants 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.

Article 2
Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

...

e) On entend par « représentant de l'État » tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

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.

* La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

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*.

Troisième partie
Immunité *ratione materiae**

Article 5
Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 6
Portée de l'immunité *ratione materiae*

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Article 7
Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

a) Crime de génocide ;

b) Crimes contre l'humanité ;

c) Crimes de guerre ;

d) Crime d'apartheid ;

e) Torture ;

f) Disparitions forcées.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

* La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

Annexe

Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7

Crime de génocide

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 6 ;
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948), article II.

Crimes contre l'humanité

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 7.

Crimes de guerre

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973), article II.

Torture

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984), article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), article 2.

2. Texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session

141. Le texte du projet d'article et du commentaire y relatif provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-neuvième session est reproduit ci-après.

Deuxième partie
Immunité *ratione personae**

…

Troisième partie
Immunité *ratione materiae**

…

Article 7
Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :

a) Crime de génocide ;

b) Crimes contre l'humanité ;

c) Crimes de guerre ;

d) Crime d'apartheid ;

* La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables aux présents projets d'article à sa soixante-dixième session.

e) Torture ;

f) Disparitions forcées.

2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

Annexe

Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7

Crime de génocide

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 6 ;
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948), article II.

Crimes contre l'humanité

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 7.

Crimes de guerre

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973), article II.

Torture

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984), article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), article 2.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 énumère les crimes de droit international à l'égard desquels, selon les présents projets d'article, l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas. Il comporte deux paragraphes consacrés à l'énumération des crimes visés (par. 1) et à la définition de ces crimes (par. 2).

2) Le projet d'article 7 traite uniquement de l'immunité de juridiction *ratione materiae*, raison pour laquelle il est placé dans la troisième partie du projet d'articles ; il ne s'applique pas en ce qui concerne l'immunité de juridiction *ratione personae*, qui fait l'objet de la deuxième partie.

3) Cela ne signifie pas, toutefois, que les représentants de l'État visés au projet d'article 3 (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) soient définitivement exclus du champ d'application du projet d'article 7. Au contraire, on retiendra que, comme l'a établi la Commission, ces représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione personae* « exclusivement pendant la période où ils exercent leur mandat[759] » et l'extinction de cette immunité « est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*[760] ». De surcroît, le projet d'article 6, qui traite de l'immunité *ratione materiae*, dispose que « [l]es individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* […], dont le mandat a pris fin, continuent de

[759] Projet d'article 4, par. 1. Voir le paragraphe 2) du commentaire du projet d'article 4, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), p. 68 et 69.

[760] Projet d'article 4, par. 3. Voir le paragraphe 7) du commentaire du projet d'article 4, ibid., p. 72.

bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat[761] ». En conséquence, étant donné que cette immunité résiduelle est une immunité *ratione materiae*, le projet d'article 7 sera applicable à l'immunité de juridiction dont peuvent bénéficier les anciens chefs d'État, ou de gouvernement et les anciens ministres des affaires étrangères pour les actes accomplis à titre officiel pendant la période où ils exerçaient leur mandat. Partant, ces anciens représentants de l'État ne bénéficieront pas de l'immunité *ratione materiae* pour les crimes de droit international énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7.

4) Le paragraphe 1 du projet d'article 7 énumère les crimes dont la perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale au représentant d'un État étranger, même s'ils ont été commis par l'intéressé en sa qualité de représentant de l'État et pendant l'exercice de ses fonctions. Les dispositions du projet d'article 7 viennent donc compléter les éléments normatifs relatifs à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* exposés aux projets d'articles 5 et 6.

5) À l'issue d'un vote enregistré, la Commission a décidé de retenir ce projet d'article, pour plusieurs raisons. Premièrement, elle a estimé qu'il se dégageait de la pratique une tendance à la limitation de l'applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* en ce qui concerne certains comportements constitutifs de crimes de droit international. Cette tendance se reflète dans des décisions rendues par des tribunaux nationaux qui, même si elles ne reposent pas sur le même raisonnement, expriment toutes la non-reconnaissance de l'immunité de juridiction *ratione materiae* pour certains crimes internationaux[762]. Elle se

---

[761] Projet d'article 6, par. 3. Voir les paragraphes 9) à 15) du commentaire du projet d'article 6, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément nº 10* (A/71/10), p. 379 à 381. Voir aussi le paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 5, ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), p. 245 et 246.

[762] Voir les décisions rendues dans les affaires ci-après : *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 *; Pinochet*, Belgique, Tribunal de première instance de Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *International Law Reports* (ILR), vol. 119, p. 349 ; *Hussein*, Allemagne, Haute Cour régionale de Cologne, arrêt du 16 mai 2000, 2 Zs 1330/99, par. 11 (affirmation faite dans l'hypothèse où le Président Hussein aurait à ce moment-là cessé d'exercer ses fonctions) ; *Bouterse*, Pays-Bas, Cour d'appel d'Amsterdam, arrêt du 20 novembre 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 266 et suiv. (bien que la Cour suprême ait ensuite cassé l'arrêt, elle ne s'est pas prononcée sur la question de l'immunité, mais sur la violation du principe de non-rétroactivité et la portée restreinte de la compétence universelle, voir l'arrêt du 18 septembre 2001, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 80 (NL 2001)]) ; *Sharon et Yaron*, Belgique, Cour de cassation, arrêt du 12 février 2003, ILR, vol. 127, p. 123 (bien qu'elle ait reconnu l'immunité *ratione personae* d'Ariel Sharon, la Cour a estimé qu'Amos Yaron devait être traduit en justice car, au moment des faits, il dirigeait les forces armées israéliennes ayant participé aux massacres de Sabra et de Chatila) ; *H. c. Procureur public*, Pays-Bas, Cour suprême, arrêt du 8 juillet 2008, ILDC 1071 (NL 2008), par. 7.2 ; *Lozano c. Italie*, Italie, Cour de cassation, arrêt du 24 juillet 2008, ILDC 1085 (IT 2008), par. 6 ; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Suisse, Tribunal pénal fédéral, décision du 25 juillet 2012, BB.2011.140 ; *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire *Prince Nasser*), Cour de division de la Division du Banc de la Reine de la Haute Cour de justice, arrêt du 7 octobre 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.) (l'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il a été rendu en tant qu'*order consented*, c'est-à-dire sur la base d'un accord entre les plaignants et le Directeur des poursuites publiques par lequel ce dernier a admis que les actes de torture imputés au Prince Nasser n'étaient pas couverts par l'immunité *ratione materiae*). Dans le cadre d'une procédure civile, la Cour suprême italienne a en outre dit que l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas à l'égard de la juridiction pénale en cas de crimes internationaux commis par des représentants de l'État (*Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004, ILR, vol. 128, p. 674). Dans l'affaire *Jones*, bien qu'elle ait reconnu l'immunité à l'égard de la juridiction civile, la Chambre des Lords a réaffirmé que l'immunité de juridiction pénale n'était pas applicable en cas de torture (*Jones v. Saudi Arabia*, Chambre des Lords, arrêt du 14 juin 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.). Enfin, quoique dans le cadre d'une procédure engagée contre un Éthiopien, le Tribunal supérieur fédéral d'Éthiopie a affirmé l'existence d'une norme de droit international excluant l'application de l'immunité à un ancien chef d'État accusé de crimes internationaux (*Procureur spécial c. Colonel Hailemariam*, Tribunal supérieur fédéral, arrêt du 9 octobre 1995, ILDC 555 (ET 1995)). Il est aussi arrivé que des tribunaux nationaux jugent des représentants d'un État étranger pour des crimes internationaux sans se prononcer sur la question de

reflète également dans l'adoption de lois nationales qui prévoient des exceptions à l'immunité *ratione materiae* liées à la perpétration de crimes internationaux[763], quoique ces

l'immunité. C'est ce qu'ont fait, par exemple, les tribunaux français dans l'affaire *Barbie* (*Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes c. Barbie*), France, Cour de cassation, arrêts des 6 octobre 1983, 26 janvier 1984 et 20 décembre 1985, bulletins criminels 1983 nº 239 p.610, 1984 nº 34 p. 90 et 1985 n° 407 p. 1038 ; *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes c. Barbie,* Cour d'assises du Rhône, arrêt du 4 juillet 1987, ILR, vol. 78, p. 148 ; et Cour de cassation, arrêt du 3 juin 1988, bulletin criminel 199 nº 246, p. 637. L'*Audiencia Nacional* d'Espagne a jugé plusieurs représentants d'États étrangers pour des crimes internationaux sans estimer nécessaire de se prononcer sur la question de l'immunité (affaires *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, du *Guatemala*, du *Rwanda* et du *Tibet*). Dans l'affaire du *Rwanda*, elle a toutefois décidé de ne pas juger le Président Kagame, en raison de l'immunité dont il bénéficiait. De même, dans l'affaire du *Tibet*, elle n'a pas jugé le Président chinois d'alors, Hu Jintao ; après que le mandat présidentiel a pris fin, le tribunal central d'instruction nº 2 a toutefois rendu une ordonnance de mise en accusation en date du 9 octobre 2013, estimant que l'intéressé ne bénéficiait plus de l'« immunité diplomatique ».

763 À l'appui de ce point de vue, on a mentionné la loi organique nº 16/2015 du 27 octobre sur les privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales ayant leur siège en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, qui établit, pour le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères, un régime d'immunité distinct selon lequel les actes les crimes de génocide, les crimes de disparition forcée, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité accomplis par les fonctionnaires en question au cours de leur mandat et dans l'exercice de leurs fonctions officielles ne sont pas couverts par l'immunité (art. 23, par. 1, *in fine*). On retiendra également à cet égard la loi argentine nº 24488 sur l'immunité de l'État étranger, dont l'article 3 a été supprimé par le décret nº 849/95 portant promulgation de la loi, en conséquence de quoi les tribunaux argentins ne peuvent refuser de connaître d'une requête formée contre un État pour violation du droit international des droits de l'homme. Dans une perspective beaucoup plus limitée, la loi sur l'immunité souveraine étrangère des États-Unis, modifiée par la loi sur la protection des victimes de la torture, établit une exception pour terrorisme à l'immunité juridictionnelle d'un État étranger (sect. 1605A) qui permet d'exclure l'application de l'immunité pour certains types d'actes, comme la torture ou les exécutions extrajudiciaires, dès lors qu'ils ont été accomplis par des représentants d'un État que les autorités compétentes des États-Unis ont placé dans la catégorie des États soutenant le terrorisme. La loi canadienne sur l'immunité prévoit une exception similaire. Enfin, on notera que certaines limitations ou exceptions à l'immunité pour les crimes internationaux sont inscrites en droit interne, que ce soit dans des lois expressément consacrées à ces crimes (voir la loi belge relative aux violations graves du droit international humanitaire, modifiée en 2003, la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux et le Code pénal de la République du Niger, modifié en 2003) ou dans des lois relatives à l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Pour des lois d'application qui établissent une exception générale à l'immunité, voir la loi nº 50 (2009) du Burkina Faso portant détermination des compétences et de la procédure d'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabè, articles 7 et 15.1 (disposant que les juridictions burkinabè peuvent exercer leur compétence à l'égard des personnes ayant commis un crime relevant de la compétence de la Cour, même à l'étranger, dès lors que le suspect est présent sur le territoire national. En outre, la qualité officielle ne constitue pas un motif d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité) ; Comores, loi nº 11-022 du 13 décembre 2011, portant application du Statut de Rome, art. 7.2 (« les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu de la loi ou du droit international, n'empêchent pas les juridictions nationales d'exercer leur compétence à l'égard de cette personne en ce qui concerne les infractions visées par la présente loi » [traduction non officielle]) ; Irlande, loi sur la Cour pénale internationale de 2006, art. 61.1 (« Conformément à l'article 27, aucune immunité diplomatique ou immunité de l'État associée à une personne en raison d'un lien existant avec un État partie au Statut de Rome n'exclut l'ouverture d'une procédure à l'encontre de cette personne » [traduction non officielle]) ; Maurice, loi nº 27 (2001) sur la Cour pénale internationale, art. 4 ; Afrique du Sud, loi du 18 juillet 2002 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 4.2 *a*) i) et 4.3 *c*) (conformément à cette loi, les tribunaux sud-africains sont compétents pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dès lors que l'auteur présumé se trouve sur le territoire national, indépendamment de sa qualité officielle). Parmi les lois d'application qui établissent uniquement des limites ou des procédures de consultation s'agissant de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale, voir : Allemagne, loi sur la constitution des tribunaux, art. 20.1 et 21 ; Argentine, loi nº 26200 sur l'application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par la loi nº 25390 et ratifié le 16 janvier 2001, art. 40 et 41 ; Australie, loi nº 41 (2002) sur la Cour pénale internationale, art. 12.4 ; Autriche, loi fédérale nº 135 du 13 août 2002 sur la coopération avec la Cour pénale internationale, art. 9.1 et 9.3 ; Canada, loi sur l'extradition (1999), art. 18 ; France, Code de

lois soient très peu nombreuses. Elle a aussi été mise en évidence dans la doctrine, et s'est manifestée dans une certaine mesure lors de procès tenus devant des tribunaux internationaux[764].

6) Deuxièmement, la Commission a aussi tenu compte du fait que le projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est destiné à s'appliquer dans le cadre d'un ordre juridique international dont on ne saurait ignorer l'unité et le caractère systémique. En conséquence, la Commission ne saurait faire fi des autres normes existantes ni aller à l'encontre de principes juridiques reconnus relevant d'autres branches du droit international contemporain aussi importantes que le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal. Partant, il convient de déterminer les crimes excluant l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère avec circonspection et dans un souci d'équilibre entre la nécessité de veiller au respect du principe de l'égalité souveraine des États et celle de garantir l'application du principe de responsabilité, notamment du principe de responsabilité pénale individuelle, et de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves, cet objectif étant une priorité pour la communauté internationale. C'est en parvenant à cet équilibre que l'on pourra garantir que l'immunité sert le but dans lequel elle a été instaurée (protéger l'égalité souveraine et les intérêts légitimes des États) et n'est pas utilisée comme un instrument de procédure destiné à faire échouer toute tentative pour établir la responsabilité pénale de certaines personnes (les représentants de l'État) pour la perpétration des crimes les plus graves au regard du droit international.

7) Pour les deux motifs qui précèdent, la Commission estime qu'elle doit s'acquitter de son mandat de promotion de la codification et du développement progressif du droit international en appliquant à la fois une méthode déductive et une méthode inductive. Elle a donc inclus dans le projet d'article 7 la liste des crimes pour lesquels l'immunité ne s'applique pas *ratione materiae* pour les motifs suivants : a) dans la pratique, ils tendent à être considérés comme n'étant pas couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ; b) ce sont des crimes de droit international considérés comme les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale et qui sont visés par des normes internationales conventionnelles et coutumières imposant l'obligation d'adopter des mesures pour les prévenir et en punir les auteurs.

8) Certains membres ont toutefois exprimé leur désaccord avec cette analyse. Tout d'abord, ils se sont déclarés opposés à l'article 7, adopté à l'issue d'un vote, au motif :

---

procédure pénale (la loi nº 2002-268 du 26 février 2002), art. 627.8 ; Irlande, loi nº 30 (2006) sur la Cour pénale internationale, art. 6.1 ; Islande, loi sur la Cour pénale internationale (2003), art. 20.1 ; Kenya, loi nº 16 (2008) sur les crimes internationaux, art. 27 ; Liechtenstein, loi du 20 octobre 2004 sur la coopération avec la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux internationaux, art. 10.1 b) et c) ; Malte, loi relative à l'extradition, art. 26S.1 ; Norvège, loi nº 65 du 15 juin 2001 relative à l'incorporation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 dans le droit norvégien, art. 2 ; Nouvelle-Zélande, loi sur les crimes internationaux et loi de 2000 sur la Cour pénale internationale, art. 31.1 ; Ouganda, loi sur la Cour pénale internationale, nº 18 (2006), art. 25.1 *a*) et *b*) ; Royaume-Uni, loi sur la Cour pénale internationale, 2001, art. 23.1 ; Samoa, loi nº 26 (2007) sur la Cour pénale internationale, art. 32.1 et 41 ; Suisse, loi sur la coopération avec la Cour pénale internationale, art. 6. Il existe un cas particulier, celui du Danemark, dont la loi sur la Cour pénale internationale, du 16 mai 2001 (art. 2), habilite l'exécutif à trancher les questions relatives à l'immunité sans prévoir de système précis de consultations.

764 L'existence d'une tendance à la limitation de l'immunité pour les crimes internationaux a été constatée par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans l'opinion individuelle commune qu'ils ont rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 88, par. 85. La Cour européenne des droits de l'homme, en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, a expressément reconnu qu'il semblait qu'« un soutien se dégage en faveur d'une règle ou exception spéciale en droit international public lorsque des agents d'États étrangers [étaient] assignés au civil pour des actes de torture » et que, par conséquent, « compte tenu des nouveaux développements que conna[issait] actuellement cette branche du droit international public, il s'agi[ssait] d'une question dont les États contractants dev[raient] suivre l'évolution » (*Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes nos 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014, arrêt du 2 juin 2014, par. 213 et 215).

a) que la Commission ne devrait pas présenter ses travaux comme participant de la codification du droit coutumier alors que manifestement, ni la jurisprudence des États[765], ni les législations nationales[766], ni le droit des traités[767] ne venaient étayer les exceptions

[765] Ces membres ont fait observer que seules neuf affaires citées traitaient expressément de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État par le droit international coutumier (voir *supra*, note 762) et qu'en réalité, la plupart n'étayaient pas l'argument selon lequel cette immunité doit être refusée. Dans l'affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, le juge britannique a refusé d'accorder l'immunité pour les actes visés par un traité en vigueur interprété comme excluant ce privilège (à savoir, la Convention contre la torture). L'affaire *Hussein*, portée devant les tribunaux allemands, ne concernait aucun des crimes énumérés au projet d'article 7, et rien dans l'arrêt n'indique que, dans l'hypothèse où le Président Hussein aurait cessé d'exercer ses fonctions, l'immunité *ratione materiae* ne serait pas reconnue ou ne devrait pas l'être. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bouterse* n'a pas été confirmé par la Cour suprême des Pays-Bas et le raisonnement suivi par la juridiction inférieure reste incident. L'arrêt rendu par le juge belge dans l'affaire *Sharon et Yaron* a été controversé et a amené le Parlement à modifier la loi nationale, après quoi la Cour de cassation a déclaré que la justice belge n'était pas compétente. La même loi a été mise en question dans l'affaire *Pinochet*, jugée par le Tribunal de première instance de Bruxelles. Dans l'affaire *Lozano c. Italie*, l'immunité *ratione materiae* a été accordée, et non refusée, au représentant de l'État étranger. L'affaire *Le Procureur spécial c. Hailemariam* concernait un national éthiopien, et non un représentant d'un État étranger. Les autres affaires citées concernaient des situations dans lesquelles l'intéressé n'a pas invoqué l'immunité ou y a renoncé, et ne viennent pas étayer la thèse selon laquelle le représentant de l'État ne peut pas bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* reconnue par le droit international coutumier s'il l'invoque. Ces membres ont de surcroît fait observer qu'il fallait sérieusement se poser la question de savoir si les affaires *civiles* jugées devant des juridictions nationales étaient pertinentes aux fins du présent sujet ; dans la mesure où elles l'étaient, elles ne venaient pas confirmer le bien-fondé des exceptions énumérées à l'article 7. Ainsi, la Cour internationale de Justice a jugé que l'arrêt rendu en l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* (voir *supra*, note 762) était incompatible avec les obligations mises à la charge de l'Italie par le droit international. Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C. I. J. Recueil 2012*, p.99. Dans l'affaire *Jones v. Kingdom of Saudi Arabia* (voir *supra*, note 762), la Chambre des Lords a reconnu l'immunité du représentant de l'État. De surcroît, les membres en question ont cité plusieurs affaires dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* a été invoquée et reconnue par des juridictions pénales nationales. Voir, par exemple, Sénégal, *Le Procureur c. Hissène Habré*, Cour d'appel de Dakar, arrêt du 4 juillet 2000, et Cour de cassation, arrêt du 20 mars 2001, disponible à l'adresse suivante : https://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-cour_de_cass.html (immunité accordée à un ancien chef d'État) ; Allemagne, *Jiang Zemin*, décision du Procureur général fédéral du 24 juin 2005, 3 ARP 654/03-2 (idem).

[766] Ces membres ont fait observer que la question de l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère reconnue aux représentant de l'État par le droit international coutumier était abordée dans très peu de législations internes. Comme la Rapporteuse spéciale l'a fait observer dans son cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), par. 42, « [l]a plupart des États ne consacrent expressément aucun texte à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants. La matière est laissée à l'appréciation des tribunaux ». Aucune des rares législations nationales qui envisagent cette immunité (celles de l'Afrique du Sud, du Burkina Faso, des Comores, de l'Espagne, de l'Irlande, de Maurice et du Niger) ne vient étayer les dispositions de l'article 7. Ainsi, la loi organique espagnole nº 16/2015, du 27 octobre 2015, dispose uniquement, au paragraphe 1 de son article 23, que l'immunité *ratione materiae* s'applique aux anciens chefs d'État et de gouvernement et aux anciens ministres des affaires étrangères. La loi belge relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée en 2003, et la loi néerlandaise de 2003 sur les crimes internationaux prévoient que l'immunité sera refusée lorsque le droit international l'exige, sans donner davantage de précisions. Les membres en question ont de surcroît fait observer que les lois nationales imposant l'obligation de remettre le représentant d'un État à la Cour internationale de Justice en application du Statut de Rome ou d'une décision du Conseil de sécurité ne sont pas pertinentes à l'égard de l'immunité de juridiction pénale étrangère reconnue aux représentants de l'État par le droit international coutumier, non plus que les lois nationales consacrées à l'immunité des États, telles la loi argentine n° 24488, la loi des États-Unis sur l'immunité souveraine des États étrangers et la loi canadienne sur l'immunité de l'État (ils ont également fait observer que la loi sur l'immunité souveraine des États étrangers n'avait pas été modifiée par la loi sur la protection des victimes de torture, qui n'a aucun rapport avec le terrorisme).

[767] Ces membres ont fait observer qu'aucun des traités d'envergure mondiale portant sur un type de crime particulier (génocide, crimes de guerre, apartheid, torture, disparitions forcées) ou un type de représentant de l'État particulier (diplomates, agents consulaires, agents en mission spéciale) ne

prévues au projet d'article 7, comme le montraient les exemples donnés dans les notes de bas de page ci-après ; b) qu'il ne ressortait de la pratique aucune « tendance », temporelle ou autre, en faveur de l'imposition d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ; c) que, l'immunité ayant un caractère procédural, i) on ne saurait partir du principe que la responsabilité pénale découlant d'un crime de droit international commis par un représentant de l'État exclut automatiquement l'immunité de juridiction pénale étrangère, ii) l'immunité ne dépend pas de la gravité de l'acte commis, ni du fait que celui-ci est interdit par une norme péremptoire de droit international, et iii) la question de l'immunité doit être examinée au début de la procédure, avant que l'affaire ne soit examinée au fond[768] ; d) que l'absence d'immunité de juridiction pénale internationale ne préjuge en rien de l'existence ou non d'une immunité de juridiction nationale ; e) qu'à moins d'être convenu par traité, l'établissement d'un système d'exceptions à l'immunité nuirait probablement aux relations entre États et risquait d'entraver l'action menée par la communauté internationale en vue de mettre fin à l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves. Ces membres étaient par ailleurs d'avis qu'en proposant le projet d'article 7, la Commission se livrait à un exercice normatif sans lien avec la codification ni le développement progressif du droit international. Selon eux, le projet d'article 7 vise à énoncer un « droit nouveau » qui ne saurait être considéré comme reflétant la *lex lata* ou comme relevant d'un développement progressif désirable du droit international. Ces membres ont de surcroît insisté sur la différence entre l'immunité de juridiction étrangère, qui revêt un caractère procédural, et la responsabilité pénale, qui touche au fond du droit, soutenant que pour atteindre l'équilibre voulu, il n'était pas nécessaire, ni forcément judicieux, de prévoir des exceptions à l'immunité. D'après eux, l'impunité peut être évitée lorsque le représentant d'un État est poursuivi dans son État d'origine, ou devant un tribunal international, ou encore devant un tribunal étranger après avoir renoncé à l'immunité. Établir des exceptions à l'immunité sans qu'elles aient été acceptées au moyen d'un traité ou reflètent une pratique étatique largement répandue risque de créer entre les États de profondes tensions, voire un véritable conflit, lorsqu'un État engage des poursuites pénales contre un représentant d'un autre État au seul motif qu'il aurait commis un crime odieux.

9) On retiendra que les membres concernés ont également exprimé l'avis que la Commission ne pouvait adopter aucune décision sur la question des limites et exceptions à l'immunité tant qu'elle ne se serait pas prononcée sur la question des garanties de procédure. Cet avis n'a toutefois pas été suivi par la majorité des membres, qui a estimé que s'il importait de définir clairement ces garanties afin d'éviter tout abus dans l'exercice de la juridiction pénale étrangère à l'égard des représentants de l'État, la question des crimes pour lesquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas pouvait être traitée séparément au stade actuel des travaux de la Commission. Néanmoins, pour montrer l'importance que la Commission accorde aux questions de procédure dans le contexte du sujet à l'examen, il a été décidé d'insérer dans le texte actuel du projet d'articles une note de bas de page rédigée dans les termes ci-après : « La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session ». L'appel de note a été inséré après le titre de la deuxième partie (Immunité *ratione personae*) et de nouveau après celui de la troisième partie (Immunité *ratione materiae*) du projet d'articles, les dispositions et garanties de procédure pouvant concerner les deux types d'immunité et devant en outre être envisagées dans le contexte du projet d'articles dans son ensemble.

contenait de disposition excluant l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère.

768 Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))* (note 765 *supra*), p. 137, par. 84 (« en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée » ; *Mandat d'arrêt du 1er avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 25, par. 60 (« Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont deux concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. »).

Paragraphe 1

10) Aux alinéas a) à f) du paragraphe 1 du projet d'article 7 sont énumérés les crimes de droit international dont la perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale à un représentant de l'État étranger même s'ils ont été commis par l'intéressé à titre officiel et pendant la période où il exerçait ses fonctions. Les crimes visés sont le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime d'apartheid, la torture, et les disparitions forcées.

11) L'expression « ne s'applique pas » est utilisée dans la phrase introductive du projet d'article pour refléter le fait que dans la pratique comme dans la doctrine, il existe deux écoles différentes pour ce qui est de savoir si ces crimes doivent ou non être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel ». Certains estiment que la perpétration de tels crimes ne peut en aucun cas relever d'une fonction officielle et que, par conséquent, ceux-ci ne sauraient être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel ». D'autres soutiennent au contraire que les crimes de droit international supposent la participation d'un agent de l'État (torture, disparitions forcées) ou le consentement exprès ou tacite de l'appareil d'État, de telle sorte qu'ils présentent un lien avec l'État et peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme des « actes accomplis à titre officiel »[769]. Bien que la Commission n'ait pas jugé nécessaire de trancher en faveur de l'une ou l'autre interprétation, elle a noté que certains tribunaux nationaux n'avaient pas appliqué l'immunité *ratione materiae* dans l'exercice de leur compétence pénale pour ce qui concernait les crimes de droit international, soit parce qu'ils ne considéraient pas que ces crimes puissent être des actes accomplis à titre officiel ou dans le cadre d'une fonction officielle[770], soit parce qu'ils estimaient qu'en tout état de cause, l'immunité de juridiction pénale ne pouvait être reconnue aux auteurs de crimes internationaux (en raison de la gravité de ces crimes ou parce qu'ils sont contraires à des normes impératives)[771].

12) Partant, étant donné que dans la pratique, un même crime de droit international a été interprété comme constituant tantôt une limitation (absence d'immunité), tantôt une exception (exclusion de l'immunité existante), la Commission a jugé préférable d'aborder la question du point de vue de la conséquence qu'ont l'une et l'autre de ces interprétations, à savoir que l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère dont peut en principe bénéficier un représentant de l'État ne s'applique pas aux auteurs de crimes de droit international. La Commission a retenu la formulation actuelle dans un souci de clarté, l'objectif étant de lever toute ambiguïté en fournissant une liste des crimes dont la

[769] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* (note 765 *supra*), p. 125, par. 60 (où il est question des actes *jure imperii* dans le contexte de l'immunité des États).

[770] Voir, par exemple, les affaires suivantes : *Pinochet*, Tribunal de première instance de Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998 (note 762 *supra*), p. 349 ; *Hussein*, Haute Cour régionale de Cologne, arrêt du 16 mai 2000 (note 762 *supra*), par. 11 (qui repose sur l'hypothèse que le Président Hussein aurait cessé d'exercer ses fonctions). Un argument similaire a été avancé dans certaines affaires dans lesquelles l'immunité de juridiction civile était invoquée. Voir, par exemple, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, Tribunal de première instance de Livadeia (Grèce), jugement du 30 octobre 1997.

[771] Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Eichmann*, Cour suprême d'Israël, arrêt du 29 mai 1962, ILR, vol. 36, p. 309 et 310. Dans l'affaire *Ferrini*, les tribunaux italiens ont basé leur décision sur la gravité des crimes commis et sur le fait que le comportement incriminé était contraire au *jus cogens* (*Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004 (*supra*, note 762), p. 674). Dans l'affaire *Lozano*, la Cour de cassation italienne a fondé sa décision de refuser l'immunité sur le fait qu'il y avait eu violation des droits fondamentaux, qui ont valeur de *jus cogens* et doivent donc primer sur les règles régissant l'immunité (*Lozano c. Italie*, Cour de cassation italienne, arrêt du 24 juillet 2008 (voir *supra*, note 762), par. 6). Dans l'affaire *A. c. Ministère public de la Confédération*, le Tribunal pénal fédéral suisse a fondé sa décision sur l'existence d'une interdiction coutumière des crimes internationaux que le législateur suisse considère comme relevant du *jus cogens* ; le Tribunal a également souligné qu'il était contradictoire d'établir une telle interdiction tout en continuant de reconnaître l'immunité *ratione materiae*, qui empêche l'ouverture d'une enquête (*A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal pénal fédéral suisse, arrêt du 25 juillet 2012 (voir *supra*, note 762)).

perpétration exclut l'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère même lorsqu'ils sont commis par un représentant de l'État.

13) La Commission a ainsi employé les termes « l'immunité […] ne s'applique pas », suivant *mutatis mutandis* ce qu'elle avait fait lors de ses travaux sur les immunités juridictionnelles des États, dans le cadre desquels, dans un contexte semblable, elle avait parlé des « procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité[772] ». Elle a toutefois décidé de ne pas reprendre les termes « ne peuvent pas invoquer », qui ont une connotation procédurale, préférant la formule neutre « ne s'applique pas ».

14) Le membre de phrase « à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère » a été inclus dans la phrase introductive par souci de cohérence avec les projets d'articles 3 et 5 provisoirement adoptés par la Commission.

15) L'expression « crimes de droit international » désigne les actes érigés en crimes par le droit international, peu importe que ces actes soient ou non incriminés en droit interne. Les crimes énumérés à l'article 7 sont les crimes les plus graves préoccupant la communauté internationale dans son ensemble, au sein de laquelle il existe un large consensus quant à leur définition et à l'existence d'une obligation de les prévenir et de les réprimer. Ces crimes sont reconnus comme tels par des instruments internationaux et par le droit international coutumier.

16) La Commission a déjà employé l'expression « crimes de droit international » dans les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[773], ainsi que dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle a adopté en 1954[774]. Dans ce contexte, elle avait estimé que l'emploi de cette expression indiquait que « c'[était] sur la base du droit international qu'[étaient] qualifiés de crimes les types de comportement identifiés » et que « la prohibition et la répression de ces comportements découl[ai]t directement du droit international »[775]. Il en résultait « l'autonomie du droit international en matière de qualification pénale » de ces crimes[776] et le fait que « peu importe, lorsqu'il s'agit de déterminer si un certain type de comportement est criminel au regard du droit international, que ce comportement soit ou non qualifié de criminel en droit interne[777] ». L'emploi de

[772] Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté par la Commission à sa quarante-troisième session, *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, p. 34. La Commission a employé les termes susmentionnés comme intitulé de la troisième partie du projet d'articles, ainsi que dans les articles 10 à 17 de cette partie. Pour l'explication des motifs qui l'ont conduite à utiliser ces termes, voir, notamment, le paragraphe 1 du commentaire général de la troisième partie (p. 34) et les paragraphes 1 à 5 du commentaire de l'article 10 (p. 35). Dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, faite à New York le 2 décembre 2004 (résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe), les termes « Procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité » sont employés à la fois comme intitulé de la troisième partie et dans les articles 10 à 17.

[773] Voir le principe premier des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal : « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiment. » (*Annuaire … 1950*, vol. II, A/1316, p. 374).

[774] Voir l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1954 : « Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis. » (*Annuaire … 1954*, vol. II, A/2693, p. 150). Le paragraphe 2 de l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 dispose que « [l]es crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national » (*Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 17).

[775] Voir le paragraphe 6) du commentaire de l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 17.

[776] Ibid., par. 9).

[777] Ibid., par. 10). Il est à noter que dans le commentaire du principe premier des Principes de Nuremberg, la Commission a dit que « [l]a règle générale sur laquelle repose le principe I est que le droit international peut imposer directement des devoirs à des individus sans aucune interposition du droit interne » (*Annuaire … 1950*, vol. II, A/1316, p. 374, par. 99).

l'expression « crimes de droit international » permet donc d'établir un lien direct entre les crimes énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 7 et le droit international et de s'assurer que la définition de ces crimes s'entend conformément aux normes internationales, sans que la définition qui pourrait avoir été établie en droit interne n'ait d'incidence sur la détermination des cas dans lesquels l'immunité ne s'applique pas.

17) Entrent dans la catégorie des crimes de droit international : a) le crime de génocide ; b) les crimes contre l'humanité ; c) les crimes de guerre. La Commission a fait figurer ces crimes parmi ceux à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas pour deux raisons fondamentales. Premièrement, ce sont des crimes au sujet desquels la communauté internationale a exprimé une préoccupation particulière qui l'a amenée à adopter des instruments fondamentaux du droit pénal international, du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et les tribunaux internationaux en ont souligné la gravité et ont affirmé que leur interdiction avait un caractère coutumier et que leur perpétration pouvait constituer une violation de normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Deuxièmement, il en est fait état, directement ou indirectement, dans la pratique judiciaire des États, dans le cadre d'affaires dans lesquelles la question de l'immunité *ratione materiae* a été soulevée. On retiendra en outre que ces crimes sont tous trois mentionnés à l'article 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, où ils sont qualifiés de « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale[778] ». Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était guère, voire pas du tout, étayée, que ce soit dans la pratique, dans la jurisprudence nationale ou internationale, ou dans les législations internes.

18) La Commission a décidé de ne pas inclure pour le moment dans la liste le crime d'agression, pourtant mentionné à l'article 5 du Statut de Rome et défini dans les amendements adoptés à la Conférence de révision du Statut de Rome tenue à Kampala en 2010[779]. Elle a pris cette décision compte tenu de la nature du crime d'agression, qui obligerait les tribunaux nationaux à déterminer s'il y a eu un acte d'agression préalable de la part de l'État étranger, du caractère politique de ce type de crime[780], qui est un « crime de dirigeants », et du fait que l'Assemblée des États parties au Statut de Rome ne s'est pas encore prononcée sur l'activation de la compétence de la Cour à l'égard de l'agression. Cela étant, plusieurs membres estimaient que le crime d'agression aurait dû être inclus dans le paragraphe 1 du projet d'article 7 au motif qu'il est le plus grave des crimes de droit international, que la Commission elle-même l'a fait figurer dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[781] et qu'il est parmi les crimes visés par le Statut de Rome. De surcroît, il est couvert par la législation de nombreux

[778] Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3., art. 5, par. 1, et préambule, quatrième alinéa.

[779] Voir la définition qui est donnée de l'« agression » à l'article 8 *bis*, *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010*, publication de la Cour pénale internationale, RC/9/11, résolution 6, « Le crime d'agression » (RC/Res.6).

[780] À cet égard, il convient de relever que, dans les commentaires du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission a dit ce qui suit : « La responsabilité d'un individu pour sa participation au crime d'agression est subordonnée à l'agression attribuée à un État, en l'absence de laquelle un individu ne peut voir sa responsabilité engagée au titre de ce crime. Ainsi, une cour ne peut statuer sur la responsabilité pénale d'un individu au titre de ce crime sans examiner à titre préalable la question de savoir si un État a commis une agression. Or 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. En outre, 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. » (*Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 31 (par. 14) du commentaire de l'article 8)).

[781] Ibid., p. 44 (art. 16).

États[782]. Ils ont donc exprimé une opinion contraire à la décision majoritaire de la Commission et ont réservé leur position sur le sujet.

19) Par contre, la Commission a jugé nécessaire de faire figurer, au paragraphe 1 du projet d'article 7, les crimes d'apartheid (al. d)) et de torture (al. e)) et les disparitions forcées (al. f)) en tant que catégories à part entière de crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas. Bien que ces crimes soient classés, à l'article 7 du Statut de Rome, dans la catégorie des crimes contre l'humanité[783], la Commission a décidé de les considérer comme des infractions distinctes pour les raisons suivantes. Premièrement, les crimes d'apartheid et de torture et les disparitions forcées sont visés par des instruments internationaux établissant un régime juridique de prévention, de répression et de sanction propre à chacun[784] et imposant aux États de prendre certaines dispositions en droit interne, notamment de définir ces crimes dans leur législation pénale et de faire le nécessaire pour juridictions nationales soient compétentes pour les juger[785]. En outre, les instruments en question établissent un système de coopération internationale et d'entraide judiciaire entre les États[786]. Deuxièmement, le Statut de Rome définit les crimes d'apartheid, de torture et de disparition forcée sur la base d'un critère particulier, à savoir que ces crimes doivent être commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque[787] », ce qui n'est toutefois pas le cas des instruments expressément consacrés à ces crimes. Troisièmement, les instruments relatifs à la torture et aux disparitions forcées disposent expressément que de tels actes ne peuvent être commis que par un agent de la fonction

[782] Entre autres exemples de législations nationales couvrant le crime d'agression, on peut citer : Allemagne, Code pénal du 13 novembre 1998 (BGBl) ; Autriche, Code pénal nº 60/1974 du 23 janvier 1974, modifié par la loi BGBl. I nº 112/2015 du 13 août 2015, par. 321k ; Azerbaïdjan, Code pénal de 2000, art. 100 et 101 ; Bangladesh, loi sur les crimes (et tribunaux) internationaux, art. 3, loi sur les crimes (et tribunaux) internationaux nº XIX de 1973, modifiée par les lois nº LV de 2009 et XXI de 2012 ; Bélarus, Code pénal (loi nº 275-Z du 9 juillet 1999, modifiée le 28 avril 2015), art. 122 et 123 ; Bulgarie, Code pénal, art. 408 et 409, Journal officiel nº 26 du 2 avril 1968, modifiée dans le Journal officiel nº 32 du 27 avril 2010 ; Croatie, Code pénal, art. 89 et 157, Journal officiel de la République de Croatie nº 125/11 ; Cuba, Code pénal (loi nº 62 du 29 décembre 1987, modifiée par la loi nº 87 du 16 février 1999), art. 114 et 115 ; Équateur, Code pénal, art. 88 ; Estonie, Code pénal, par. 91 et 92 ; Finlande, Code pénal (loi nº 39/1889, modifiée par la loi nº 1718/2015), par. 4 a), 4 b) et 14 a) ; Luxembourg, Code pénal, art. 136 ; Macédoine, Code pénal, art. 415 ; Malte, Code pénal de 1854, modifié en 2004, par. 82 C); Mongolie, Code pénal (2002), art. 297 ; Monténégro, Code pénal, art. 442, Journal officiel de la République du Monténégro nº 70/2003, correction, nº 13/2004 ; Paraguay, Code pénal (loi nº 1.160/97), art. 271 ; Pologne, Code pénal (loi du 6 juin 1997), art. 17 ; République de Moldova, Code pénal, adopté le 18 avril 2002 par la loi nº 985-XV (modifié en 2009), art. 139 et 140 ; Russie, Code pénal (loi fédérale nº 64-FZ du 13 juin 1996 (modifiée), art. 353 et 354 ; Samoa, loi de 2007 sur la Cour pénale internationale, modifiée par la loi de 2014, par. &A, nº 23 ; Slovénie, Code pénal de 2005, art. 103 à 105 ; Tadjikistan, Code pénal, art. 395 et 396 ; Timor-Leste, Code pénal (décret-loi nº 19/2009), art. 134. Voir, pour un examen, A. Reisinger Coracini, « National legislation on individual criminal responsibility for conduct amounting to aggression », dans *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression*, R. Bellelli (dir. publ.) (Abingdon et New York, Routledge, 2016).

[783] Statut de Rome (voir *supra*, note 778), art. 7, par. 1, al. j), f) et i), respectivement.

[784] Voir la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, nº 14861, p. 243 ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85 (ci-après la « Convention contre la Torture ») ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006), ibid., vol. 2716, nº 48088, p. 3.

[785] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. IV ; Convention contre la torture, art. 4, 5 et 6 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 4, 6 et 9.

[786] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. XI ; Convention contre la torture, art. 6 à 9 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, 11, 13 et 14.

[787] Statut de Rome, art. 7, par. 1. La définition de ce critère est donnée à l'alinéa a du paragraphe 2 de l'article 7.

publique ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite[788]. En outre, la Commission a tenu compte du fait que dans bon nombre de cas, les tribunaux nationaux qui ont amenés à traiter de la question de l'immunité à l'égard de pareils crimes ont traités ceux-ci comme des crimes distincts. Les décisions rendues concernant le crime de torture en sont une bonne illustration[789]. Certains membres ont toutefois fait observer que la décision de mentionner ces crimes dans le projet d'article 7 n'était guère, voire pas du tout, étayée, que ce soit dans la pratique, dans la jurisprudence nationale ou internationale, ou dans les législations internes.

20) Bien que des membres de la Commission aient suggéré de faire figurer dans la liste d'autres crimes tels que l'esclavage, le terrorisme, la traite des êtres humains, la prostitution des enfants, la pornographie mettant en scène des enfants ou la piraterie, qui font aussi l'objet d'instruments internationaux établissant des régimes de prévention, de répression et de la sanction propres à chacun, la Commission a décidé de n'en rien faire. Elle a en effet estimé que certains de ces crimes étaient déjà couverts en ce qu'ils appartenaient à la catégorie des crimes contre l'humanité et que les autres ne pouvaient pas être définis comme des crimes de droit international *stricto sensu* car ils étaient pour la plupart des crimes transnationaux. Elle a en outre tenu compte du fait que ces crimes sont habituellement commis par des acteurs non étatiques et que la pratique judiciaire des États relative à l'immunité de juridiction est muette en ce qui les concerne. Cela étant, on ne saurait considérer que le fait que le projet d'article 7 ne couvre pas tels ou tels crimes internationaux signifie que la Commission sous-estime la gravité de ces crimes.

21) On notera, enfin, que la Commission n'a inclus dans le paragraphe 1 de l'article 7 ni les crimes de corruption, ni les crimes à l'égard desquels s'applique « l'exception territoriale », contrairement à ce qu'avait proposé la Rapporteuse spéciale[790]. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle estime que l'immunité *ratione materiae* de la juridiction pénale étrangère s'applique à l'égard de ces deux catégories de crimes.

22) Pour ce qui est de la corruption (au sens de « grande corruption »), plusieurs membres de la Commission ont fait observer que c'était un crime particulièrement grave car il portait directement atteinte aux intérêts et à la stabilité de l'État, au bien-être de sa population et même à ses relations extérieures. Ces membres se sont donc dits favorables à ce que la corruption fasse l'objet d'une exception à l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres ont toutefois avancé qu'en dépit de la gravité indiscutable de la corruption, l'inclusion de ce crime dans le projet d'article 7 posait problème, essentiellement en raison du caractère général du terme « corruption » et de la grande diversité des actes auxquels il s'applique, mais aussi parce que, d'après eux, la pratique conventionnelle et la jurisprudence ne suffisent pas à justifier que l'on classe ce crime parmi les limitations ou les exceptions à l'immunité. D'autres encore n'étaient pas certains que la corruption satisfasse au même critère de gravité que les crimes énumérés au projet d'article 7. Enfin, plusieurs membres de la Commission ont fait observer que la corruption ne pouvait en aucun cas être considérée comme un acte accompli à titre officiel et que, de ce fait, il n'était pas nécessaire de l'incorporer parmi les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas.

23) Compte tenu en particulier de ce dernier argument, la Commission a décidé de ne pas inclure les crimes liés à la corruption dans le projet d'article 7, ces crimes n'étant pas

[788] Convention contre la torture, art. 1er, par. 1 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 2.

[789] Au Royaume-Uni, par exemple, dans toutes les affaires dans lesquelles était invoquée la non-applicabilité de l'immunité de juridiction *ratione materiae* dans les cas de torture, les tribunaux se sont fondés sur la Convention contre la torture. Voir *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte) (No. 3)*, Chambre des Lords, Royaume-Uni, 24 mars 1999 (voir *supra*, note 762) ; *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire concernant le Prince Nasser), Cour de division de la Division du Banc de la Reine de la Haute Cour de justice, arrêt du 7 octobre 2014 (voir *supra*, note 762). La Convention contre la torture a également été invoquée dans une affaire concernant l'immunité de juridiction civile : *Jones v. Saudi Arabia*, Chambre des Lords, arrêt du 14 juin 2006 (voir *supra*, note 762).

[790] Voir le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701), par. 225 à 234.

des « actes accomplis à titre officiel », mais des actes accomplis par un représentant de l'État pour son seul bénéfice[791]. Bien que certains membres aient fait observer qu'on ne pouvait pas ignorer la participation des représentants de l'État à de tels actes, puisque c'est précisément la qualité de représentant de l'État qui rend possible et facilite la perpétration du crime de corruption, d'autres ont estimé que le fait que l'acte soit commis par un représentant de l'État ne changeait rien à sa nature et que la corruption restait un acte accompli au bénéfice de son auteur même si celui-ci tire parti, pour l'accomplir, des structures de l'État, ce qui peut conférer à l'acte une apparence officielle. Par conséquent, plusieurs membres ont estimé que, puisque le crime de corruption ne satisfaisait pas le critère posé au paragraphe 1 du projet d'article 6, il ne pouvait pas déclencher l'immunité de juridiction *ratione materiae* en conséquence de quoi il n'était pas nécessaire de le faire figurer sur la liste des crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas[792].

24) La Commission s'est en également intéressée à d'autres crimes commis par le représentant d'un État étranger sur le territoire de l'État du for sans que ce dernier ait consenti ni à la présence dudit représentant sur son territoire, ni à la conduite par celui-ci des activités ayant donné lieu à la perpétration du crime (exception territoriale). Les crimes commis dans ces circonstances présentent des caractéristiques bien différentes de celles des crimes de droit international visés au paragraphe 1 du projet d'article 7 et du crime de corruption. Si d'aucuns ont estimé qu'ils pouvaient déclencher l'immunité et ne devaient pas être énumérées au projet d'article 7 parce que la pratique ne suffisait pas à justifier qu'ils soient considérés comme une exception, la Commission a toutefois jugé qu'ils ne devait pas figurer dans le projet d'article pour d'autres raisons. Elle estime en effet que certains crimes[793] (meurtre, espionnage, sabotage et enlèvement) commis sur le territoire d'un État dans les circonstances susmentionnées sont soumis au principe de la souveraineté territoriale et ne déclenchent pas l'immunité de juridiction *ratione materiae*, en conséquence de quoi il n'est pas nécessaire de les faire figurer sur la liste des crimes à l'égard desquels cette forme d'immunité ne s'applique pas. Cette conclusion est sans préjudice de l'immunité de juridiction pénale découlant de règles spéciales de droit international énoncée au paragraphe 2 de l'article premier.

Paragraphe 2 et annexe

25) Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a pour objet d'établir un lien entre le paragraphe 1 de cette disposition et l'annexe du projet d'articles, intitulée « Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7 ». Bien que la notion de « crimes de droit international » et celles de « crime de génocide », « crimes contre l'humanité », « crimes de guerre », « crime d'apartheid », « torture » et « disparitions forcées » correspondent à des catégories de crimes bien établies en droit international contemporain, la Commission estimé que le fait que l'article 7 vise des « crimes » impliquait qu'il fallait respecter le principe de la sécurité juridique caractéristique du droit pénal en fournissant des outils permettant d'éviter toute subjectivité pour ce qui est de déterminer ce que recouvre chacun des crimes susmentionnés.

26) La Commission n'a toutefois pas jugé nécessaire de définir elle-même les notions de « crime de génocide », « crimes contre l'humanité », « crimes de guerre », « crime d'apartheid », « torture » et « disparitions forcées », estimant que cela ne s'inscrivait pas dans le cadre de l'élaboration du présent projet d'articles. Elle a trouvé préférable de se contenter de dresser la liste les instruments définissant ces crimes, ce qui devrait permettre aux praticiens du droit d'appliquer le projet d'article 7 judicieusement. La liste est jointe en annexe au projet d'articles.

27) Ainsi qu'il ressort du paragraphe 2 du projet d'article 7, le lien entre chacun des crimes visés au paragraphe 1 de cette disposition et les instruments énumérés dans l'annexe

[791] Dans le même ordre d'idée, voir les paragraphes 3) et 5) du commentaire du projet d'article 2, al. f), relatif à la définition de l'« acte accompli à titre officiel », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément nº 10* (A/71/10), p. 371 à 373.

[792] Ibid., par. 13, p. 375 et 376.

[793] Concernant une exception à l'immunité des États, voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* (note 765 *supra*).

est établi aux fins du projet d'article 7 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État uniquement, l'objectif étant de déterminer quelles définitions employer pour ces crimes, et il n'est ni supposé ni exigé que les États soient parties auxdits instruments.

28) Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que l'énumération d'instruments n'enlève rien au caractère coutumier des crimes visés, reconnu par le droit international, pas plus qu'elle n'a d'effet sur les obligations particulières qui peuvent incomber aux États parties aux instruments en question. De surcroît, l'énumération de certains seulement des instruments définissant les crimes visés est sans effet sur les dispositions des autres instruments définissant ou visant les mêmes crimes, les définitions et les régimes juridiques prévus dans ces instruments demeurant applicables pour les États parties à ces traités. En conclusion, la Commission a décidé de faire référence à tel ou tel instrument pour la définition de chacun des crimes visés au paragraphe 1 du projet d'article 7 parce qu'elle estimait que c'était opportun et judicieux et uniquement aux fins du projet d'article 7, et cette décision est sans préjudice des autres règles de droit international, coutumières ou conventionnelles, qui visent ces crimes et établissent des régimes juridiques de portée générale relatifs à chacun d'entre eux.

29) La Commission a choisi de retenir la définition des crimes de droit international donnée dans les instruments dont les articles sont mentionnés à l'annexe sur la base de trois critères fondamentaux : a) elle souhaitait éviter toute confusion possible en présence de plusieurs instruments qui emploieraient une terminologie différente pour définir un même crime ; b) les instruments choisis devaient être de portée universelle ; c) ces instruments devaient donner du crime visé la définition la plus récente énoncée dans le droit conventionnel.

30) La première définition du génocide, formulée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[794], est demeurée inchangée en droit pénal international contemporain ; elle a notamment été reprise dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 4)[795], le Statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 2)[796] et, en particulier, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont l'article 6 incorpore la définition donnée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. La Commission a défini le génocide à l'article 17 de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996[797]. Aux fins du présent projet d'articles, elle a cité à l'annexe le Statut de Rome (art. 6) et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. II), qui sont formulés de manière pratiquement identique et ont le même sens.

31) On retiendra que certains instruments internationaux qualifient certains comportements de « crimes contre l'humanité[798] » et que les tribunaux internationaux se sont prononcés sur le caractère coutumier de cette catégorie de crimes. Les crimes contre l'humanité ont été définis dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et le Statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 3), ainsi que par la Commission elle-même, dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (art. 18)[799]. Toutefois, c'est dans le Statut de Rome qu'ils ont pour la première fois été définis exhaustivement et comme une catégorie distincte de crimes. C'est pourquoi la Commission a estimé qu'aux fins du présent projet d'article, c'était la définition de l'article 7 du Statut de Rome qu'il convenait de retenir. Cette décision s'inscrit dans le droit fil de celle qui avait été prise lors de l'élaboration du projet

[794] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277, art. II.

[795] Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, annexe.

[796] Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, annexe.

[797] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 46.

[798] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. I ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, cinquième alinéa du préambule.

[799] *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 49.

d'articles sur les crimes contre l'humanité, qui reprend également, en son article 3, la définition énoncée à l'article 7 du Statut de Rome[800].

32) La notion de crimes de guerre existe depuis longtemps et trouve son origine dans les instruments de droit international humanitaire. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de guerre et du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole additionnel I) qualifient ces crimes d'« infractions graves[801] ». Les crimes de guerre ont été définis dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 2 et 3) et le Statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 4), ainsi que par la Commission elle-même dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (art. 20)[802]. On en trouve la définition la plus récente au paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome, qui s'inspire de sources antérieures et couvre, de manière exhaustive, les crimes de guerre commis au cours d'un conflit armé international et au cours d'un conflit armé interne, ainsi que les crimes de droit conventionnel et de droit coutumier. Aux fins du présent projet d'article, la Commission a décidé de retenir la définition des crimes de guerre figurant au paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome, estimant que c'était la plus récente. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il faille minimiser l'importance des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel pour ce qui est de définir les crimes de guerre.

33) Le crime d'apartheid a été défini pour la première fois dans la Convention internationale du 30 novembre 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid qui, bien qu'elle le qualifie de crime contre l'humanité et de crime de droit international (art. I), en comporte une définition distincte et détaillée (art. II). La Commission a donc décidé de retenir la définition de la Convention de 1973 aux fins du présent projet d'article.

34) La torture est définie comme une violation des droits de l'homme dans tous les instruments internationaux pertinents. C'est dans la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui la définit comme une infraction à part entière en son article premier (par. 1), qu'elle a pour la première fois été reconnue comme un comportement prohibé devant faire l'objet d'une répression pénale. Selon la définition donnée dans cette convention, pour qu'un acte puisse être constitutif de torture, il doit avoir été commis par un agent de la fonction publique ou à son instigation ou avec son consentement, ce qui établit un rapport direct entre le crime de torture et le sujet du présent projet d'articles. On trouve une définition semblable dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (art. 2 et 3)[803]. La Commission estime qu'aux fins du présent projet d'articles, la torture doit s'entendre conformément à la définition qu'en donne la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

35) La disparition forcée de personnes a été définie pour la première fois dans la Convention interaméricaine du 9 juin 1994 sur la disparition forcée des personnes (art. II)[804]. La Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en donne également une définition (art. 2).

---

800 Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément nº 10* (A/70/10), p. 60 à 62, art. 3 et par. 3) du commentaire y relatif.

801 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention), art. 50 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention), art. 51 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention), art. 130 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention), art. 147 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 970 à 973) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole additionnel I) (Genève, 8 juin 1977), art. 85 (ibid., vol. 1125, nº 17512, p. 3).

802 *Annuaire … 1996*, vol. II (2e partie), p. 56 et 57.

803 Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (Carthagène (Colombie), 9 décembre 1985), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, nº 67.

804 Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Belém (Brésil), 9 juin 1994), Organisation des États américains, *Documents officiels*, OEA/Ser.A/55.

De même que la torture, la disparition forcée est définie comme un acte commis par des agents de l'État ou à leur instigation ou avec leur consentement, en conséquence de quoi elle relève clairement du présent projet d'articles. La Commission estime donc qu'aux fins du présent projet d'article, les disparitions forcées doivent s'entendre conformément aux dispositions de l'article 2 de la Convention de 2006.

Chapitre VIII
Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

A. Introduction

142. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « *Jus cogens* » à son programme de travail et de nommer M. Dire D. Tladi Rapporteur spécial pour ce sujet[805]. Dans sa résolution 70/236, du 23 décembre 2015, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

143. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[806], qui traitait de questions conceptuelles, ainsi que de diverses questions de méthode, notamment celle de savoir si, dans le cadre de l'examen du sujet, la Commission devait dresser une liste indicative de normes ayant le statut de *jus cogens*. Ce rapport exposait, en outre, les fondements historiques et théoriques de la notion de *jus cogens*.

B. Examen du sujet à la présente session

144. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/706), dans lequel celui-ci a établi des critères d'identification des normes impératives (*jus cogens*) en prenant comme point de départ la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (ci-après la « Convention de Vienne de 1969 »). Sur la base de son analyse, le Rapporteur spécial a proposé six projets de conclusion[807]. Il a également proposé de modifier l'intitulé du sujet en remplaçant « *Jus cogens* » par « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ».

145. La Commission a examiné le deuxième rapport de sa 3368e à sa 3370e séance et de sa 3372e à sa 3374e séance, du 3 au 5 et du 11 au 13 juillet 2017.

146. À sa 3374e séance, le 13 juillet 2017, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9[808] figurant dans le deuxième rapport du

---

805 À sa 3257e séance, le 27 mai 2015 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 286). La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-sixième session (2014), sur la base de la proposition formulée à l'annexe de son rapport (ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), par. 23).

806 A/CN.4/693.

807 Voir le deuxième rapport sur le *jus cogens* (A/CN.4/706) : projet de conclusion 4 (Critères du *jus cogens*) ; projet de conclusion 5 (Les normes du *jus cogens* en tant que normes du droit international général) ; projet de conclusion 6 (L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du *jus cogens*) ; projet de conclusion 7 (Communauté internationale des États dans son ensemble) ; projet de conclusion 8 (Acceptation et reconnaissance) ; projet de conclusion 9 (Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance).

808 Le texte des projets de conclusions 4 à 9 tels qu'ils ont été proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, se lit comme suit :

Projet de conclusion 4

Critères du *jus cogens*

Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens*, il est nécessaire de montrer que la norme en question satisfait à deux critères :

a) Il doit s'agir d'une norme de droit international général ; et

b) Elle doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

Projet de conclusion 5

Les normes du *jus cogens* en tant que normes du droit international général

1. Une norme du droit international général est une norme dont le champ d'application est général.

Rapporteur spécial. À la même séance, elle a décidé de modifier l'intitulé du sujet « *Jus cogens* », et de le remplacer par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

147. À la 3382e séance de la Commission, le 26 juillet 2017, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intermédiaire du Comité de rédaction sur les normes

2. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* du droit international.

3. Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international.

4. Une disposition conventionnelle peut refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens* du droit international général.

Projet de conclusion 6

L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du *jus cogens*

1. Une norme du droit international général est identifiée en tant que norme de *jus cogens* lorsqu'elle est acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

2. L'exigence qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise exige une évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble.

Projet de conclusion 7

Communauté internationale des États dans son ensemble

1. C'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui sont pertinentes pour l'identification des normes du *jus cogens*. En conséquence, c'est l'attitude des États qui est pertinente.

2. Si l'attitude d'acteurs autres que les États peut être pertinente pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, cette attitude ne peut, en elle-même, constituer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. Les attitudes d'autres acteurs peuvent être pertinentes pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer.

3. L'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*. L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise.

Projet de conclusion 8

Acceptation et reconnaissance

1. L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* sont distinctes de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier. Elles sont de même distinctes de la reconnaissance aux fins des principes généraux de droit au sens de l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice.

2. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* signifie que la preuve doit être apportée que, outre qu'elle est acceptée comme étant le droit, la norme en question est acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

Projet de conclusion 9

Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance

1. Les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général en tant que norme de *jus cogens* peuvent prendre des formes et être reflétées dans des documents divers.

2. Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du fait qu'une norme du droit international général a été élevée au rang de *jus cogens* : traités, résolutions adoptées par des organisations internationales, déclarations publiques faites au nom des États, publications officielles, avis juridiques gouvernementaux, correspondance diplomatique et décisions des juridictions nationales.

3. Les jugements et décisions des cours et tribunaux internationaux peuvent également servir de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* du droit international.

4. D'autres documents, comme ceux issus des travaux de la Commission du droit international, des travaux d'organes d'experts et de la doctrine, peuvent constituer un moyen secondaire d'identification des normes du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise. Ces documents peuvent également être utiles pour évaluer le poids des documents principaux.

impératives du droit international général (*jus cogens*), dans lequel figuraient les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité à sa soixante-neuvième session. Présenté à titre d'information seulement, ce rapport peut être consulté sur le site Web de la Commission[809].

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport

148. Le Rapporteur spécial a fait observer que son deuxième rapport comportait trois chapitres consacrés au fond du sujet : le chapitre II, consacré à l'examen antérieur du sujet ; le chapitre III, consacré aux critères du *jus cogens* ; le chapitre IV, dans lequel étaient formulées des propositions.

149. Dans le chapitre II, portant sur l'examen antérieur du sujet, le Rapporteur spécial a relevé que, si les trois États qui avaient initialement critiqué le choix du sujet avaient maintenu leurs objections, la grande majorité des États qui avaient exprimé une opinion avait continué de l'appuyer[810]. Il a souligné que la modification de l'intitulé du sujet avait généralement été considérée comme nécessaire. Il a aussi rappelé que, malgré la décision de la Commission de ne pas renvoyer au Comité de rédaction le projet de conclusion 2 figurant dans son premier rapport, il entendait proposer de nouveau ce projet dans un futur rapport. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que c'était le projet de conclusion 3 qui avait suscité le clivage le plus marqué au sein tant de la CDI que de la Sixième Commission, et en particulier le paragraphe 2, qui énonce trois caractéristiques fondamentales des normes de *jus cogens*, à savoir qu'il s'agit de normes protégeant les valeurs fondamentales de la communauté internationale, hiérarchiquement supérieures aux autres normes et universellement applicables.

150. Le Rapporteur spécial a par ailleurs rappelé qu'il entendait examiner l'opportunité de dresser une liste indicative des normes de *jus cogens*, soulignant qu'il ferait une proposition concrète à ce sujet dans un futur rapport consacré à des questions diverses et invitant les membres de la Commission à lui faire part de leur point de vue.

151. Le chapitre III du rapport était consacré aux critères d'identification du *jus cogens*, lesquels étaient établis sur la base de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, conformément aux vues exprimées par les États et dans le droit fil de la pratique étatique, des décisions des juridictions internationales de la doctrine et de l'analyse du *jus cogens* dans le contexte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 précédemment réalisée par la Commission elle-même, sans toutefois limiter la portée du sujet au droit conventionnel.

152. À cet égard, le Rapporteur spécial a souligné que l'article 53 établissait deux critères cumulatifs, à savoir que la norme en question doit être une norme du droit international général et être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Tout en faisant observer qu'il y avait plusieurs manières de définir les normes de *jus cogens*, il a estimé que c'était l'approche fondée sur un double critère qui devait être retenue. C'était donc celle-ci qui était reflétée dans le projet de conclusion 4, dont le paragraphe a) énonçait le premier critère et le paragraphe b), le second.

153. Dans son rapport, le Rapporteur spécial analysait ensuite la teneur du premier critère, sur lequel portait le projet de conclusion 5, intitulé « Normes du *Jus cogens* en tant que normes du droit international général ». Le Rapporteur spécial a fait savoir qu'il n'avait pas jugé nécessaire de consacrer un projet de conclusion à la relation entre le droit international coutumier et le *jus cogens*, estimant que le paragraphe 2 du projet de conclusion proposé était suffisamment explicite à cet égard. Il a en outre fait observer qu'aux fins de l'identification du *jus cogens*, le rôle joué par le droit international coutumier était largement reconnu, mais la possibilité de se fonder sur d'autres sources du droit international l'était moins. Le Rapporteur spécial a relevé que certaines sources venaient étayer l'opinion selon laquelle les principes généraux du droit pouvaient servir de fondement aux normes de *jus cogens*, ainsi qu'il ressortait clairement non seulement de la pratique, mais aussi des travaux préparatoires de l'article 50 des articles sur le droit des

[809] http://legal.un.org/ilc.

[810] Voir A/CN.4/706, par. 10 et 12.

traités[811] et du fait que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 visait manifestement aussi les principes généraux du droit. Malgré la rareté de la pratique disponible, le Rapporteur spécial a jugé souhaitable de faire figurer les principes généraux du droit parmi les fondements possibles du *jus cogens*, quoiqu'en termes plus nuancés que ceux employés pour le droit international coutumier.

154. À propos des traités, le Rapporteur spécial a rappelé que s'il était généralement admis que les traités ne créaient pas, en eux-mêmes, de règles du droit international général, une règle conventionnelle pouvait refléter une règle du droit international général.

155. Le Rapporteur spécial a ensuite fait observer que le second critère, à savoir celui selon lequel la norme « doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise », qui faisait l'objet des projets de conclusions 6 à 9, comportait plusieurs éléments : le premier, et le plus important, était l'exigence que la norme soit acceptée et reconnue ; le deuxième concernait les entités dont doivent émaner l'acceptation et la reconnaissance ; le troisième portait sur ce qui est accepté et reconnu.

156. Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet de conclusion 6, qui plaçait le second critère dans son contexte, avait un double objectif, à savoir établir, d'une part, qu'il ne suffit pas de déterminer qu'une norme appartient au droit international général pour qu'elle ait le statut de *jus cogens* et, d'autre part, que c'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui importe.

157. Le Rapporteur spécial a fait observer que le projet de conclusion 7 portait sur l'élément du critère relatif à l'acceptation et à la reconnaissance, soulignant que tant les travaux préparatoires de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 que la pratique des États étaient particulièrement intéressants à cet égard. Il a en outre souligné que, si l'on insistait au paragraphe 2 sur le rôle central joué par les États en tant que communauté, le membre de phrase « la communauté internationale des États dans son ensemble » visait à indiquer que c'était le point de vue global des États qui devait être pris en considération, et non les attitudes individuelles. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 tendait également à refléter le délicat équilibre auquel la Commission était parvenue lorsqu'elle avait reconnu le rôle primordial joué par les États dans la détermination du droit sans pour autant nier que d'autres entités pouvaient avoir une influence à cet égard.

158. Le projet de conclusion 8 portait sur le contenu de l'acceptation et de la reconnaissance par la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial était d'avis que pour qu'une norme puisse être considérée comme ayant le statut de *jus cogens*, il ne suffisait pas qu'elle soit simplement acceptée et reconnue comme ayant une qualité particulière, c'est-à-dire comme une norme à laquelle il ne peut être dérogé (*opinio juris cogentis)* ; comme pour le droit international coutumier, il fallait aussi que soient fournies des preuves de son acceptation et de sa reconnaissance.

159. Le projet de conclusion 9 traitait donc de la nature des documents pouvant être produits comme preuves. Le Rapporteur spécial a rappelé que si, en pratique, ces documents visés étaient pour l'essentiel semblables à ceux souvent utilisés pour faire la preuve de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier, leur contenu était néanmoins différent.

160. Dans le prolongement du débat tenu par la Commission à sa soixante-huitième session, le Rapporteur spécial avait proposé, au paragraphe 90 du rapport, de modifier l'intitulé du sujet en remplaçant « *Jus cogens* » par « Normes impératives du droit international (*jus cogens*) ». Toutefois, il a par la suite constaté que sa proposition ne satisferait pas à l'exigence de conformité à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il a donc proposé un autre intitulé, « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

[811] Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires s'y rapportant sont reproduits dans l'*Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 203 et suivantes.

161. Pour ce qui est du programme de travail futur, le Rapporteur spécial envisageait qu'en 2018, la Commission examine, éventuellement dans deux rapports, les effets ou conséquences du *jus cogens* dans une perspective générale, ainsi que sous l'angle du droit conventionnel et d'autres domaines du droit international. Le quatrième rapport, prévu pour 2019, porterait sur toutes questions diverses restées en suspens et contiendrait des propositions aux fins de l'établissement d'une liste indicative de normes de *jus cogens*.

2. Résumé du débat

a) Observations d'ordre général

162. Dans l'ensemble, les membres ont accueilli avec intérêt le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Le fait que le rapport maintienne un équilibre entre « la flexibilité de l'identification » et « la nature consensuelle du droit international » a été souligné. Si la plupart des membres ont mis l'accent sur la nécessité de faire la lumière sur une notion compliquée, certains ont rappelé que des États Membres s'étaient montrés sceptiques quant à l'opportunité d'examiner le sujet.

163. Si, de manière générale, les membres de la Commission étaient d'accord avec le Rapporteur spécial pour prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ aux fins de la définition des critères de détermination du *jus cogens*, d'aucuns ont rappelé qu'il se pouvait que la notion de *jus cogens* ne couvre pas tous les aspects sur lesquels la Commission devait se pencher dans le cadre de ses travaux. Il a été rappelé que, comme le Rapporteur spécial l'avait signalé dans son premier rapport, cette notion était née plusieurs siècles avant la Convention de Vienne de 1969. Certains ont en outre fait observer que la Commission devait réexaminer l'opportunité d'établir les critères de détermination des normes ayant acquis un caractère impératif en droit international sur la seule base de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, car cela signifierait qu'elle conçoit clairement le *jus cogens* comme étant fondé sur le consentement alors qu'il vise précisément, entre autres objectifs, à fixer des limites à ce que les États peuvent accepter ou rejeter. Certains membres ont en outre fait observer que les normes de *jus cogens* s'étendaient, au-delà du droit des traités, aux instruments non conventionnels et à d'autres domaines du droit, tels que le droit relatif à la responsabilité des États pour faits internationalement illicites.

164. S'il a été souscrit à la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle c'est essentiellement sur la base du droit international coutumier que se forment les normes de *jus cogens*, l'idée que les règles conventionnelles ne devraient pas en soi être considérées comme une source ou un fondement des normes de *jus cogens* a suscité des opinions divergentes. De surcroît, d'aucuns ont fait observer que, pour participer du *jus cogens*, une norme devait être suffisamment établie dans les trois sources de droit, à savoir la coutume, les traités et les principes généraux de droit.

165. Si la plupart des membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'élément relatif à la modification mentionné à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne pouvait pas être retenu comme critère, certains n'étaient pas d'accord. D'aucuns estimaient de surcroît que la première phrase de l'article 53 devait figurer aux côtés des critères retenus.

166. Plusieurs membres ont appuyé la proposition faite par le Rapporteur spécial concernant les critères d'identification du *jus cogens*. D'aucuns étaient d'avis que les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 (valeurs fondamentales, hiérarchiquement supérieures et d'application universelle) étaient des éléments inhérents et fondamentaux du *jus cogens* et ont demandé à ce qu'elles fassent partie des critères d'identification. Pour certains, le fait que le *jus cogens* a pour fonction de protéger les valeurs fondamentales devait être reflété dans les critères d'identification. Un membre a estimé, au contraire, que ces caractéristiques pouvaient être abordées dans le commentaire. D'aucuns ont relevé que le rapport ne contenait pas d'exemples concrets de formation et d'identification du *jus cogens*. Cela étant, d'autres membres se sont déclarés satisfaits par la somme de pratique recensée à l'appui des conclusions du Rapporteur spécial.

167. De nombreux membres ont dit partager l'avis du Rapporteur spécial sur l'importance de la notion de valeurs fondamentales, faisant observer, par exemple, que le *jus cogens* « permettait de veiller au respect des "valeurs fondamentales de la communauté internationale" » qui ne devaient jamais être compromises ; que le *jus cogens* découlait des textes constitutionnels des membres de la communauté internationale, qui exprimaient des « valeurs fondamentales et communes » ; que le caractère impératif d'une norme de *jus cogens* découlait de son acceptation en tant que norme reflétant des « valeurs fondamentales » ; ou que les vues du Rapporteur spécial étaient conformes à la position précédemment adoptée par la Commission dans ses travaux sur le droit des traités, la responsabilité des États et la fragmentation du droit international.

168. D'autres membres ont déclaré que la signification de l'expression « valeurs fondamentales » gagnerait à être précisée et que cette notion n'avait pas encore été acceptée sans réserve par les principales juridictions nationales et internationales. Certains ont fait observer que le droit international reposait sur une multiplicité de systèmes de valeurs et que, par principe, les valeurs de la communauté internationale n'étaient pas uniformes. Certains membres ont engagé le Rapporteur spécial à définir les valeurs fondamentales en droit international, en lui déconseillant d'employer de manière interchangeable les termes « protéger » et « refléter » concernant ces valeurs. D'aucuns estimaient en particulier qu'il serait préférable d'employer les deux termes ensemble.

169. Certains membres ont appuyé l'idée de retenir le lien entre valeurs fondamentales et *jus cogens* comme l'unique caractéristique des normes de *jus cogens* dans le cadre du droit international.

170. La plupart des membres ont appuyé la démarche du Rapporteur spécial consistant à faire de la qualité de norme du droit international général le premier critère du *jus cogens*. Certains ont demandé pourquoi la notion de « droit international général » n'était pas définie dans le rapport. Il a été dit que la supériorité hiérarchique des normes de *jus cogens* était davantage une conséquence qu'une caractéristique de ces normes et que la notion de hiérarchie soulevait d'importantes questions concernant les « effets de la hiérarchie » sur des sources de droit international telles que les principes généraux du droit et le droit international coutumier. D'aucuns ont fait observer que le premier critère n'exprimait qu'une condition préalable à l'existence du *jus cogens* et, de ce fait, ne devait pas nécessairement refléter toutes les caractéristiques du *jus cogens*.

171. D'autres membres ont rappelé que la notion ne faisait pas l'unanimité dans la doctrine. Certains estimaient qu'il n'était pas suffisant de renvoyer à l'étude sur la fragmentation du droit international[812], qui ne prenait pas position sur une définition du droit international général. D'aucuns ont soulevé la question de savoir si les normes relevant de régimes spécialisés, notamment les règles du droit international humanitaire, pouvaient être considérées comme faisant partie du *jus cogens*.

172. Plusieurs membres sont convenus que le droit international coutumier était le principal fondement du *jus cogens*. Il a été dit que les normes internationales pouvaient comprendre les normes émanant des traités, ainsi que d'autres sources autres que celles énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple des résolutions d'organisations internationales. Des préoccupations ont été exprimées quant à la distinction établie par le Rapporteur spécial entre le droit international général et la *lex specialis*, qui était considérée comme susceptible de contribuer au droit international général.

173. Des points de vue divergents ont été exprimés concernant le rôle des principes généraux du droit. Si de nombreux membres ont admis que ces principes pouvaient servir de fondement au *jus cogens*, d'autres ont rappelé que l'absence de consensus à leur sujet[813]

[812] « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martii Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude, conclusion 20 « Application du droit coutumier et des principes généraux du droit ».

[813] *Annuaire … 1963*, vol. I, 684e séance, par. 51.

avait conduit les membres de la Commission a les laisser de côté lors de la rédaction de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, en conséquence de quoi la Commission devait selon eux s'abstenir d'y faire référence dans le cadre de l'examen du sujet. Certains membres ont en outre soulevé la question de savoir si la pratique des États confirmait que les principes généraux du droit constituaient le fondement du *jus cogens* et ont demandé que des exemples soient fournis. D'aucuns ont exprimé l'avis que, si certains principes généraux du droit pouvaient devenir des normes de *jus cogens*, tous n'avaient pas le statut de *jus cogens*.

174. Entre autres arguments avancés contre l'inclusion des principes généraux du droit, certains membres ont fait valoir que ces principes étaient, par définition, des principes de droit interne. D'aucuns ont fait observer qu'une fois que des principes de droit interne étaient reconnus comme des principes généraux au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ils cessaient d'être de simples principes de droit interne. Il a été en outre souligné que les principes généraux du droit étaient une source de droit international.

175. Alors que certains membres estimaient que les normes de *jus cogens* existaient indépendamment de la volonté et de la détermination des États et faisaient partie du droit naturel, et ont encouragé le Rapporteur spécial à étudier plus avant la nature du *jus cogens*, d'autres estimaient que le Rapporteur spécial avait raison de ne pas entrer dans le débat visant à déterminer si la notion trouvait son origine dans le « droit naturel » ou dans le « droit positif » et étaient favorables à ce que cette question soit traitée à la lumière de la pratique des États et des tribunaux et de la doctrine.

176. Certains membres ont souscrit à l'approche en deux étapes adoptée par le Rapporteur spécial pour prouver l'existence d'une norme de droit international général et élever une règle « normale » du droit international coutumier au rang de norme de *jus cogens* au regard du droit international général, et d'autres ont dit que c'était un outil analytique utile. Plusieurs ont toutefois fait observer que, dans la pratique, la formation du *jus cogens* ne se faisait pas nécessairement suivant les deux séquences indiquées. Dans certains cas, le *jus cogens* ne se formait pas en deux étapes distinctes, même si dans d'autres les étapes étaient apparentes. D'aucuns ont émis l'avis que d'autres critères devaient être pris en considération, à savoir, par exemple, que la norme en question devait être une norme du droit international général, ne souffrir aucune dérogation et ne pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme.

177. S'agissant du deuxième de ces critères, plusieurs membres ont exprimé leur désaccord avec la thèse du Rapporteur spécial selon laquelle la non-dérogeabilité n'était pas un critère d'identification du *jus cogens*, mais une conséquence de son existence. Ces membres ont rappelé que selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la notion de non-dérogeabilité permettait de déterminer les règles relevant de la catégorie du *jus cogens* et n'était pas simplement une conséquence de ce dernier. Certains ont en outre avancé qu'une norme qui serait constamment violée, en pratique, par un grand nombre d'États n'acquerrait pas le statut de *jus cogens*, quoi qu'en disent les États en question.

178. En ce qui concerne la jurisprudence des cours et tribunaux, si certains ont souligné que la pratique de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux était dûment citée par le Rapporteur spécial, on a cependant fait observer que, généralement, les tribunaux se contentaient de se référer aux normes de *jus cogens*, sans préciser ce qu'ils entendaient par « droit international général », « supériorité hiérarchique », « valeurs fondamentales », « acceptation et reconnaissance » et « communauté internationale dans son ensemble ». D'aucuns estimaient que les juridictions internationales semblaient avoir privé le *jus cogens* de son élément déterminant, à savoir sa supériorité hiérarchique sur toutes les autres normes. Pour d'autres, il était incorrect d'affirmer que les décisions des cours et tribunaux étaient des preuves du *jus cogens*, ces décisions n'étant qu'un moyen subsidiaire d'identification des normes de *jus cogens*.

179. Plusieurs membres ont exprimé des préoccupations au sujet de l'examen de la question du *jus cogens* régional et de son applicabilité universelle. Le Rapporteur spécial n'ayant pas expressément signalé qu'il entendait étudier la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* non universel, d'aucuns ont suggéré de ne pas décider à ce stade si cette notion

s'inscrivait ou non dans le cadre du présent sujet. La question de savoir si l'« application universelle » désignait l'application à « tous les États » ou l'application à « tous les sujets de droit international » a été soulevée. Certains membres ont dit que poser le principe de l'application universelle, comme cela avait été fait au paragraphe 1 du projet de conclusion 5, était acceptable pour autant que la possibilité d'un *jus cogens* régional soit traitée ultérieurement.

180. Rappelant les précédentes tentatives de la Commission pour établir une liste indicative de normes de *jus cogens*, la plupart des membres se sont déclarés favorables à l'élaboration d'une telle liste dans le cadre des travaux sur le sujet. Cette liste pourrait renvoyer à une annexe énumérant les normes susceptibles d'être élevées au rang de normes de *jus cogens*. Inversement, certains étaient d'avis qu'il ne serait pas judicieux que la Commission entreprenne d'établir une liste indicative car cela prendrait beaucoup trop de temps, et ont suggéré que la Commission convienne d'une méthode d'identification du *jus cogens* et de ses conséquences.

b) Commentaires particuliers sur les projets de conclusion

i) Commentaires généraux sur la structure du projet de conclusions

181. Plusieurs propositions tendant à combiner et simplifier les projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial ont été faites en vue de leur examen par le Comité de rédaction.

ii) Projet de conclusion 4

182. Bien que des membres se soient déclarés favorables au projet de conclusion 4, le fait que la notion de valeur fondamentale ne figure pas au nombre des critères normatifs du *jus cogens* a suscité des interrogations compte tenu de son caractère essentiel. Certains ont donc suggéré de retenir cette qualité parmi les critères normatifs en reprenant le libellé utilisé dans les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[814], où il est fait mention des « intérêts essentiels de la communauté internationale » et du caractère « essentiel » des normes impératives, ce qui permettrait d'éviter d'employer les termes « valeurs fondamentales ». Il a également été suggéré d'établir un lien entre le projet de conclusion 4 et les éléments décrits dans les projets de conclusions 5 à 8. D'aucuns ont en outre proposé de faire en sorte que le projet de conclusion 4 indique que les normes de *jus cogens* ne se forment pas nécessairement suivant la séquence suggérée par l'ordre des dispositions, soit en modifiant son libellé, soit en donnant une explication dans les commentaires. Faisant observer que cela pourrait conduire à un double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 3, et donc ne pas être réellement utile, un autre membre a proposé d'intégrer le troisième critère énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de conclusion 4 en l'ajoutant au texte de l'alinéa b) ou dans un nouvel alinéa c). Certains ont proposé de préciser que la norme en question devait être une norme du droit international général, et d'autres de poser que quatre critères devaient être pris en compte, à savoir que la norme devait être une norme du droit international général, être acceptée et reconnue par la communauté internationale, ne souffrir aucune dérogation et ne pouvoir être modifiée que par une nouvelle norme. Il a été suggéré de réunir les deux derniers critères.

iii) Projet de conclusion 5

183. Il a été proposé d'intituler le projet de conclusion 5 « Source de droit international général ». Certains membres étaient d'avis que le projet de conclusion 5 devait être davantage étayé et justifié, et d'autres ont insisté sur le fait que les trois sources du droit, à savoir la coutume, les traités et les principes généraux du droit, avaient toutes la même importance et devaient être traitées sur un pied d'égalité. Il a également été proposé d'indiquer clairement au paragraphe 1 que les normes en question liaient tous les États,

[814] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe.

alors que certains membres ont émis des doutes au sujet du paragraphe 5, estimant que les principes généraux de droit n'étaient pas, par nature, impératifs.

iv) Projet de conclusion 6

184. Selon certains, le projet de conclusion 6 pouvait être supprimé car il ne servait au fond qu'à réaffirmer que la norme devait être acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble.

v) Projet de conclusion 7

185. L'emploi du terme « attitude », au paragraphe 1 du projet de conclusion 7, a été mis en question. Si certains ont approuvé le raisonnement exposé au paragraphe 3, d'aucuns étaient néanmoins d'avis qu'il n'était pas équilibré car il n'exigeait qu'un niveau d'accord modéré de la part des États. Plusieurs membres ont dit préférer une formule exigeant le consentement de la totalité ou presque des États aux fins de l'identification des normes de *jus cogens*, par exemple, « une très large majorité » ou « la quasi-totalité des États ». D'autres estimaient qu'il fallait fusionner les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 7, ou supprimer le paragraphe 2, les normes du *jus cogens* étant universellement applicables.

vi) Projet de conclusion 8

186. Il a été suggéré, afin que le projet de conclusion 8 soit plus complet, de remplacer au paragraphe 2 le membre de phrase « la norme en question est acceptée par les États » par « la norme en question est acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Le Rapporteur spécial a en outre été invité à envisager la question de savoir si l'acquiescement constituait une forme d'acceptation et de reconnaissance et à remédier au fait que le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'apportait aucun éclaircissement en ce qu'il ne faisait que répéter ce qui était dit dans les projets de conclusions 3, 4 et 6.

vii) Projet de conclusion 9

187. Certains ont exprimé l'idée que des documents qualitativement différents de ceux utilisés pour faire la preuve du droit international coutumier étaient requis pour prouver que de telles normes avaient été élevées au rang de *jus cogens*, afin d'éviter le « double ou triple comptage ». Il a été suggéré d'ajouter les constitutions nationales au nombre des documents acceptés comme preuves et de préciser que la liste figurant au paragraphe 2 n'est pas exhaustive. Certains ont proposé d'ajouter aux moyens de preuve possibles le quatrième critère retenu par la Cour internationale de Justice[815], à savoir la dénonciation régulière d'un comportement au sein des instances nationales et internationales. D'aucuns ont de surcroît suggéré, d'une part, de préciser s'il existait une différence qualitative entre les documents énumérés dans la liste et, d'autre part, de dire que les résolutions mentionnées devaient être adoptées par les États parties aux organisations auxquelles il était fait référence, et d'ajouter le terme « unanime ». On a également proposé de mentionner la modification du *jus cogens*. Il a été suggéré en outre de modifier le paragraphe 2 pour qu'il se lise comme suit : « Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble concernant l'acceptation et la reconnaissance […] », et d'améliorer le paragraphe 3 en disposant que les décisions des cours et des tribunaux « peuvent servir de moyen secondaire d'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* ».

viii) Intitulé du sujet

188. L'idée de modifier l'intitulé du sujet a été favorablement accueillie. Les intitulés suivants ont été proposés : « Normes impératives (*jus cogens*) », « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », « Le *jus cogens* dans le droit des traités », « Le *jus cogens* en droit international » et « Le *jus cogens* dans le droit international général ».

[815] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422 à 457, par. 99.

ix) Travaux futurs

189. Si les membres de la Commission ont de manière générale appuyé les propositions du Rapporteur spécial quant aux futurs travaux de la Commission sur le sujet, il a toutefois été suggéré que les questions relatives à la responsabilité de l'État soient examinées en tenant compte non seulement des « effets » du *jus cogens*, mais aussi de l'ensemble des éléments qui caractérisent celui-ci, et notamment de sa définition, des critères qui permettent de l'identifier et de son contenu, ainsi que de ses conséquences. D'aucuns ont mis en évidence la nécessité d'envisager le *jus cogens* dans une perspective globale tenant compte à la fois du droit des traités et de la notion de responsabilité de l'État.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

190. Le Rapporteur spécial a récapitulé les commentaires et observations formulés pendant le débat. Il a réaffirmé qu'il préférait que le Comité de rédaction reste saisi du projet de conclusions jusqu'à ce qu'un texte complet ait été adopté.

191. Le Rapporteur spécial a formulé des observations sur différents points abordés durant le débat, notamment la proposition que la Commission examine la question du *jus cogens* en droit interne, à laquelle il n'était pas favorable pour plusieurs raisons, à savoir que la Commission avait décidé d'utiliser l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 comme point de départ de ses travaux ; qu'il fallait examiner la pratique sous un angle régional, plus large − ce qui l'a amené à inviter les membres à lui faire parvenir les documents dont ils disposaient − et diversifier les sources de preuve ; et qu'il lui avait été suggéré d'examiner la pratique et les traditions de divers groupes culturels.

192. S'agissant de la relation entre le principe de l'applicabilité universelle et la notion de *jus cogens* régional, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'à son avis, l'existence d'un *jus cogens* régional était juridiquement impossible, et ce, pour des raisons qu'il exposerait dans un futur rapport. À ce stade, il lui semblait que l'examen de la question pouvait déboucher sur l'adoption d'un projet de conclusion disposant soit qu'il est possible que des normes de *jus cogens* régional existent en tant qu'exception à la règle générale, soit qu'il ne peut pas exister de normes de *jus cogens* régional en droit international, soit simplement que le projet de conclusions est « sans préjudice » de l'existence possible d'un *jus cogens* régional, mais il se pouvait aussi que cet examen ne donne lieu à aucun projet de conclusion. Le Rapporteur spécial a par ailleurs suggéré d'examiner, dans un futur rapport, la question de savoir si l'« application universelle » signifiait l'application à « tous les États » ou l'application à « tous les sujets de droit international ».

193. Au sujet de la supériorité hiérarchique telle qu'elle est envisagée la jurisprudence des juridictions internationales, le Rapporteur spécial a dit que les tribunaux, et en particulier la Cour internationale de Justice, estimaient que la question de la hiérarchie en soutenant qu'elle ne se posait pas car les règles considérées n'entraient pas en conflit les unes avec les autres. Il a en outre réaffirmé qu'il ne partageait pas l'avis selon lequel la supériorité hiérarchique était davantage une conséquence qu'une caractéristique du *jus cogens*.

194. Le Rapporteur spécial ne partageait pas l'avis exprimé au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 3, renvoyé au Comité de rédaction en 2016, selon lequel cette disposition semblait suggérer que les caractéristiques du *jus cogens* n'avaient pas leur place dans le projet de conclusions à moins d'avoir un effet direct sur les critères et l'identification du *jus cogens*. Il a fait observer que les projets de conclusion étaient, de par leur nature, un mélange de conclusions normatives et descriptives sur l'état du droit, et a ajouté qu'il entendait expliquer dans le commentaire que ces caractéristiques pouvaient être utiles aux fins de la détermination des critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international.

195. Au sujet de l'avis exprimé par certains membres selon lequel l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 ne devait pas être la seule base sur laquelle fonder l'examen du sujet, il a rappelé que la démarche qu'il avait adoptée dans ses deux rapports, y compris s'agissant des critères d'identification du *jus cogens*, ne reposait pas entièrement sur le consentement. Selon lui, si le rôle des États était fondamental dans la formation du

jus cogens, cela ne voulait pas pour autant dire que celle-ci reposait entièrement sur l'existence d'un consentement.

196. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des membres avaient approuvé l'approche en deux étapes, même si elle avait suscité des questions de la part de certains. Il a également rappelé que cette approche ne devait pas être assimilée à un double ou triple comptage, la première étape consistant à établir l'existence d'une règle de droit, le plus souvent une règle de droit international coutumier, alors que la seconde ne concernait pas la qualité juridique de la règle ou de la norme, mais son caractère impératif.

197. Le Rapporteur spécial a dit qu'il ne souscrivait pas aux arguments avancés en faveur de l'ajout de la modification parmi les critères retenus, rappelant que dans la pratique des États comme dans la pratique internationale, c'était principalement la preuve de l'acceptation et la reconnaissance de la non-dérogeabilité qui importaient. Il a néanmoins accepté de donner suite à la proposition, étant entendu que la non-dérogeabilité et la modification ne seraient pas envisagées comme des critères distincts, mais plutôt comme deux éléments d'un même critère.

198. Le Rapporteur spécial a rappelé que la plupart des membres, sinon tous, avaient accepté la proposition visant à remplacer l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ».

199. S'agissant des différentes modifications rédactionnelles proposées par plusieurs membres dans le but de simplifier le projet de conclusions, le Rapporteur spécial a souligné qu'il fallait tenir compte des objectifs des différentes dispositions, mais qu'il était disposé à refondre le texte en tenant compte des suggestions faites pendant le débat en plénière.

200. Le Rapporteur spécial a pris note du fait que si la plupart des membres avaient souscrit à la démarche générale suivie aux fins de l'établissement premier critère, c'est-à-dire l'appartenance au droit international général, plusieurs questions avaient néanmoins été soulevées sur des points particuliers, et notamment celle de savoir si les règles du droit international humanitaire pouvaient ou non faire partie du *jus cogens*. Il a soutenu que le droit international général ne saurait être distingué de la *lex specialis* et que rien n'empêchait donc les règles du droit international humanitaire d'acquérir le statut de *jus cogens*.

201. À propos de l'idée selon laquelle les normes du droit international général étaient celles qui liaient tous les États, le Rapporteur spécial a fait observer que le premier critère n'était qu'une condition préalable à l'existence du *jus cogens* et ne devait donc pas nécessairement refléter toutes les caractéristiques de celui-ci.

202. Quant au désaccord de certains membres avec la conclusion formulée dans le rapport selon laquelle les traités ne peuvent pas faire partie du droit international général, le Rapporteur spécial estimait que la Commission devait se garder de conclure hâtivement que les traités pouvaient en soi participer du droit international général, d'autant que le projet de conclusion 5 ne rejetait pas catégoriquement les arguments avancés par les membres. Le Rapporteur spécial a déclaré que ce projet de conclusion ne concernait pas les preuves et avait plutôt pour objet d'énoncer certaines conclusions au sujet des sources du droit international et de leur relation avec le *jus cogens*, ainsi que de mettre en évidence le fait que les résolutions et d'autres documents ne faisaient pas partie de ces sources.

203. S'agissant de l'idée selon laquelle les trois sources, à savoir le droit international coutumier, les principes généraux du droit et le droit des traités, devaient jouer un rôle égal dans l'identification du *jus cogens* et devaient toutes confirmer l'existence d'une norme pour que celle-ci relève du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a souligné que les propositions ne cadraient pas avec la pratique ni avec la doctrine.

204. Au sujet des observations qui avaient été formulées concernant les principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a souligné que, dans le contexte des présents travaux, il suffisait de signaler que ces principes pouvaient servir de base à la formation de normes de *jus cogens*, sachant qu'il ne convenait pas d'exclure cette possibilité. Il a rappelé que le projet de conclusion 5 tel qu'il était proposé était formulé de manière suffisamment nuancée pour que l'on comprenne qu'il ne s'agissait que d'une possibilité et que la pratique correspondante était très limitée. Si le texte était adopté, cela serait clairement expliqué dans le commentaire.

205. Le Rapporteur spécial a relevé que le projet de conclusion 6 n'avait pas fait l'objet de critiques, quoique plusieurs membres aient proposé de l'intégrer à d'autres dispositions, ce à quoi il n'était pas favorable étant donné que ce projet permettait de présenter le deuxième critère. Le Rapporteur spécial n'était pas non plus favorable à la suppression de cette disposition, mais si le Comité de rédaction décidait de ne pas la conserver, il expliquerait la structure des projets de conclusion traitant de l'identification du *jus cogens* dans le commentaire.

206. Les questions soulevées au sujet du projet de conclusion 7 concernaient le sens de l'expression « dans son ensemble ». Le Rapporteur spécial a signalé qu'il était d'avis, comme certains membres, que le choix de ces termes visait à mettre l'accent sur la notion de collectivité. Contrairement à d'autres, toutefois, il n'était pas d'avis que le terme « attitude » était inapproprié, ni que l'existence d'une pratique était nécessaire en sus de l'*opinio juris*. Il était par contre très favorable à la proposition tendant à retenir le mot « conviction » et disposé à conserver l'adverbe « très », qui avait été retiré du paragraphe 3, même si les termes « une large majorité » ne désignaient pas autre chose qu'une forte majorité.

207. S'agissant du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial a invité le Comité de rédaction à remplacer le membre de phrase « acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » par « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Il ne partageait pas l'avis selon lequel le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 n'était pas particulièrement utile.

208. Le Rapporteur spécial a par ailleurs déclaré qu'il souscrivait aux propositions qui avaient été faites concernant la formulation du projet de conclusion 9. Il estimait que les constitutions nationales devraient figurer parmi les moyens de preuve possibles et que le Comité de rédaction pourrait envisager de mentionner la législation nationale au paragraphe 2.

209. Sans commenter les observations formulées au sujet de la liste indicative, le Rapporteur spécial a fait savoir que la décision qu'il recommanderait tiendrait compte de la teneur des arguments avancés.

210. Le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il préférait que le Comité de rédaction établisse la version définitive de tous les projets de conclusion qu'il avait l'intention de proposer en première lecture avant de les renvoyer en plénière.

Chapitre IX
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

A. Introduction

211. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a décidé d'inscrire le sujet intitulé « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » à son programme de travail et a désigné M. Pavel Šturma comme Rapporteur spécial[816].

B. Examen du sujet à la session en cours

212. À la session en cours, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/708), qui visait à présenter l'approche du Rapporteur spécial quant à la portée et au résultat des travaux sur le sujet, et à donner une vue d'ensemble des dispositions générales relatives au sujet.

213. La Commission a examiné le premier rapport à ses 3374e à 3381e séances, du 13 au 25 juillet 2017.

214. À sa 3381e séance, le 25 juillet 2017, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1er à 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial, en tenant compte des vues exprimées au cours du débat en séance plénière et étant entendu que les projets d'articles 3 et 4 seraient laissés en suspens par le Comité de rédaction.

215. À sa 3383e séance, le 31 juillet 2017, le Président du Comité de rédaction a présenté à l'oral un rapport intérimaire sur les projets d'articles 1er et 2, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Le rapport a été présenté pour mémoire ; on le trouvera sur le site Web de la Commission[817].

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport

216. Le Rapporteur a fait savoir que son premier rapport portait essentiellement sur les dispositions générales qui sous-tendraient l'examen de ce sujet. Le rapport présentait d'abord un aperçu des vues exprimées par les délégations pendant les débats tenus à la Sixième Commission à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, en 2016, au cours desquels plusieurs délégations s'étaient prononcées en faveur de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission, soulignant, en particulier, que cela pourrait permettre de combler certaines lacunes du droit international. Quelques délégations avaient remis en question la pertinence du sujet à l'époque actuelle, et exprimé des doutes quant à la possibilité que les États parviennent à un consensus sur ce sujet controversé.

217. S'agissant de la portée et du résultat des travaux sur le sujet, question indissociable des travaux antérieurs de la Commission, le Rapporteur spécial a rappelé que le sujet concernait deux branches du droit international dans lesquelles la Commission avait déjà fait œuvre de codification et de développement progressif, à savoir la succession d'États et la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur les travaux antérieurs de la Commission qui comportaient des lacunes devant faire l'objet d'un examen ultérieur[818], ainsi que sur les travaux réalisés sur le présent sujet par l'Institut de droit

[816] À sa 3354e séance, le 9 mai 2017. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-huitième session (2016), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10)).

[817] http://legal.un.org/ilc.

[818] Pour ce qui est de la responsabilité internationale, la Commission a notamment adopté le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77 (voir également la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe), et le projet d'articles de 2011 sur la responsabilité

international[819]. Il a souligné que le but de l'examen du sujet était d'apporter un meilleur éclairage sur le point de savoir s'il existait des règles de droit international régissant à la fois le transfert d'obligations et le transfert de droits découlant de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans les situations de succession d'États. L'examen du sujet porterait essentiellement sur les règles secondaires, relatives à la responsabilité internationale, et ne s'étendrait pas aux questions de responsabilité (« liability ») internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités n'étant pas interdites par le droit international. Le Rapporteur spécial a indiqué que les travaux sur le sujet devraient également suivre les principes essentiels de la succession d'États pour ce qui concerne la distinction entre cession d'une partie de territoire, sécession, dissolution, unification et création d'un nouvel État indépendant.

218. Rappelant les précédents que constituaient le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le projet d'articles ayant donné naissance à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (ci-après « la Convention de Vienne de 1978 ») et à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (ci-après « la Convention de Vienne de 1983 »), ainsi que le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, le Rapporteur spécial a estimé qu'il semblait approprié que le résultat des travaux sur le sujet revête la forme d'un projet d'articles assorti de commentaires.

219. Concernant les dispositions générales sur lesquelles se fonderaient l'examen de ce sujet, le Rapporteur spécial a fait observer que, de tout temps, la doctrine en matière de succession d'États avait de manière générale exclu la possibilité d'un transfert de responsabilité à l'État successeur − thèse de la non-succession.

220. S'il était vrai que le corpus doctrinal et théorique corroborait cette conception, le Rapporteur spécial a fait remarquer que certains auteurs avaient remis en question l'existence d'une règle générale sur la succession d'États applicable en toutes circonstances. Il a présenté une étude préliminaire de la pratique des États relative à la responsabilité internationale dans différents cas de succession d'États, étude préliminaire qui figure dans son rapport et repose sur l'analyse de plusieurs décisions de justice. Il a fait remarquer que, pour l'heure, il ressortait de cette analyse que le droit international moderne ne validait pas la thèse générale de la non-succession pour ce qui était de la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial s'est également penché sur la pertinence, dans le cadre du sujet à l'examen, des deux Conventions de Vienne sur la succession d'États. Il a souligné qu'aux fins de l'adoption d'une démarche d'intégration systémique, il importerait d'employer les mêmes termes et définitions, de façon uniforme, pour la succession en matière de traités, de biens, dettes et archives d'État, de nationalité des personnes physiques et de responsabilité de l'État.

221. Le Rapporteur spécial a relevé qu'il n'y avait pas de régime universel de succession d'États, mais bien plusieurs domaines de relations juridiques auxquels la succession d'États s'appliquait. Par conséquent, les règles relatives à la succession d'États dans un domaine, par exemple en matière de traités, pouvaient être différentes de celles qui s'appliquaient à

---

des organisations internationales, *Annuaire … 2011,* vol. II (2e partie), par. 87 et 88 (voir aussi la résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe). Concernant la succession d'États, le Rapporteur spécial renvoie : à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, no 33356, p. 3 ; à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983), pas encore entrée en vigueur, Nations Unies, *Annuaire juridique 1983* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.90.V.1), p. 139 ; au projet d'articles de 1999 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire … 1999*, vol. II (2e partie), par. 47 et 48 (voir également la résolution 55/153 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000). Des questions de succession ont également été soulevées dans le cadre des travaux de la Commission sur le projet d'articles relatifs à la protection diplomatique, *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 49 et 50 (voir également la résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe).

819 Voir Institut de droit international, résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, 28 août 2015.

un autre domaine, par exemple les biens, archives et dettes d'État. Le Rapporteur spécial a souligné que les différents domaines de succession étaient indépendants et régis par des règles particulières.

222. Le Rapporteur spécial a également appelé l'attention de la Commission sur la question complexe de savoir si les obligations naissant de faits illicites constituaient des « dettes » régies par la Convention de Vienne de 1983 ou si elles devaient être traitées dans le cadre du sujet à l'examen. Il a souligné qu'il avait conclu, à titre préliminaire, qu'il s'agirait d'une dette aux fins des règles de succession concernant les dettes d'État si un droit sur des actifs dont la valeur était déterminée à l'avance ou était susceptible d'être déterminée avait été reconnu par l'État ou décidé par un tribunal international ou arbitral à la date de la succession. Néanmoins, si un fait internationalement illicite se produisait avant la date de la succession mais que les conséquences juridiques qui en découlaient n'avaient pas encore été spécifiées (par exemple, un montant spécifique n'avait pas été attribué à titre d'indemnisation par un tribunal arbitral), alors tout transfert possible d'obligations ou de droits devrait être régi par les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

223. D'après le Rapporteur spécial, son analyse permettait d'aboutir à deux conclusions préliminaires, à savoir : que la thèse traditionnelle de la non-succession était remise en question par la pratique moderne ; que le transfert ou non d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité de l'État dans certains types spécifiques de succession devait être prouvé au cas par cas. Compte tenu de l'expérience acquise par la Commission dans le cadre de ses travaux sur la succession d'États, ainsi que de la rareté des situations de succession d'États et du caractère éminemment politique du sujet, le Rapporteur spécial a souligné que les règles à codifier devaient être de nature subsidiaire. Elles pourraient ainsi répondre à deux objectifs. Premièrement, elles pourraient constituer un modèle utile qui pourrait être utilisé, voire modifié par les États concernés. Deuxièmement, en l'absence d'accord, elles pourraient servir de règle par défaut, applicable en cas de différend.

224. Notant qu'en principe, un accord entre les États concernés devrait primer les règles générales subsidiaires sur la succession d'États qui doivent être proposées dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen, le Rapporteur spécial a développé l'analyse faite dans son rapport de la pertinence de tels accords, compte tenu de la règle *pacta tertiis* énoncée aux articles 34 et 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Répartissant les accords pertinents en différentes catégories (accords de dévolution, accords de règlement des réclamations et autres types d'accord), il s'est appuyé sur l'analyse de plusieurs accords de ce type entre États prédécesseurs et successeurs pour avancer qu'il convenait d'adopter une approche nuancée, axée sur la teneur de ces accords et les parties à ceux-ci, pour déterminer la règle applicable.

225. Le Rapporteur spécial a également traité la question de la pertinence des actes unilatéraux dans le contexte du sujet à l'examen. Il a renvoyé aux travaux présentés dans son rapport, dans lequel il a d'abord examiné des exemples d'actes unilatéraux, avant de se pencher sur les règles pertinentes relatives à la responsabilité de l'État et aux actes unilatéraux des États adoptées à ce jour par la Commission. À la lumière de ces exemples, il a estimé que pour la question des actes unilatéraux dans le contexte de la responsabilité internationale, il convenait de proposer une conception distincte de l'approche stricte retenue pour la Convention de Vienne de 1978.

226. Le Rapporteur spécial a proposé quatre projets d'article. Le premier traitait de la portée de l'ensemble du projet d'articles[820] ; le deuxième définissait une série de termes spécifiques en s'inspirant des définitions figurant dans les deux Conventions de Vienne sur la succession d'États et dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait

[820] Le texte du projet d'article premier proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport se lit comme suit :

Projet d'article premier

Portée

Le présent projet d'articles s'applique aux effets de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

internationalement illicite[821] ; le troisième fournissait un cadre pour l'analyse de la portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité[822] ; enfin, le quatrième établissait un cadre concernant les déclarations unilatérales de l'État successeur[823].

227. Pour ce qui est du programme de travail futur, le Rapporteur spécial a proposé que la Commission examine : en 2018, les questions relatives au transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur ; en 2019, le transfert des droits et des réclamations de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur ; en 2020, toute question de procédure ou les questions diverses restées en suspens comme celle de la

---

[821] Le texte du projet d'article 2 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport se lit comme suit :

Projet d'article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

a) L'expression « succession d'États » s'entend de la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire ;

b) L'expression « État prédécesseur » s'entend de l'État auquel un autre État s'est substitué à l'occasion d'une succession d'États ;

c) L'expression « État successeur » s'entend de l'État qui s'est substitué à un autre État à l'occasion d'une succession d'États ;

d) L'expression « date de la succession d'États » s'entend de la date à laquelle l'État successeur s'est substitué à l'État prédécesseur dans la responsabilité des relations internationales du territoire auquel se rapporte la succession d'États ;

e) L'expression « responsabilité internationale » s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État ;

[…]

[822] Le texte du projet d'article 3 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport se lit comme suit :

Projet d'article 3

Portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité

1. Les obligations de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas des obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord prévoyant que lesdites obligations sont dévolues à l'État successeur.

2. Les droits de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite commis à son égard par un autre État avant la date de la succession d'États ne deviennent pas des droits de l'État successeur vis-à-vis de l'État responsable du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord prévoyant que lesdits droits sont dévolus à l'État successeur.

3. Tout accord autre qu'un accord de dévolution entraîne le transfert des obligations ou des droits découlant de la responsabilité de l'État. Tout accord est contraignant pour ses parties et doit être exécuté par celles-ci de bonne foi.

4. Les paragraphes qui précèdent sont sans préjudice des règles de droit des traités applicables, en particulier la règle *pacta tertiis* telle qu'elle est énoncée aux articles 34 à 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[823] Le texte du projet d'article 4 proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport se lit comme suit :

Projet d'article 4

Déclaration unilatérale de l'État successeur

1. Les droits de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite commis à son égard par un autre État ou un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les droits de l'État successeur du seul fait que celui-ci a formulé une déclaration unilatérale par laquelle il a exprimé la volonté d'assumer tous les droits et obligations de l'État prédécesseur.

2. Les obligations de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État successeur a accepté de les assumer, à moins que la déclaration unilatérale de l'État successeur ne le prévoie expressément.

3. La déclaration unilatérale formulée par l'État successeur et les effets de cette déclaration sont soumis aux règles de droit international applicables aux actes unilatéraux des États.

pluralité d'États successeurs ou celle de savoir si les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à l'égard d'une organisation internationale ou d'un particulier lésés. Le Rapporteur spécial a indiqué que si l'état d'avancement du débat le permettait, l'ensemble du projet d'articles pourrait être adopté en première lecture en 2020 ou en 2021.

2. Résumé du débat

a) Observations d'ordre général

228. Les membres ont accueilli favorablement le premier rapport du Rapporteur spécial et confirmé la nécessité d'une cohérence entre le sujet à l'examen et les travaux antérieurs de la Commission sur les questions connexes de la responsabilité de l'État et de la succession d'États. Si certains ont fait valoir que le sujet à l'examen permettrait de combler les lacunes des travaux antérieurs de la Commission sur ces sujets connexes, d'autres ont estimé que le Rapporteur spécial n'avait pas, dans son premier rapport, procédé à un examen suffisamment poussé de la relation entre le sujet à l'examen et les articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Certains se sont dits préoccupés par la rapidité et les modalités du choix du sujet à inscrire au programme de travail de la Commission au début d'un nouveau quinquennat, estimant que les circonstances n'avaient peut-être pas permis de discuter suffisamment de l'objectif et du résultat attendu des travaux sur le sujet à l'examen ; la Commission a été encouragée à examiner la manière dont elle choisissait les sujets auxquels elle entendait consacrer ses travaux.

229. Si certains membres ont estimé que le sujet présentait un grand intérêt et qu'il était judicieux de s'y intéresser à l'époque actuelle, avec l'appui des États et à la lumière de leur pratique à ce jour, d'autres n'étaient pas de cet avis. Il a été dit que la rareté des cas de succession et la diversité des contextes politiques et historiques dans lesquels ils intervenaient ne permettaient pas de mettre en évidence une tendance cohérente ou claire de la pratique. Certains membres se sont inquiétés du très petit nombre d'États qui avaient montré de l'intérêt pour le sujet à la Sixième Commission. Plusieurs membres se sont dits favorables à l'examen par la Commission des travaux réalisés sur le sujet par des organismes privés, notamment l'Institut de droit international[824] et l'Association de droit international[825], tout en soulignant que la Commission devait mener son examen de manière indépendante. Il a également été dit que le Rapporteur spécial devrait présenter à la Commission un exposé plus systématique des éléments pertinents, en particulier de la pratique des États et de la jurisprudence, mais aussi préciser la direction que devraient prendre les travaux et leur objectif.

230. Concernant le principe général relatif à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, plusieurs membres ont insisté sur la nécessité d'examiner les règles générales de fond ayant trait à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État avant les éventuelles exceptions ou clauses de sauvegarde énoncées dans les projets d'articles 3 et 4 ; cela étant, il a été dit aussi que les modalités de transfert de la responsabilité qui étaient établies dans ces dispositions ne dépendaient pas de la résolution de la question de la règle générale.

231. Certains membres ont souligné que la règle « traditionnelle » de la non-succession exposée par le Rapporteur spécial prévalait toujours actuellement, en précisant que la possibilité d'une succession automatique se limitait au domaine des dettes de l'État et qu'un petit nombre d'exceptions clairement établies à la non-succession étaient ouvertes. D'autres membres ont douté de ce que la règle traditionnelle de la non-succession ait évolué, même si le Rapporteur spécial semblait voir les choses autrement dans son rapport, et ils ont dit que tout infléchissement supposé de la règle traditionnelle devait être étayé par des preuves claires et sans équivoque tirées de la pratique des États et de la jurisprudence.

[824] Voir *supra*, note 819.

[825] Association de droit international, *Rapport de la soixante-treizième conférence, Rio de Janeiro, 17-21 août 2008* (Londres, 2008), à la page 250 et suivantes.

232. Plusieurs membres ont aussi souligné que les exemples tirés de la pratique des États et de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, cités par le Rapporteur spécial à l'appui de l'évolution supposée de la règle traditionnelle n'étayaient pas en réalité cette conclusion, tandis que d'autres ont estimé que la jurisprudence sur laquelle s'appuyait le Rapporteur spécial semblait à tout le moins montrer, quelle que fût la règle générale, qu'elle n'était pas absolue. Il a été dit également que la doctrine dont faisait état le Rapporteur spécial ne confirmait pas non plus une tendance à l'évolution de la règle. Il a été rappelé, en particulier, que l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*[826] visait uniquement l'accord exprès entre la Hongrie et la Slovaquie concernant la succession à la responsabilité et que la Cour n'avait donné aucune indication plus générale sur la question de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. De même, dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*[827], la Cour n'avait en aucune manière pris position sur cette question. Il a été souligné que les accords entre États ou les déclarations unilatérales sur des questions de succession d'États ne pouvaient pas dépendre d'un sentiment d'obligation découlant du droit international général et qu'ils venaient peut-être étayer la règle traditionnelle, plutôt que témoigner de l'émergence d'une nouvelle tendance. On a dit également que la « tendance » à s'écarter de la règle traditionnelle de la non-succession mise en évidence par le Rapporteur spécial pouvait ne concerner que certaines formes particulières de succession d'États et que la manière dont la Commission analyserait ces situations aurait donc une incidence sur le résultat final des travaux.

233. Certains membres ont souligné que, dans le cadre de l'examen de l'existence d'une règle générale en matière de succession d'États, il serait souhaitable d'accorder davantage d'attention à la pratique des États, ainsi qu'à la pratique issue de toutes les régions. D'aucuns se sont inquiétés de ce que l'on ne savait pas très bien si l'examen du sujet devait donner lieu à un exercice de codification ou de développement progressif. Certains membres ont affirmé qu'étant donné que la position traditionnelle qui prévalait était celle de la règle par défaut de la non-succession, l'examen du sujet relèverait nécessairement d'un exercice de développement progressif et que l'expérience de la Commission sur des sujets ayant trait à la succession avait montré qu'il serait difficile de recueillir une large adhésion des États sur un ensemble d'articles définitifs sur le sujet à l'examen.

234. Plusieurs membres ont appuyé la proposition faite par le Rapporteur spécial dans son premier rapport de s'intéresser à différentes formes de succession dans le cadre de l'examen du sujet. Certains ont souligné que l'examen de différentes formes de succession supposait d'expliquer de façon claire et détaillée les différences factuelles existant entre les situations envisagées.

b) Observations particulières

i) Projet d'article premier − Portée

235. Plusieurs membres ont suggéré de reformuler la disposition proposée par le Rapporteur spécial de sorte que le projet d'articles s'applique « en matière de droits et obligations découlant d'un fait internationalement illicite », estimant que pareille formulation délimiterait la portée du sujet avec davantage de précision et de clarté qu'une référence générale à la responsabilité de l'État. Si certains membres ont estimé que les travaux consacrés au présent sujet supposaient un examen des règles primaires, qui expriment des obligations, d'autres ont jugé qu'il fallait se concentrer sur les seules règles secondaires générales, relatives à la responsabilité. Plusieurs membres ont estimé, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les questions relatives à la responsabilité à l'égard des organisations internationales, tandis que d'autres ont proposé que, dans ses futurs travaux, celui-ci traite des droits des organisations internationales lésées. Des points de vue opposés ont été exprimés quant à la décision de ne pas examiner

[826] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

[827] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, fond, arrêt du 3 février 2015.

la question de la « liability », et d'aucuns ont soulevé le problème de la traduction des termes « responsibility » et « liability » dans certaines langues.

236. Plusieurs membres étaient opposés à une proposition tendant à ce que le Rapporteur spécial examine la question de la succession des gouvernements dans le cadre de ses travaux, tandis que certains se sont dits favorables à ce qu'il se penche sur la question de la licéité ou de l'illicéité de la succession en elle-même au regard du droit international.

ii) Projet d'article 2 − Définitions

237. Plusieurs membres ont approuvé les définitions données aux alinéas a) à d) du projet d'article 2, certains se félicitant que le Rapporteur spécial se soit inspiré de précédents travaux de la Commission. D'aucuns ont dit craindre que le terme « substitué » employé aux alinéas b) à d) ne prête à confusion compte tenu du fait qu'il existe des cas de succession dans lesquels l'État prédécesseur n'a pas cessé d'exister ou n'a pas été entièrement remplacé par un autre. Le fait que la définition donnée à l'alinéa a) ne reprenne pas le critère de la « licéité » retenu aux fins de la Convention de Vienne de 1978 a en outre soulevé des préoccupations, et il a donc été suggéré de garder cette définition à l'examen.

238. En ce qui concerne l'alinéa e), consacré à la définition de l'expression « responsabilité internationale », certains membres ont estimé qu'il devrait comporter une définition du terme « fait internationalement illicite », tandis que plusieurs autres ont jugé qu'il était inutile et devrait donc être supprimé. D'aucuns ont avancé que dans le contexte des droits et obligations découlant d'un fait internationalement illicite, il serait plus opportun d'employer les termes « conséquences », « conséquences juridiques » ou « relations internationales » que le terme « relations ».

239. Plusieurs membres ont proposé d'ajouter des définitions au projet d'article 2, notamment de définir les expressions « accord de dévolution », « déclaration unilatérale », « autre sujet de droit international » et « accord d'indemnisation », et de préciser les types de succession que le Rapporteur spécial entendait examiner dans le cadre du présent sujet.

iii) Projet d'article 3 − Portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité

240. Plusieurs membres ont proposé de supprimer ou de simplifier les paragraphes 3 et 4, estimant qu'ils étaient redondants en ce qu'ils ne faisaient que répéter que les accords visés étaient soumis aux principes du droit des traités et que leur contenu pouvait figurer dans le commentaire. D'aucuns ont avancé que préciser, au paragraphe 4, que les dispositions du projet d'article étaient « sans préjudice » de la règle *pacta tertiis* rendait superflue la distinction entre les différents types d'accords visés aux paragraphes 1 à 3. Certains membres ont demandé que le sens de l'expression « accord autre qu'un accord de dévolution » employée au paragraphe 3 soit précisé.

241. Il a également été proposé au Rapporteur spécial de se pencher sur l'évolution de la règle *pacta tertiis* en ce qui concerne son application aux accords de dévolution, et certains membres ont estimé qu'avant de s'intéresser aux accords eux-mêmes, il fallait étudier de plus près les différents types de succession.

iv) Projet d'article 4 − Déclaration unilatérale de l'État successeur

242. Certains membres ont fait observer que les termes « ne le prévoie expressément » employés au paragraphe 2 du projet d'article 4 proposé par le Rapporteur spécial ne traduisaient pas toutes les conditions qui, selon les précédents travaux de la Commission sur les déclarations unilatérales[828], devaient être remplies pour qu'un acte unilatéral soit contraignant, et ont proposé de modifier le projet d'article de sorte qu'il contienne une référence générale auxdites conditions. Certains ont insisté pour que le Rapporteur spécial

[828] Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, résolution 61/34 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006. Le texte des principes directeurs adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), aux paragraphes 176 et 177.

se concentre sur les cas de figure dans lesquels un État assume la responsabilité d'un autre État autrement que par la formulation d'une déclaration unilatérale. De surcroît, il a été proposé que, dans un souci de cohérence, les règles posées au projet d'article 4 soient présentées dans le même ordre que celles posées au projet d'article 3.

243. Si certains membres se sont dits favorables à ce que les quatre projets d'article soient renvoyés au Comité de rédaction, d'autres ont proposé que seuls les projets d'articles 1er et 2 le soient et que les projets d'articles 3 et 4 restent à l'examen ou, à tout le moins, soient mis de côté par le Comité de rédaction en attendant que la Commission étudie les futurs rapports du Rapporteur spécial. D'autres encore ont estimé que tous les projets d'article méritaient un examen plus approfondi avant leur renvoi au Comité de rédaction.

c) Forme finale du résultat des travaux

244. Certains membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que la Commission devrait présenter le résultat final de ses travaux sous la forme d'un projet d'articles, puisque c'était la forme que la Commission avait donnée au résultat de ses précédents travaux relatifs à la succession d'États. D'autres ont jugé qu'il faudrait attendre avant de prendre une décision à ce sujet et ont exposé les avantages qu'un projet de directives pouvait présenter. Les membres ont approuvé la décision du Rapporteur spécial de mettre l'accent sur le fait que le produit final, quel qu'il soit, aurait un caractère subsidiaire par rapport aux accords entre États.

d) Programme de travail futur

245. Si un certain nombre de membres ont appuyé le programme de travail futur tel qu'il a été proposé par le Rapporteur spécial, plusieurs autres ont néanmoins suggéré que ce dernier consacre son futur rapport aux règles générales applicables à toutes les situations de succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Certains ont estimé qu'avant d'examiner le transfert des réclamations, le Rapporteur spécial devrait se pencher sur la procédure de règlement de celles-ci, et qu'il faudrait mettre l'accent sur les droits ou réclamations de l'État successeur.

3. Observations finales du Rapporteur spécial

246. Comme suite aux débats, le Rapporteur spécial a signalé que les travaux consacrés au sujet à l'examen relèveraient à la fois du développement progressif et de la codification du droit international, faisant observer que la jurisprudence et la pratique des États concernant divers aspects de la succession d'États et types de succession n'étaient pas uniformément développées.

247. Le Rapporteur spécial est convenu que la jurisprudence et la pratique des États méritaient une analyse plus approfondie que celle contenue dans son premier rapport et a fait savoir que, dans ses futurs rapports, il procéderait à un examen plus détaillé de la pratique des États et s'intéresserait de plus près aux cas survenus dans des régions autres que l'Europe. Il a constaté que la pratique des États n'était pas claire et que certaines situations pouvaient être interprétées de différentes manières, et a insisté sur le fait que la seule thèse avec laquelle il était en désaccord profond était la vieille doctrine selon laquelle la responsabilité de l'État avait un caractère éminemment personnel, ce qui semblait exclure a priori tout transfert de droits et d'obligations découlant d'un fait internationalement illicite et relevait selon lui de la fiction. Le Rapporteur spécial a de surcroît souligné que toute évolution devrait être prise en compte.

248. S'agissant de la portée du sujet, le Rapporteur spécial a maintenu qu'il préférait, au stade actuel des travaux, ne pas aborder les questions relatives à la succession d'États pour ce qui était des conséquences d'actes licites, précisant toutefois que ces questions feraient peut-être l'objet d'un examen ultérieur. Il a fait savoir qu'il ne s'intéresserait pas non plus à ce stade à la succession en matière de responsabilité à l'égard des organisations internationales, mais qu'il pourrait à l'avenir se pencher sur la question de la succession en matière de responsabilité de l'État pour tort causé à d'autres acteurs, à savoir les organisations internationales, et de responsabilité des États membres relativement aux actes

de telle ou telle organisation. Le Rapporteur spécial a toutefois signalé qu'il n'aborderait pas la question de la succession des gouvernements.

249. Pour ce qui est des observations relatives aux projets d'article, le Rapporteur spécial s'est déclaré disposé à faire figurer dans le projet d'article premier une référence aux « droits et obligations découlant d'un fait internationalement illicite », comme certains l'avaient proposé. Il a par ailleurs estimé que la suggestion tendant à supprimer la définition de l'expression « responsabilité internationale » du projet d'article 2 était judicieuse, cette expression pouvant être définie dans le commentaire, et a fait savoir que de nouvelles définitions viendraient compléter ce projet d'article au fur et à mesure que les travaux avanceraient. Le Rapporteur spécial est convenu que l'alinéa a) du projet d'article 2 était muet sur la question de la légalité de la succession et a signalé que celle-ci serait abordée dans son rapport suivant.

250. Quant à la nécessité de définir et d'énoncer une règle générale relative à la succession avant de poser les principes formulés aux projets d'articles 3 et 4, respectivement consacrés aux accords et aux déclarations unilatérales, le Rapporteur spécial a fait observer que ces deux projets d'article n'étaient pas simplement des clauses sans préjudice puisqu'ils se rapportaient au fond en mettant en évidence le caractère subsidiaire du projet d'articles. Le Rapporteur spécial a répété qu'il était judicieux de faire figurer ces deux dispositions dans le projet d'articles dès le début car cela permettait d'éviter de mentionner les accords et déclarations unilatérales dans chacun des projets d'article suivants. Il a de surcroît signalé que dans ses futurs rapports, il établirait un corpus de règles applicables aux différentes catégories de succession, mais ne substituerait pas à une règle générale établissant la non-succession une règle générale établissant la succession.

251. Le Rapporteur spécial s'est dit favorable aux propositions tendant à consacrer une disposition au caractère subsidiaire des projets d'articles et à reformuler le projet d'article 4 de manière à ce qu'il tienne pleinement compte des travaux de la Commission relatifs aux Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques.

252. En ce qui concerne la forme finale à donner aux travaux consacrés au présent sujet, le Rapporteur spécial a de nouveau exprimé sa préférence pour un projet d'articles, faisant observer que ces travaux relèveraient à la fois de la codification du droit existant et du développement de nouvelles normes. Il a souligné que les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 avaient montré que des États avaient pu appliquer, à des fins de succession, des principes consacrés dans des conventions qui n'étaient pas encore en vigueur. De par leur nature subsidiaire, les règles établies seraient suffisamment souples pour s'appliquer dans différentes situations.

Chapitre X
Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

A. Introduction

253. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » à son programme de travail et de nommer M^me^ Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet[829].

254. La Commission a reçu et examiné trois rapports de sa soixante-sixième (2014) à sa soixante-huitième session (2016)[830]. À sa soixante-sixième session (2014), elle a examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale[831]. À sa soixante-septième session (2015), elle a examiné le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale[832] et pris note des projets de dispositions introductives et de principes provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, qui ont été par la suite renumérotés et révisés par celui-ci pour des raisons techniques à la soixante-huitième session[833]. À cette session, la Commission a en conséquence provisoirement adopté les projets de principes 1, 2, 5, 9, 10, 11, 12 et 13 assortis des commentaires y relatifs[834]. À sa soixante-huitième session toujours, la Commission a examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale[835] et pris note des projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction[836] sans adopter aucun commentaire à titre provisoire.

B. Examen du sujet à la présente session

255. À la présente session, la Commission n'était saisie d'aucun rapport sur le sujet car la Rapporteuse spéciale ne faisait plus partie de la Commission. À sa 3375^e^ séance, le 14 juillet 2017, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail sur le sujet sous la présidence de M. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

256. Le Groupe de travail s'est réuni deux fois, les 26 et 27 juillet 2017. Il était saisi des projets de commentaire préparés par la Rapporteuse spéciale, même si celle-ci ne faisait plus partie de la Commission, et se rapportant aux projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-huitième session et dont la Commission avait pris note à la même session.

257. Le Groupe de travail s'est attaché à examiner la marche à suivre pour poursuivre l'examen du sujet. Il a exprimé sa profonde gratitude à la précédente Rapporteuse spéciale pour la remarquable contribution qu'elle y avait apporté.

258. Le Groupe de travail a souligné l'importance du sujet à l'examen, relevant en particulier l'intérêt qu'il continuait de susciter de la part des États, ainsi que d'autres organismes comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le Comité international de la Croix-Rouge. À cet égard, le Groupe de travail a pris note de l'important travail qui avait déjà été accompli sur le sujet et souligné qu'il convenait de le mener à terme

---

[829] La décision a été prise à la 3171^e^ séance de la Commission, le 28 mai 2013 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n^o^ 10* (A/68/10), par. 167). Pour le plan d'étude du sujet, voir ibid., *soixante-sixième session, Supplément n^o^ 10* (A/66/10), annexe E.

[830] A/CN.4/674 et Corr.1 (rapport préliminaire), A/CN.4/685 (deuxième rapport) et A/CN.4/700 (troisième rapport).

[831] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n^o^ 10* (A/69/10), par. 186 à 222.

[832] Ibid., *soixante-dixième session, Supplément n^o^ 10* (A/70/10), par. 130 à 170.

[833] A/CN.4/L.870 et A/CN.4/L.870/Rev.1.

[834] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n^o^ 10* (A/71/10), par. 188.

[835] Ibid., par. 139 à 189.

[836] A/CN.4/L.876.

en faisant fond sur les travaux réalisés à ce jour. Il a exhorté la Commission à poursuivre sur sa lancée.

259. Le Groupe de travail a observé que, outre les aspects du sujet touchant aux projets de principes, qu'il fallait simplifier, dont il fallait examiner la terminologie, combler les lacunes et revoir la structure générale, et ceux touchant à l'achèvement des projets de commentaire, d'autres domaines méritaient d'être approfondis. Il a notamment mentionné à cet égard les questions de complémentarité avec d'autres branches pertinentes du droit international, comme le droit international de l'environnement, la protection de l'environnement dans les situations d'occupation, les questions de la responsabilité et de l'obligation de réparer, la responsabilité d'acteurs non étatiques et l'application générale du projet de principes aux conflits armés non internationaux.

260. Dès lors, le Groupe de travail a estimé tout à fait opportun de recommander à la Commission de désigner un nouveau rapporteur spécial pour ce sujet, à la session en cours de préférence, pour l'aider à mener à bien ses travaux.

261. À sa 3385e séance, le 2 août 2017, la Commission a entendu le rapport oral du Président du Groupe de travail.

262. À la suite de consultations au sein du Bureau et entre membres, la Commission a décidé, à sa 3389e séance, le 4 août 2017, de nommer Mme Marja Lehto Rapporteuse spéciale.

Chapitre XI
Autres décisions et conclusions de la Commission

A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

263. À sa 3354e séance, le 9 mai 2017, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » à son programme de travail et de nommer M. Pavel Šturma Rapporteur spécial.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

264. À sa 3350e séance, le 3 mai 2017, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours.

265. Le Groupe de planification a tenu cinq séances. Il était saisi de la section H du Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session, intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission », de la résolution 71/140 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session et de la résolution 71/148 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016 relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

266. À sa 2e séance, le 9 mai 2017, le Groupe de planification a décidé d'établir le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Mahmoud D. Hmoud. Le Président du Groupe de travail a présenté oralement, à la 5e séance du Groupe de planification, le 28 juillet 2017, un rapport sur les travaux menés par le Groupe de travail pendant la session en cours. Le Groupe de planification a pris note de ce rapport oral.

267. À la session en cours, la Commission, sur la recommandation du Groupe de travail, a décidé de recommander d'inscrire les sujets suivants à son programme de travail à long terme : a) les principes généraux de droit ; b) la preuve devant les juridictions internationales. Dans le choix des sujets, la Commission s'est appuyée sur la recommandation qu'elle avait formulée à sa cinquantième session (1998) à propos des critères de sélection des sujets, qui indiquait que : 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 un développement progressif et à une codification ; c) le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins. La Commission est convenue en outre 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 internationale. La Commission a estimé que ces deux sujets constituaient de précieuses contributions au développement progressif du droit international et à sa codification. Les plans d'étude des deux sujets sélectionnés sont reproduits aux annexes A et B du présent rapport.

2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat

268. La Commission a rappelé sa décision de 2011 selon laquelle le Groupe de planification devait collaborer avec les rapporteurs spéciaux afin de définir, au moment où un nouveau sujet est entamé, un programme d'étude étalé sur le nombre d'années nécessaires et examiner périodiquement le degré de réalisation des objectifs annuels inscrits

à ce programme, en actualisant celui-ci au besoin[837]. La Commission a en outre rappelé qu'il était d'usage, au début de chaque quinquennat, d'établir le programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat, en exposant de manière générale les objectifs à atteindre pour chaque sujet en fonction des indications des rapporteurs spéciaux. Il est entendu que le programme de travail de la Commission a un caractère indicatif, la nature et la complexité des travaux rendant toute prévision relativement hasardeuse.

Programme de travail (2018-2021)

a) Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

2018

Sixième rapport : il portera sur les dispositions et garanties procédurales applicables.

Achèvement de l'examen du projet d'articles en première lecture.

2020

Septième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet d'articles adopté en première lecture en 2018.

Achèvement de l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

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

2018

Cinquième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de conclusions adopté en première lecture en 2016.

Achèvement de l'examen du projet de conclusions en deuxième lecture.

c) Application provisoire des traités

2018

Cinquième rapport : y seront proposés des projets de directives supplémentaires et des clauses types.

Achèvement de l'examen du projet de directives en première lecture.

2020

Sixième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de directives adopté en première lecture en 2018.

Achèvement de l'examen du projet de directives en deuxième lecture.

d) Détermination du droit international coutumier

2018

Cinquième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de conclusions adopté en première lecture en 2016.

Achèvement de l'examen du projet de conclusions en deuxième lecture.

[837] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 378.

Examen de l'étude du Secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et propositions d'amélioration. Les recommandations de la Commission à cet égard seront formulées au cours de sa session de 2018 ou, sinon, de 2019.

e) Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

2018

Premier rapport : les questions dont il traitera doivent être déterminées par le nouveau Rapporteur spécial. Achèvement de l'examen des commentaires des projets de principes adoptés par le Comité de rédaction et dont la Commission a pris note en 2016.

2019

Deuxième rapport et achèvement de l'examen du projet de principes en première lecture.

2021

Troisième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de principes adopté en première lecture en 2019.

Achèvement de l'examen du projet de principes en deuxième lecture.

f) Protection de l'atmosphère

2018

Cinquième rapport : il traitera de l'application, de la conformité et du règlement des différends.

Achèvement de l'examen du projet de directives en première lecture.

2020

Sixième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de directives adopté en première lecture.

Achèvement de l'examen du projet de directives en deuxième lecture.

g) Crimes contre l'humanité

2019

Quatrième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements, des organisations internationales et autres entités et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet d'articles adopté en première lecture en 2017.

Achèvement de l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

h) Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

2018

Troisième rapport : il traitera des conséquences des normes impératives.

2019

Quatrième rapport : il traitera de questions diverses.

Achèvement de l'examen du projet de conclusions en première lecture.

2021

Cinquième (et dernier) rapport : il portera, entre autres, sur l'examen des observations reçues des gouvernements et sur les modifications qui pourraient être apportées au projet de conclusions adopté en première lecture.

Achèvement de l'examen du projet de conclusions en deuxième lecture.

i) Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

2018

Deuxième rapport : il traitera de la question du transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur en s'intéressant séparément aux situations dans lesquelles l'État prédécesseur disparaît (à la suite d'une dissolution ou d'une unification) et celles dans lesquelles l'État prédécesseur continue d'exister (en cas de transfert de territoire, de sécession ou de formation d'États nouvellement indépendants).

2019

Troisième rapport : il sera centré sur le transfert des droits et des réclamations de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur.

2020

Quatrième rapport : il traitera des questions de procédure et de divers autres points tels que la pluralité d'États successeurs et la responsabilité partagée, et la question de savoir si les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à l'égard d'une organisation internationale ou d'un particulier lésé.

Achèvement de l'examen du projet d'articles en première lecture (ou au plus tard en 2021).

3. Examen de la résolution 71/148 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

269. Dans sa résolution 71/148 en date du 13 décembre 2016 relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a, entre autres, de nouveau invité la Commission à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission fait chaque année des observations sur son rôle à cet égard. Elle signale que les observations qui figurent aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008[838] demeurent pertinentes et réaffirme la teneur des observations faites à ses précédentes sessions[839].

270. La Commission rappelle que l'état de droit est l'essence même de ses travaux. Le but de la Commission, tel qu'il est énoncé à l'article premier de son Statut, est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.

271. Ayant le principe de l'état de droit en permanence à l'esprit, la Commission sait parfaitement l'importance que revêt l'application du droit international au niveau national, et œuvre à promouvoir le respect de l'état de droit au niveau international.

272. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, la Commission continuera de tenir compte, le cas échéant, de l'état de droit en tant que principe de gouvernance ainsi que des droits de l'homme, qui sont fondamentaux pour l'état de droit, ainsi qu'il ressort du Préambule et de l'Article 13 de

[838] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10).

[839] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 231 ; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 390 à 393 ; ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 392 à 398 ; ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 274 à 279 ; ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 171 à 179 ; ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 273 à 280 ; ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 288 à 295 ; ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 314 à 322.

la Charte des Nations Unies et de la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international[840].

273. Dans ses travaux en cours, la Commission tient compte des « rapports entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies (paix et sécurité, développement et droits de l'homme) »[841], sans privilégier l'un au détriment de l'autre. Dans ce contexte, la Commission tient compte du fait que le Programme de développement durable à l'horizon 2030 reconnaît la nécessité d'un véritable état de droit et d'une bonne gouvernance à tous les niveaux[842]. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif et la codification du droit international, la Commission est consciente des difficultés auxquelles fait face actuellement l'état de droit.

274. Rappelant que l'Assemblée générale a souligné qu'il importait de promouvoir la mise en commun des meilleures pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit[843], la Commission tient à redire qu'une part importante de son travail consiste à recenser et à analyser les pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit dans le but d'évaluer si elles pourraient contribuer au développement progressif et à la codification du droit international. À cet égard, la Commission souligne l'importance des réponses des États à ses demandes d'informations.

275. Ayant présent à l'esprit le rôle des processus d'établissement des traités multilatéraux dans la promotion de l'état de droit[844], la Commission rappelle que les travaux qu'elle a menés sur différents sujets ont fait l'objet de processus d'établissement de traités multilatéraux et débouché sur l'adoption de plusieurs de ces traités[845].

276. La Commission se félicite que l'Assemblée générale ait décidé de choisir « Moyens d'accroître la diffusion du droit international pour renforcer l'état de droit » comme thème du débat de la Sixième Commission en 2017. À ce propos, la Commission rappelle qu'elle a prié le Secrétariat de préparer une étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans laquelle il ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et formulerait des propositions d'amélioration.

277. À la session en cours, la Commission a continué d'apporter sa contribution à l'état de droit, notamment en travaillant sur les sujets « Crimes contre l'humanité » (projets de texte adoptés en première lecture à la session en cours), « Application provisoire des traités », « Protection de l'atmosphère », « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » et « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ». La Commission a entamé l'examen d'un nouveau sujet, « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État ». Les autres sujets actuellement inscrits au programme de travail de la Commission sont : « Détermination du droit international coutumier » et « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (des projets de texte ont été adoptés pour ces deux sujets en première lecture à la précédente session de la Commission).

278. La Commission réaffirme l'importance qu'elle attache à l'état de droit dans l'ensemble de ses activités.

---

840 Résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 30 novembre 2012 sur la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, par. 41.

841 Rapport du Secrétaire général sur l'évaluation de l'efficacité de la contribution du système des Nations Unies à l'instauration de l'état de droit en période et au lendemain de conflits, S/2013/341, 11 juin 2013, par. 70.

842 Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 21 octobre 2015, par. 35.

843 Résolution 71/148 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016, par. 15 et 21.

844 Ibid., par. 8.

845 Voir, plus particulièrement, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 294.

4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international

279. À sa 2e séance, le 9 mai 2017, le groupe de planification a constitué un groupe consultatif[846] chargé de la célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission. Le groupe consultatif, en collaboration avec le Secrétariat, continuera de se réunir entre les sessions pour organiser les cérémonies de cet anniversaire.

280. La Commission recommande que soient organisées :

a) Le 21 mai 2018, pendant la première partie de sa soixante-dixième session, qui doit se tenir à New York, une réunion solennelle d'une demi-journée de la Commission, à laquelle seraient conviés de hauts dignitaires, notamment le Président de l'Assemblée générale, le Secrétaire général des Nations Unies et le Président de la Cour internationale de Justice ;

b) Également le 21 mai 2018, une réunion informelle d'une demi-journée, à laquelle seraient conviés les délégués de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, pour un échange de vues sur les travaux de la Commission, les relations entre la Commission du droit international et la Sixième Commission et le rôle des deux organes dans la promotion du développement progressif et de la codification du droit international ;

c) Les 5 et 6 juillet, pendant la deuxième partie de sa soixante-dixième session, à Genève, une journée et demie de conférence consacrée aux travaux de la Commission à laquelle seraient conviés les conseillers juridiques des États et des organisations internationales, des universitaires et d'autres juristes internationaux de renom. La conférence serait précédée d'une séance d'ouverture de haut niveau, à laquelle seraient conviés de hauts dignitaires.

281. Les cérémonies organisées pour marquer le soixante-dixième anniversaire de la Commission auront pour thème : « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir ».

5. Honoraires

282. La Commission réaffirme ses vues à propos des honoraires, compte tenu de la résolution 56/272 de l'Assemblée générale en date du 27 mars 2002, telles qu'elles ont déjà été exprimées dans ses précédents rapports[847]. Elle souligne que l'adoption de cette résolution a une incidence particulière sur les rapporteurs spéciaux en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche.

6. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission

283. À sa 1ère séance, le 3 mai 2017, le groupe de planification a décidé de constituer un groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission, sous la présidence de M. Hussein A. Hassouna[848]. Le Président du groupe de travail a présenté, à la 5e séance du

---

[846] Le groupe consultatif était composé des membres suivants : le Président de la Commission, le Président du groupe de planification, M. Yacouba Cissé, M. Shinya Murase et M. Pavel Šturma.

[847] 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, 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 ; ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 280 ; ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 181 ; ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 281 ; ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 299 ; ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 333.

[848] Le groupe de travail était composé des membres suivants : M. Hussein A. Hassouna (Président), M. Yacouba Cissé, Mme Concepción Escobar Hernández, Mme Patrícia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Charles Chernor Jalloh, Mme Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D.

groupe de planification, le 28 juillet 2017, un rapport oral sur les travaux réalisés par le groupe de travail pendant la session en cours. Le groupe de planification a pris note du rapport oral.

7. Documentation et publications

284. La Commission souligne qu'elle emploie une méthode qui lui est propre pour développer progressivement et codifier le droit international, en ce qu'elle attache une importance particulière à la pratique des États et aux décisions des juridictions nationales et internationales dans sa manière de traiter les questions de droit international. Elle réaffirme qu'il importe que lui soient communiqués tous les éléments de la pratique des États et d'autres sources de droit international qui pourraient lui être utiles dans l'exercice de sa fonction. Les rapports de ses rapporteurs spéciaux doivent comporter une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, notamment des traités, des décisions judiciaires et de la doctrine, ainsi qu'une analyse approfondie des questions à l'examen. La Commission tient aussi à souligner qu'elle-même et ses rapporteurs spéciaux sont pleinement conscients de la nécessité de réaliser chaque fois que possible des économies dans le volume global de la documentation et continueront de garder ces considérations présentes à l'esprit. Tout en étant consciente de l'intérêt qu'il y a à être aussi concis que possible, la Commission répète qu'elle est fermement convaincue qu'on ne peut limiter a priori la longueur de la documentation et des projets de recherche se rapportant à ses travaux. Il s'ensuit qu'on ne saurait demander aux rapporteurs spéciaux d'écourter leurs rapports après les avoir soumis au Secrétariat, quelles que soient les estimations de la longueur de ces rapports qui ont été faites au préalable par celui-ci. Pareille limitation du nombre de mots des rapports ne saurait s'appliquer aux documents de la Commission, ainsi que l'Assemblée générale ne cesse de le rappeler[849]. La Commission a également souligné qu'il était important que les rapporteurs spéciaux établissent leurs rapports en temps utile et que ces rapports soient transmis au Secrétariat suffisamment à l'avance pour que celui-ci puisse les traiter et les soumettre à la Commission dans toutes les langues officielles dans l'idéal quatre semaines avant le début de la partie de la session qui les concerne. À ce propos, la Commission a demandé une nouvelle fois : a) aux rapporteurs spéciaux de soumettre leurs rapports dans les délais fixés par le Secrétariat ; b) au Secrétariat de continuer de veiller à ce que les documents officiels de la Commission soient publiés en temps voulu dans les six langues officielles de l'ONU.

285. La Commission a de nouveau souligné que les publications juridiques élaborées par le Secrétariat avaient pour ses travaux un intérêt particulier et une valeur considérable[850]. Elle s'est félicitée des efforts faits par le Secrétariat pour recommencer à avoir recours à la publication assistée par ordinateur, technique qui avait permis par le passé de mieux garantir la parution en temps utile de ces publications à l'intention de la Commission, malgré les contraintes dues au manque de ressources. Elle s'est également félicitée de la publication, au début du quinquennat en cours, de la neuvième édition de *La Commission du droit international et son œuvre*, outil d'une importance majeure pour ses travaux, et a instamment demandé que cette dernière édition soit rapidement mise à disposition dans les différentes langues officielles.

Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez et Sir Michael Wood.

849 S'agissant de la question de la limitation du nombre de pages des rapports des rapporteurs spéciaux, voir par exemple, *Annuaire … 1977*, vol. II (2^e^ partie), p. 132, et *Annuaire … 1982*, vol. II (2^e^ partie), p. 129 et 130. Voir également la résolution 32/151 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1977, par. 10, et la résolution 37/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 1982, par. 5, ainsi que les résolutions ultérieures sur les rapports annuels présentés par la Commission à l'Assemblée générale.

850 Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n^o^ 10* (A/62/10), par. 387 à 395. Voir également ibid., *soixante-huitième session, Supplément n^o^ 10* (A/68/10), par. 185.

286. La Commission a rappelé qu'elle était fermement convaincue que la longueur des comptes rendus analytiques des séances de la Commission, lesquels constituent des travaux préparatoires essentiels pour le développement progressif et la codification du droit international, ne saurait être arbitrairement limitée. Elle a une fois de plus noté avec satisfaction que les mesures introduites à sa soixante-cinquième session (en 2013) pour rationaliser le traitement de ces comptes rendus analytiques avaient permis une transmission plus rapide des comptes rendus provisoires en anglais et en français aux membres de la Commission en vue de leur correction ponctuelle et d'une publication rapide. La Commission a appelé le Secrétariat à rétablir la pratique consistant à rédiger les comptes rendus analytiques en anglais et en français, et à poursuivre ses efforts pour continuer d'appliquer les mesures en question, afin de garantir la communication rapide des comptes rendus provisoires aux membres de la Commission. Elle s'est aussi félicitée de ce que ces méthodes de travail avaient permis une utilisation plus rationnelle des ressources, et a appelé le Secrétariat à continuer de s'employer à faciliter l'élaboration des comptes rendus définitifs dans toutes les langues officielles, sans compromettre leur intégrité.

287. La Commission a exprimé sa gratitude à tous les services intervenant dans la production des documents, à Genève comme à New York, pour les efforts réalisés en vue d'assurer un traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés. Elle a souligné que le traitement rapide et efficace des documents était indispensable au bon déroulement de ses travaux.

288. La Commission a réaffirmé son attachement au multilinguisme et rappelé l'importance primordiale qui devait être accordée à l'égalité des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies dans ses travaux, comme l'a souligné l'Assemblée générale dans sa résolution 69/324 en date du 11 septembre 2015.

289. La Commission a exprimé sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève pour l'aide que celle-ci continue d'apporter avec efficacité et compétence aux membres de la Commission.

8. *Annuaire de la Commission du droit international*

290. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire de la Commission du droit international* était d'une importance déterminante pour qui voulait comprendre ce que faisait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international, et pour renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 71/140, 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 et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

291. La Commission recommande à l'Assemblée générale, à l'instar de ce que cette dernière a fait dans sa résolution 71/140, d'exprimer sa satisfaction devant les progrès remarquables accomplis ces dernières années pour résorber l'arriéré de publication de l'Annuaire dans les six langues, de saluer les efforts faits par la Division de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Genève, notamment par sa Section de l'édition, pour donner effectivement suite à ses résolutions appelant à une résorption de l'arriéré, et d'encourager la Division de la gestion des conférences à continuer de fournir à la Section de l'édition tout l'appui nécessaire à la publication de l'*Annuaire*.

9. Aide de la Division de la codification

292. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat pour l'aide inestimable que celle-ci lui apporte tant par ses services fonctionnels qu'en fournissant un appui constant aux rapporteurs spéciaux et en réalisant des travaux de recherche approfondis sur différents aspects de sujets à l'étude, à la demande de la Commission. Elle a en particulier remercié le Secrétariat d'avoir établi un mémorandum sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/707).

10. Sites Web

293. La Commission a exprimé sa profonde gratitude au Secrétariat pour le site Web sur les travaux de la Commission et l'a encouragé à continuer d'actualiser ce site[851]. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification[852] étaient une ressource très précieuse pour la Commission et pour les divers chercheurs s'intéressant à ses travaux, et qu'ils contribuaient de ce fait à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international. Elle a noté avec satisfaction que le site Web sur les travaux de la Commission donnait des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour, et que l'on pouvait y trouver des liens vers les versions préliminaires éditées des comptes rendus analytiques et les enregistrements audio des séances plénières de la Commission.

11. Médiathèque de droit international des Nations Unies

294. La Commission a une fois de plus constaté avec satisfaction la très grande valeur de la Médiathèque de droit international des Nations Unies en tant qu'outil permettant de mieux faire connaître le droit international et les travaux de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, notamment ceux de la Commission.

C. Dates et lieux de la soixante-dixième session de la Commission

295. La Commission a décidé que sa soixante-dixième session se tiendrait à New York du 30 avril au 1er juin et à Genève du 2 juillet au 10 août 2018.

D. Coopération avec d'autres organes

296. À la 3380e séance, le 25 juillet 2017, le juge Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour[853]. Un échange de vues a suivi.

297. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe était représenté à la session en cours de la Commission par sa Présidente, Mme Päivi Kaukoranta, et par la Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public et Secrétaire du Comité, Mme Marta Requena, qui ont toutes deux pris la parole à la 3371e séance, le 6 juillet 2017[854]. Elles ont mis l'accent sur les activités en cours du Comité dans le domaine du droit international public, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

298. La Commission du droit international de l'Union africaine était représentée à la session en cours de la Commission par Mme Juliet Kalema, membre de la Commission de l'Union africaine, et Mme Hajer Gueldich, Rapporteur général, accompagnées de M. Adewale Iyanda, Chef par intérim du Secrétariat et juriste hors classe. Mme Kalema et Mme Gueldich ont pris la parole devant la Commission à la 3376e séance, le 18 juillet 2017[855]. Elles ont donné un aperçu des activités menées par la Commission de l'Union africaine sur les différentes questions juridiques qui l'occupent depuis sa création. Un échange de vues a suivi.

299. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique était représentée à la session en cours de la Commission par son Secrétaire général, M. Kennedy Gastorn, qui a pris la parole devant la Commission à la 3377e séance, le 19 juillet 2017. Il a informé la Commission au sujet de l'Organisation et a donné une vue d'ensemble des délibérations tenues par cette dernière à sa cinquante-sixième session

851 http://legal.un.org//ilc.
852 À consulter à l'adresse suivante : http://legal.un.org/cod/.
853 Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance en question.
854 Ces déclarations sont consignées dans le compte rendu analytique de la séance en question.
855 Idem.

annuelle, qui a eu lieu à Nairobi du 1er au 5 mai 2017 et au cours de laquelle l'Organisation s'est intéressée notamment à trois sujets inscrits au programme de travail de la Commission, à savoir la « Protection de l'atmosphère », le « *Jus cogens* » et l'« Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Un échange de vues a suivi.

300. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la session en cours de la Commission par son Président, M. Hernán Salinas, qui a pris la parole devant la Commission à la 3379e séance, le 21 juillet 2017[856]. Celui-ci a donné un aperçu des activités menées par le Comité sur diverses questions juridiques l'ayant intéressé en 2016 et 2017 en particulier. Un échange de vues a suivi.

301. Le 11 juillet 2017, les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont eu un échange de vues informel sur des sujets d'intérêt commun. À la suite de déclarations faites par Mme Christine Beerli, Vice-Présidente du CICR, M. Knut Dörmann, Conseiller juridique en chef et Chef de la Division juridique du CICR, et M. Eduardo Valencia-Ospina, Vice-Président de la Commission, des exposés ont été présentés respectivement par M. Sean D. Murphy et Mme Concepción Escobar Hernández sur les sujets « Crimes contre l'humanité » et « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Des exposés ont ensuite été présentés : sur le sujet « Considérations juridiques des États qui soutiennent des parties à un conflit armé » par M. David Turk, Conseiller juridique au sein de l'Unité opérationnelle du CICR ; sur le sujet « Les commentaires du CICR sur les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels : point sur le projet et en particulier sur le droit pénal international, la compétence universelle et les immunités » par Mme Eve La Haye, Conseillère juridique au sein de l'Unité de mise à jour des Commentaires de la Division juridique du CICR. Ces exposés ont été suivis d'un débat. Des observations finales ont été formulées par Mme Helen Durham, Directrice du droit international et des politiques humanitaires du CICR.

E. Représentation à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale

302. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-douzième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Georg Nolte.

F. Séminaire de droit international

303. Conformément à la résolution 71/140 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016, la cinquante-troisième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 3 au 21 juillet 2017, pendant la session en cours de la Commission. Le Séminaire s'adresse à de jeunes juristes se spécialisant en droit international, ainsi qu'à de jeunes enseignants ou représentants de l'État qui mènent une carrière universitaire ou diplomatique dans la fonction publique de leur pays.

304. Vingt-trois personnes de nationalités différentes et de tous les groupes régionaux ont participé à la session[857]. Les participants ont assisté aux séances plénières de la Commission

[856] Idem.

[857] Ont participé au séminaire : Mme Nour Al Saud (Arabie saoudite), Mme Onesis Bolaño Prada (Cuba), Mme Xinling Mary-Elisabeth Chong (Singapour), Mme Paula Cortés (Chili), Mme Duangpon Darongsuwan (Thaïlande), Mme Alero Itohan Fenemigho (Nigéria), Mme Coumba Gaye (Sénégal), M. Artur Gulasarian (Fédération de Russie), M. Yuki Hirotani (Japon), Mme Nany Hur (République de Corée), M. Moise Jean (Haïti), M. Samuel Matsiko (Ouganda), M. Georgi Minkov (Bulgarie), M. Antonio Morelli (Italie), Mme Carine Pilo Selangaï (Cameroun), Mme Valeria Reyes Menéndez (Pérou), M. Ahmed Medhat Riad (Égypte), Mme Verity Robson (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), M. Moritz Rudolf (Allemagne), Mme Dildora Umarkhanova (Ouzbékistan), M. José Villarroel Alarcón (État plurinational de Bolivie), M. Blaise Pascal Zirimwabagabo Migabo (République démocratique du Congo) et Mme Enyovi Adjo Zohou (Togo). Le Comité de sélection, présidé par M. Makane Moïse Mbengue, professeur de droit international à l'Université de Genève, s'est réuni le 24 avril 2017 et a retenu 23 candidats sur 129.

et à des exposés qui leur étaient spécialement destinés, et ont participé à des groupes de travail sur certains sujets.

305. M. Georg Nolte, Président de la Commission, a ouvert le Séminaire. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal à l'Office des Nations Unies à Genève, était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire et a fait fonction de directeur du Séminaire de droit international. 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 fonction de coordinateur, secondé par M. Alessandro Mario Amoroso et M^me^ Yusra Suedi, assistants juridiques.

306. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes : M. Eduardo Valencia-Ospina, « La Commission du droit international vue de l'intérieur » ; M. Claudio Grossman Guiloff, « La liberté d'expression en Occident » ; M. Yacouba Cissé, « Délimitation des frontières maritimes » ; M. Charles Chernor Jalloh, « Le principe de la compétence universelle » ; M^me^ Patricia Galvão Teles, « La Commission du droit international vue de l'extérieur » ; Sir Michael Wood, « Détermination du droit international coutumier » ; M. Shinya Murase, « Protection de l'atmosphère » ; M^me^ Concepción Escobar Hernández, « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » ; M. Sean D. Murphy, « Crimes contre l'humanité » ; M. Dire D. Tladi, « *Jus cogens* » ; M. Pavel Šturma, « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » ; M. Juan Manuel Gómez Robledo, « Application provisoire des traités ».

307. M^me^ Jelena Pejic, Conseillère juridique principale au sein de la Division juridique du CICR, a donné une conférence sur le thème « Défis actuels du droit international humanitaire ».

308. Les participants ont également assisté à un atelier organisé par l'Université de Genève sur le thème « Spécialistes du droit international ». Les orateurs dont le nom suit ont présenté des exposés : M^me^ Laurence Boisson de Chazournes, professeur à l'Université de Genève ; M. Makane M. Mbengue, professeur de droit international à l'Université de Genève ; M. Guillaume Gros, chercheur à l'Université de Genève ; M^me^ Rukmini Das, chercheuse à l'Université de Genève ; M^me^ Mara Tignino, chargée de cours à l'Université de Genève ; M^me^ Danae Azaria, maître de conférences au University College London ; M. Sean D. Murphy, professeur à l'Université George Washington et membre de la Commission.

309. Les participants se sont rendus à l'Organisation internationale du Travail (OIT), où ils ont effectué une visite guidée par M. Remo Becci, Directeur des Archives de l'OIT, et ont assisté à deux exposés présentés par M. Dražen Petrović, greffier du tribunal administratif de l'OIT, et M. Georges Politakis, Conseiller juridique de l'OIT. Ils se sont également rendus à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), où ils ont effectué une visite guidée par M. Gerard Penalosa, et ont assisté à un exposé présenté par M. Graham Cook de la Division des affaires juridiques de l'OMC sur le thème « La procédure de règlement des différends de l'OMC et la jurisprudence de l'OMC sur l'interprétation des traités ». Ils ont en outre eu un échange informel avec trois membres de l'organe d'appel de l'OMC : M. Peter Van Den Bossche, M. Thomas Graham et M. Shree Servansing. Enfin, ils se sont rendus au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) où ils ont assisté à un exposé présenté par M. Semih Bulbul, fonctionnaire principal chargé de l'analyse des programmes au HCR, sur le thème « Mandat et activités du HCR ».

310. Deux groupes de travail ont été constitués, l'un sur l'identification de nouveaux sujets pour la Commission et l'autre sur le thème « Mise au point sur la portée et l'application du principe de la compétence universelle », et les participants ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Deux membres de la Commission, M^me^ Patricia Galvão Teles et M. Charles Chernor Jalloh, ont supervisé les groupes de travail et leur ont donné des orientations. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions au cours de la dernière séance de travail du Séminaire. Les rapports ont été regroupés et distribués à tous les participants, ainsi qu'aux membres de la Commission.

311. La République et canton de Genève a offert aux participants son hospitalité traditionnelle à l'hôtel de ville de Genève, où ceux-ci, guidés par M. Jean-Luc Chopard, Chef du Protocole, ont visité les locaux des autorités cantonales et la salle de l'Alabama.

312. Le Président de la Commission, le Directeur du Séminaire de droit international et M^me^ Paula Cortés, au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission à la cérémonie de clôture. Chaque participant a reçu un diplôme.

313. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que depuis 2015 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 et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Le Circolo di diritto internazionale, association privée sise à Rome qui se consacre à la promotion du droit international, a également versé une contribution au Séminaire. Bien que la crise financière de ces dernières années ait eu de sérieuses répercussions sur les finances du Séminaire, le Fonds était tout de même en mesure d'accorder un nombre suffisant de bourses d'étude à des candidats méritants, originaires en particulier de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique équitable des participants. En 2017, 12 bourses ont été accordées.

314. Depuis la création du Séminaire en 1965, 1 208 personnes, représentant 173 nationalités, ont pris part au Séminaire. Sept cent trente-six ont reçu une bourse d'étude.

315. 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 2018 la plus large participation possible.

Annexes

A. Principes généraux du droit

Marcelo Vázquez-Bermúdez

1. Introduction

1. En droit international, la question des sources est fondamentale. La Commission du droit international y a consacré des travaux éminemment importants, en particulier dans le contexte du droit des traités[858], dans lequel sa contribution a conduit à l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) et d'autres instruments[859]. Plus récemment, elle a élaboré le Guide de la pratique sur les réserves aux traités (A/66/10) et le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (A/66/10), et elle examine aujourd'hui les sujets intitulés « Les Accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et « Application provisoire des traités ».

2. Ces dernières années, la Commission s'est également intéressée au droit international coutumier, autre source principale du droit international. En 2016, elle a adopté en première lecture un ensemble de conclusions assorties de commentaires sur la détermination du droit international coutumier. Elle devrait achever ses travaux sur ce sujet en deuxième lecture, en 2018[860].

3. La Commission s'est référée aux principes généraux du droit dans le contexte de l'examen d'autres sujets[861]. Par exemple, dans le cadre du sujet « *jus cogens* », actuellement inscrit à son ordre du jour, elle s'est penchée sur la question de savoir si ces principes peuvent être considérés comme une source des normes impératives du droit international général[862].

4. Il est proposé que, dans le droit fil des travaux qu'elle a menés et continue de mener sur les traités et sur le droit international coutumier, la Commission inscrive à son programme de travail un sujet consacré à la troisième des trois principales sources du droit international visées au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) et intitulé « Principes généraux du droit ». La Commission peut apporter des

---

[858] Sujets en lien avec les traités qui ont été examinés par la Commission du droit international : *Droit des traités* (1949-1966) ; *Réserves aux conventions multilatérales* (1951) ; *Plus large participation aux traités multilatéraux généraux conclus sous les auspices de la Société des Nations* (1963) ; *Succession d'États en matière de traités* (1968-1974) ; *Traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales* (1970-1982) ; *Réserves aux traités* (1993-2011) *; Effets des conflits armés sur les traités* (2004-2011) ; *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, antérieurement *Les traités dans le temps* (2018 à ce jour) ; *Application provisoire des traités* (2012 à ce jour). Informations disponibles à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/.

[859] Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969 ; Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, 23 août 1978 ; Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

[860] *Détermination du droit international coutumier*, anciennement *Formation et identification du droit international coutumier* (2013 à ce jour). La Commission avait précédemment examiné le sujet *Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier* (1949-1950). Informations disponibles à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/.

[861] Par exemple, Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire de la Commission* (2006) ; Responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission* (2001) ; Responsabilité des organisations internationales, *Annuaire de la Commission* (2011) ; Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission* (1996) vol. II (2) ; Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, *Annuaire de la Commission* (1950).

[862] Deuxième rapport sur le *jus cogens* établi par Dire Tladi, Rapporteur spécial, 16 mars 2017, A/CN.4/706, par. 48 à 52.

éclaircissements faisant autorité sur la nature, la portée et les fonctions de ces principes, ainsi que sur la manière dont ils doivent être déterminés. Le résultat final pourrait se présenter sous la forme d'un ensemble de conclusions assorties de commentaires. Plusieurs exemples de principes généraux du droit seraient cités dans les commentaires, mais l'examen du sujet n'aurait pas pour objectif de répertorier tous les principes existants.

2. Historique de la notion

5. Dès la fin du XIX[e] siècle et le début du XX[e] siècle, des notions telles que celles de « principes généraux », « principes de justice naturelle », de « principes généraux du droit des gens » et« principes généralement reconnus » étaient invoquées dans le cadre d'arbitrages internationaux lorsque les dispositions du traité applicable ne permettaient pas de trancher clairement telle ou telle question de procédure ou de fond[863]. On retrouvait également dans certaines conventions les notions de « principes du droit des gens », « principes du droit international » et « principes généraux de la justice et de l'équité »[864], dont le contenu et la nature étaient toutefois sujets à controverse.

6. En 1920, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ont été reconnus dans le Statut de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) comme l'une des trois principales sources du droit international applicables par la Cour. Le sens et la teneur de cette notion ont fait partie des questions les plus débattues par le Comité consultatif de juristes, qui avait été chargé d'établir le Statut de la CPJI[865]. Tandis qu'Elihu Root défendait l'approche positiviste selon laquelle les juges ne pouvaient statuer que sur la base de « règles reconnues » et qu'à défaut de telles règles, ils devaient prononcer un

[863] Affaire *Arakas* (affaire du *Georgios*) (1927), Tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix, p. 43 à 45 (concernant le principe du contradictoire) ; affaires *Turnbull, Manoa Co. Ltd*., *Orinoco Co. Ltd.* (1903), Commission mixte chargée de régler les différends entre les États-Unis et le Venezuela, Ralston et Doyle, arbitrages vénézuéliens de 1903, etc., p. 200, à la page 244 (1904) (concernant le principe *nemo judex in sua propria causa*) ; affaire *Rio Grande* (1923), Nielsen, litiges États-Unis et Grande-Bretagne réglés par arbitrage en application de l'accord spécial conclu entre les États-Unis et la Grande-Bretagne, 18 août 1910, p. 332, à la page 342 (1926) (sur le principe de compétence-compétence) ; affaire *Valentiner* (1903), Commission mixte chargée de régler les différends entre l'Allemagne et le Venezuela, Ralston et Doyle, arbitrages vénézuéliens de 1903, etc., p. 562, à la page 564 (1904) (sur la présomption de validité des actes).

[864] La Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1899 dispose, en son article 48, que « [l]e Tribunal est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres traités qui peuvent être invoqués dans la matière, et en appliquant *les principes du droit international* » [non souligné dans l'original] ; le libellé de l'article 73 de la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1907 est semblable à celui de l'article 48 de la Convention de La Haye de 1899 ; la « Clause de Martens », introduite dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye II) du 29 juillet 1899, puis dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye IV) du 18 octobre 1907, prévoit ce qui suit : « [e]n attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire *des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* » [non souligné dans l'original] ; la Convention de 1907 portant création de la Cour centraméricaine de justice ([1908] 2 American Journal of International Law, Supp. n° 219) dispose en son article 7 (par. 1 et 2)que pour statuer sur les points de fait, la Cour centraméricaine de justice est guidée par son libre arbitre, et pour ce qui est des points de droit, par les principes du droit international ; la Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises ([1908] 2 American Journal of International Law, Supp. n° 174), en son article 7, dispose ce qui suit : « […] À défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les *principes généraux de la justice et de l'équité* » [non souligné dans l'original].

[865] V. D. Degan, *Sources of International Law* (1997 Martinus Nijhoff), p. 41 à 53 ; Alain Pellet, « Article 38 », dans Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat et Karin Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2002 OUP), p. 677 à 792.

non-liquet, d'autres, qui y étaient opposés, préféraient que soient mentionnés « les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés », les « principes de l'équité », les « principes généraux du droit et de la justice », ou encore les « principes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les principes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées »[866]. La formule finalement retenue pour l'article 38 du Statut, à savoir « [l]a Cour applique […] 3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », a été considérée comme un compromis entre positivistes et naturalistes[867].

7. La doctrine reste toutefois divisée quant à la nature et l'origine de la notion de « principes généraux du droit ». Pour certains, reconnaître l'existence de tels principes est un rejet de la doctrine positiviste, qui veut que le droit international se compose uniquement de règles convenues par les États[868], tandis que pour d'autres, qui contestent la thèse de la « justice objective », les principes généraux du droit ne peuvent être reconnus que par un tribunal interne et ont pour seule fonction de « combler les lacunes » des traités et du droit international coutumier[869]. D'aucuns estiment enfin que les principes généraux du droit peuvent être dégagés de diverses sources, qui ne relèvent pas toutes du droit interne[870]. La nature des principes généraux du droit a également suscité la controverse lorsqu'a été examinée la question de savoir si les principes généraux du droit pouvaient être la source de normes de *jus cogens*[871].

---

866 Cour permanente de justice internationale. Voir Comité consultatif de juristes. Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, La Haye 1920, p. 306 et 333 ; Société des Nations, Actes de la première assemblée, Séances des commissions, I, Genève 1920, p. 385.

867 Ibid. ; voir aussi Jean Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht* (Verlag des Inst. f. Intern. Recht an der Univ. Kiel 1928), p. 66 ; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (CUP 1953), p. 24 à 26 ; V. D. Degan, p. 41 à 53.

868 J. L. Brierly, *The Law of Nations* (Clarendon, 1955), p. 63 ; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (Martinus Nijhoff, 1965) vol. II, p. 63.

869 Max Sørensen, *Les sources du droit international* (E. Munksgaard, 1946), p. 113 ; W. Friedman, *The Changing Structure of International Law* (Stevens, 1964), p. 196 ; Geza Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (International Publication Service 1969), p. 97 à 100 ; Association de droit international, Groupe d'étude sur l'usage des principes du droit interne aux fins du développement du droit international, séance de travail 2016 (10 août), disponible à l'adresse suivante : http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups.

870 Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice: General Course on Public International Law* (Martinus Nijhoff, 1982), p. 75 à 82 (Selon l'auteur, les principes généraux de droit pourraient être classés en cinq catégories : 1) les principes consacrés dans le droit interne des États du monde, par exemple le principe de l'autorité de la chose jugée ; 2) les principes découlant de la nature particulière de la communauté internationale, par exemple le principe de non-intervention et le principe de l'égalité souveraine ; 3) les principes inhérents à l'idée du droit, par exemple les principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior derogat priori* ; 4) les principes appliqués dans toutes sortes de sociétés pour régir les rapports hiérarchiques et les relations de coordination ; 5) les principes de justice fondés sur la nature même de l'homme en tant qu'être rationnel et social) ; Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, vol. I (Sources) (Pedone, 1944), p. 891 (L'auteur soutient que les principes généraux du droit ne se limitent pas aux principes généraux du droit interne, et englobent également les principes généraux du droit international) ; dans le même ordre d'idée, voir Rüdiger Wolfrum, « General International Law (Principles, Rules, and Standards) » Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013 OUP) ; Brian D. Lepard, « The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law », dans B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (2010 CUP), p. 162 (D'après l'auteur, les principes généraux du droit englobent les principes généraux du droit interne, les principes généraux de la loi morale et les principes généraux du droit international).

871 Au cours de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, la Trinité-et-Tobago a estimé que le *jus cogens* était essentiellement une règle de droit international coutumier, « ne trouv[ant] guère de vraisemblance [aux principes généraux de droit en tant que] source de règles de *jus cogens* et cro[yant] en outre qu'il serait dangereux d'établir des analogies avec le droit interne dans un domaine aussi important », voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, 56e séance, par. 63 et 64 ; l'Iran a toutefois avancé, à la 26e séance de la Sixième Commission, en 2016, que les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice étaient « le meilleur fondement

8. Au cours des débats sur le Statut de la Cour internationale de Justice, il a été proposé que l'expression « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » soit suivie de la formule « et spécialement les principes de droit international »[872]. À l'issue d'un échange de vues, cette proposition a été modifiée et le chapeau du paragraphe 1 a finalement été libellé comme suit : « La Cour, dont la mission est de régler *conformément au droit international* les différends qui lui sont soumis, applique : […] » [non souligné dans l'original][873]. D'aucuns ont fait observer que cette modification n'avait pas d'incidence majeure, l'application du droit international étant implicite dans la formulation initiale[874]. D'autres, comme Tunkin, ont toutefois avancé qu'elle changeait le sens que le Comité de juristes réuni en 1920 avait voulu donner au paragraphe 1 c) de l'article 38 en ce qu'elle assimilait clairement les principes généraux du droit à des principes de droit international[875], alors qu'ils étaient selon lui les principes communs aux systèmes juridiques nationaux et au droit international, autrement dit, des postulats juridiques reconnus en droit national et en droit international[876].

9. En droit pénal international, les notions pertinentes ont été définies avec plus de précision. Aux termes de l'article 21 du Statut de Rome, la Cour pénale internationale applique les sources de droit suivantes : « a) En premier lieu, le présent Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ; b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les *principes et règles du droit international*, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ; c) À défaut, *les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde* » [non souligné dans l'original][877]. Selon Pellet, aux fins du Statut de Rome, les « principes et règles du droit international » sont ceux du droit international coutumier uniquement, tandis que les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales » correspondent aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice[878]. Les sources de droit applicables par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) sont présentées dans le même ordre, mais dans certains cas, le Tribunal a apparemment considéré le « droit international coutumier »,

normatif pour établir les règles du *jus cogens* », voir soixante et onzième session de l'Assemblée générale, A/C.6/71/SR.26, par. 120 ; la branche américaine de l'Association de droit international a également estimé que la formation du droit coutumier n'aboutissait pas nécessairement à l'émergence de normes impératives d'abstention, et que le processus normatif dont découlent les principes généraux du droit répondait mieux, aux exigences de la formation du *jus cogens*, voir commission sur la formation du droit international coutumier, branche américaine de l'Association de droit international : « The Role of State Practice in the Formation of Customary and *Jus Cogens* Norms of International Law » (19 janvier 1989), p. 20 ; voir aussi Bruno Simma et Philip Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles » (1989), Australian Yearbook of International Law, vol. 12, p. 104 ; dans son rapport sur le droit des traités, Lauterpacht a avancé que la nullité d'un traité pourrait résulter de son incompatibilité avec les principes fondamentaux du droit international pouvant être considérés comme constituant des principes d'ordre international public. Selon lui, ces principes n'ont pas nécessairement besoin de s'être cristallisés en une règle de droit clairement acceptée telle que l'interdiction de la piraterie ou de la guerre d'agression, et peuvent être l'expression de règles de moralité internationale incontestables au point qu'un tribunal international considérerait qu'elles font partie des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, voir le rapport sur le droit des traités établi par Sir Hersch Lauterpacht, Rapporteur spécial, A/CN.4/63, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1953, p. 155.

872 Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, documents, tome XIV, p. 167.

873 Ibid., p. 164.

874 V. D. Degan, p. 52 ; G. Gaja, « General Principles of Law » (2013), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, p. 2.

875 G. I. Tunkin, « "General Principles of Law'' in International Law », dans M. René et autres, *internationale Festschrift für Alfred Verdross: zum 80. Geburtstag* (Fink München 1971), p. 525 ; voir aussi Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014), p. 870.

876 Ibid., Tunkin, p. 526.

877 Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), art. 21.

878 Alain Pellet, « Applicable Law », dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP, 2002) vol. II, p. 1071 à 1076.

les « principes généraux de droit international », les « principes généraux de droit pénal communs aux principaux systèmes juridiques existants » et les « principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale » comme des sources indépendantes[879].

10. Dans d'autres branches du droit international aussi, la notion de principes généraux du droit est vague et n'a pas toujours la même signification. Par exemple, s'agissant des dispositions applicables dans les affaires *LIAMCO v. Libya* et *Texaco v. Libya*, le tribunal arbitral a décidé que la concession serait régie par, et interprétée selon les principes du droit libyen également reconnus comme des principes du droit international, ou, à défaut, régie par, et interprétée selon les principes généraux de droit appliqués par les tribunaux internationaux[880]. On constate de surcroît que le Tribunal des différends irano-américains s'est souvent référé aux principes généraux du droit international, laissant planer le doute quant à la question de savoir s'il se référait au droit international coutumier ou aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »[881].

11. En conclusion, la controverse dont la notion de principes généraux du droit continue de faire l'objet dans la doctrine montre qu'il n'existe pas de consensus au sujet de ce que cette notion recouvre et de son lien avec des notions connexes telles que celles de « principes généraux du droit international » et de « principes fondamentaux ». Reste encore à déterminer, notamment, si les principes généraux du droit se limitent aux principes reconnus par les tribunaux internes ou s'ils peuvent également être dégagés d'une source internationale, voire d'un discours éthique. Ces questions sont reflétées dans la jurisprudence des juridictions internationales.

3. Application des principes généraux du droit

12. Nonobstant les incertitudes de la doctrine, en général, les juridictions internationales reconnaissent les principes généraux du droit comme une source indépendante du droit international et les appliquent. Si la CPJI et la CIJ se ont pris soin d'appliquer uniquement ceux qui étaient expressément reconnus[882], ces principes ont été plus largement invoqués dans les branches du droit international qui concernent des acteurs non étatiques, notamment le droit pénal international et le droit international de l'investissement[883].

---

879 *Le Procureur c. Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, Jugement, 10 décembre 1998, par. 177 ; *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, affaire nº IT-95-16-T, Chambre de première instance II, Jugement, 14 janvier 2000, par. 591 (Dans cette affaire, la Chambre de première instance a estimé que lorsque le Statut ne permettait pas résoudre question, le Tribunal devait se référer « i) aux règles de droit international coutumier ou ii) aux principes généraux de droit international pénal ; ou, en leur absence, iii) aux principes généraux de droit pénal communs aux principaux systèmes juridiques existants ; ou, en leur absence, iv) aux principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale ».).

880 *Libyan American Oil Company v. Government of Libyan Arab Republic* 20 I.L.M. (1981) 33 ; *Texaco Overseas Petroleum Company v. Government of Libyan Arab Republic* (19 janvier 1977), 17 I.L.M. 3 (1978) 14.

881 Grant Hanessian, « "Principles of Law" in the Iran-US Claims Tribunal » (1989), Columbia Journal of Transnational Law, p. 323, à propos de *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº 145-35-3 (31 juillet 1984), Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 7, p. 181 et 191 ; *Iranian Customs Admin. v. United States*, sentence nº 105-B-16-1 (18 janvier 1984), Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 5, p. 94, 95 et 99 ; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, ordonnance du 20 décembre 1982, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 1, p. 455, 457 et 458 ; *ARCO Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº 311-74/76/81/150-3 (14 juillet 1987), Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 16, p. 27 et 28 (Le Tribunal a appliqué les principes généraux du droit commercial et international pour régler des questions contractuelles).

882 Giorgio Gaja, p. 6.

883 N. Wühler, « Application of General Principles » (1996), Documents du Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial, série nº 7 (ICCA Congress Series nº 7), p. 553.

13. La CPJI s'est référée, expressément ou tacitement, aux principes généraux suivants : *ejus est interpretari legem cujus condere*[884], *nemo judex in re sua*[885], *restitutio in integrum*[886], principe de l'*estoppel*[887] et principe de compétence-compétence[888]. La CIJ s'est notamment référée aux principes généraux que sont le principe de l'autorité de la chose jugée[889], le principe de l'égalité des parties[890] et le principe *pacta sunt servanda*[891]. Tous ces principes sont des principes généraux du droit reconnus dans la quasi-totalité des systèmes juridiques existants.

14. En outre, on constate que ces juridictions n'ont pas estimé que les principes généraux du droit étaient exclusivement dégagés du droit interne. La CPJI a notamment invoqué un « principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions[892] », « un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales[893] », ou encore « un principe du droit international, voire une conception générale du droit[894] ». La CIJ a estimé que les « principes qui [étaient] à la base de la Convention [pour la prévention et la répression du crime de génocide] » étaient des « principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États[895] ». Dans l'affaire du *Nicaragua*, elle a invoqué les « principes généraux de base du droit humanitaire[896] ». Dans l'affaire du *Timor oriental*, elle a estimé que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était « un des principes essentiels du droit international contemporain[897] ». On ne sait pas au juste si les principes invoqués dans ces affaires sont des principes généraux au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38[898]. D'autres points de vue ont en outre été exprimés au sujet des principes généraux du droit dans des opinions dissidentes et individuelles de juges de la CIJ[899].

---

884 *Affaire de Jaworzina*, avis consultatif, CPJI, Série B, nº 8, p. 37.

885 *Interprétation de l'article 3, par. 2, du Traité de Lausanne*, avis consultatif, CPJI, Série B, nº 12, p. 32.

886 *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, CPJI, Série A, nº 9, 30.

887 Ibid., p. 31 ; *Affaire relative au statut juridique du Groënland oriental*, CPJI, Série A/B, nº 53, p. 69.

888 *Interprétation de l'accord gréco-turc*, avis consultatif, CPJI, Série B, nº 16, p. 20.

889 *Affaire concernant le tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 53.

890 *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 85 ; *Demande de réformation du jugement nº 158 du tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 181 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, par. 114.

891 *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 268.

892 *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, CPJI, Série A/B, nº 79, 199 (concernant le principe selon lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure risquant de compromettre l'exécution de la décision à intervenir et ne doivent pas prendre de mesures susceptibles d'aggraver le différend).

893 *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (compétence), CPJI, Série A, nº 9, p. 31 (concernant l'obligation de réparation).

894 *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (fond), CPJI, Série A, nº 17, 29.

895 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

896 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 113 à 115, 129 et 130, par. 218, 220 et 255.

897 *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 201, par. 29.

898 Pour certains, il ne s'agissait pas de principes généraux de droit, tandis que pour d'autres, ces principes relevaient du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Voir, par exemple, Brian D. Lepard, « The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law », dans B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (2010 CUP), p. 162 ; B. Simma et P. Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles of Law » (1989), Australian Yearbook of International Law, vol. 12, p. 82 ; *Affaire du Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1966*, opinion dissidente du Juge Tanaka ; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989 OUP), 97 et 134.

899 Par exemple, le juge Tanaka s'est exprimé comme suit dans son opinion dissidente concernant l'affaire du *Sud-ouest africain* : « [I]l est indéniable que certains éléments relevant du droit naturel sont inhérents à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Cette disposition élargit le concept de source

15. Les juridictions pénales internationales ont plus largement recouru aux principes généraux du droit, estimant qu'ils pouvaient permettre de résoudre des questions fondamentales[900]. Ces principes ont été souvent invoqués pour trancher tant des questions de fond que des questions de procédure. Sur le plan du fond, ont été invoqués le principe selon lequel la contrainte constitue une circonstance atténuante aux fins de la détermination de la peine[901], le principe de proportionnalité dans la détermination de la peine[902], le principe *nulla poena sine lege*[903] et le principe en vertu duquel l'établissement de la responsabilité pénale exige un examen des éléments objectifs et subjectifs de l'infraction[904]. Sur le plan de la procédure, on s'est référé aux principes relatifs à la charge de la preuve[905], au principe selon lequel l'accusé ne doit pas être jugé en son absence[906] et au principe *non bis in idem*[907].

16. On a constaté que les principes généraux du droit jouaient un grand rôle en droit international de l'investissement[908]. Parmi ceux invoqués par les tribunaux internationaux compétents dans ce domaine, on peut citer : le principe en vertu duquel l'indemnisation comprend le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*[909], le principe de bonne foi[910], le

---

du droit international et va au-delà des limites du positivisme juridique d'après lequel, les États n'étant liés que de leur propre gré, le droit international ne peut être que le produit du consentement des États et des restrictions qu'ils s'imposent à eux-mêmes. Il est très net que l'article 38, paragraphe 1 c), s'inspire d'une manière de voir différente », voir affaire du *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1966*, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 ; dans le même ordre d'idées, le juge Cançado Trindade a soutenu dans son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier* que les « principes généraux de droit, à la lumière du droit naturel (historiquement antérieur au droit positif), touch[aient] aux origines et aux fondements du droit international, éclair[aient] l'interprétation et l'application de ses règles et rév[élaient] sa dimension universelle ». Et, en affirmant qu'il n'y avait « aucune raison de ne pas avoir recours aux principes généraux de droit tels qu'ils [étaient] reconnus en droit interne comme international », il avançait que les principes de prévention et de précaution, consacrés dans des instruments internationaux tels que la Déclaration de Stockholm et la Déclaration de Rio, étaient des principes généraux du droit. Voir *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, C.I.J. Recueil 2010*, opinion individuelle du juge Cançado Trindade.

900 F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008), p. 77 à 164.

901 *Le Procureur c. Erdemović*, Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le Juge Vohrah, affaire nº IT-96-22-A, Chambre d'appel, 7 octobre 1997, par. 40 et 55 à 72.

902 *Le Procureur c. Blaškić*, affaire nº IT-95-14-T, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, par. 796.

903 *Le Procureur c. Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance II, Jugement, 16 novembre 1998, par. 402.

904 Ibid., par. 425.

905 Ibid., par. 599 à 604.

906 *Prosecutor v. Sesay et al., Ruling on the Issue of the Refusal of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7July 2004 and Succeeding Days*, affaire nº SCSL-04-15-T, Chambre de première instance, 12 juillet 2004, par. 10.

907 *Le Procureur c. Tadić, Decision on the Defence Motion on the Principle of* Non Bis in Idem, affaire nº IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 14 novembre 1995, par. 2 à 4.

908 C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP 2004), p. 94 ; voir aussi Tarcisio Gazzini, « General Principles of Law in the Field of Foreign Investment » (2009), Journal of World Investment and Trade, vol. 10, p. 103 ; A. McNair, « General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) 33 BYIL 15 (où il est dit que les principes généraux du droit s'avèrent utiles aux fins de l'application et de l'interprétation des contrats étatiques qui, s'ils ne sont pas interétatiques et ne sont donc pas régis par le droit international public *stricto sensu*, peuvent être plus efficacement régis par les principes généraux de droit que par les règles particulières d'un système national, quel qu'il soit).

909 *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire nº ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984, 89 ILR (1992) 405, p. 504.

910 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, CIRDI, ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, par. 153 ; *Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States* (jonction Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)/Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)), décision préjudicielle, 6 juin 2006, par. 182 ; *Sempra Energy International v. Argentina*, CIRDI, ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 297.

principe de l'autorité de la chose jugée[911], le principe de compétence-compétence[912], le principe selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur[913], le principe de l'enrichissement sans cause[914] et le principe en vertu duquel les parties ne peuvent pas tirer un avantage juridique de leur propre faute[915]. Les principes généraux du droit peuvent donc jouer un rôle déterminant dans l'arbitrage en matière d'investissement. On notera par exemple que la sentence prononcée en l'affaire *Klöckner c. Cameroun* a été annulée par le comité ad hoc au motif que le tribunal n'avait pas réuni suffisamment d'éléments pour démontrer l'existence d'un principe général[916]. Lorsqu'ils ont eu à interpréter la notion de « traitement juste et équitable », les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement se sont appuyés sur divers principes, à savoir les principes de bonne foi[917], de respect de la légalité[918], de proportionnalité[919], et d'autres[920].

17. D'aucuns ont fait observer que le Tribunal des différends irano-américains avait invoqué les principes généraux du droit pour éviter de choisir entre le droit iranien, le droit des États-Unis ou le droit d'un pays tiers[921], ainsi que dans les cas où les dispositions du

[911] *Waste Management v. Mexico (II)*, CIRDI, ARB(AF)/00/3, compétence, 26 juin 2002, par. 39 et 43, le Tribunal a estimé que le principe de l'autorité de la chose jugée était sans nul doute un *principe du droit international*, et même un principe général de droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ce dont les deux parties étaient d'ailleurs convenues.

[912] *Sociedad Anonima Eduardo Vieira v. Chile*, CIRDI, ARB/04/7, sentence, 21 août 2007, par. 203.

[913] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, CIRDI, ARB/02/13, sentence, 31 janvier 2006, par. 70, le Tribunal a estimé que le fait qu'il incombe au demandeur d'apporter la preuve des faits sur lesquels il fonde sa requête est un principe de droit bien établi. Voir aussi *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*, CIRDI, ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990 603, par. 56 ; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela*, CIRDI, ARB/00/5, Sentence, 23 septembre 2003, par. 110 ; *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, CNUDCI (ALÉNA), sentence, 26 janvier 2006, par. 95.

[914] *Sea-Land Services Inc v. Iran*, 6 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1984) 149, p. 168, le Tribunal a jugé que la notion d'enrichissement sans cause trouvait son origine dans le droit romain, était codifiée ou reconnue par les instances judiciaires dans la grande majorité des systèmes juridiques nationaux du monde, et était largement acceptée par les tribunaux internationaux faisant partie des principes généraux de droit applicables. Plus récemment, en l'affaire *Saluka Investments BV (Netherlands) v. Czech Republic*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006, par. 449, le tribunal a fait observer que la notion d'enrichissement sans cause était reconnue comme un principe général du droit international et donnait à une partie le droit de se voir restituer une valeur ayant été prise ou reçue, sous quelque forme que ce soit, par l'autre partie sans justification.

[915] *Sempra Energy International v. Argentina*, CIRDI, ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 353.

[916] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. la République Unie du Cameroun*, CIRDI, affaire nº ARB/81/2, décision d'annulation, 3 mai 1985, p. 243.

[917] *Sempra Energy International v. Argentina*, CIRDI, ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 298.

[918] *Waste Management Inc. v. Mexico*, par. 98.

[919] *MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Chile*, CIRDI, ARB/01/7, sentence, 25 mai 2004, par. 109.

[920] Voir Tarcisio Gazzini, p. 118.

[921] *American Bell Int'l, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 9 Iran-United States Claims Tribunal Reports 107, sentence nº 255-48-3 (19 septembre 1986), 12 Iran-United States Claims Tribunal Reports 170 ; *Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº 191-59-1 (25 septembre 1985) (le tribunal a appliqué le principe général de l'évolution des circonstances en dépit d'une clause stipulant que le contrat était soumis au droit iranien) ; *Aeronutronic Overseas Servs., Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº ITM 44-158-1 (24 août 1984), 7 Iran-United States Claims Tribunal Reports 217 ; *Gould Mktg., Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº 136-49/50-2 (22 juin 1984), 6 Iran-United States Claims Tribunal Reports 272, 274 (Il était stipulé dans le contrat de vente de matériel de communications que celui-ci était soumis au droit de l'État de Californie. Le Tribunal a estimé que le droit américain reconnaissait le principe général selon lequel, en cas de résolution de contrat pour cause d'impossibilité d'exécution, les sommes dues au titre du contrat devaient être proportionnelles au degré d'exécution de celui-ci. Renvoyant au droit anglais, le Tribunal a en outre fait observer qu'une règle semblable existait en droit civil. Ibid., p. 274, n. 1. Il a également appliqué les principes généraux du droit du dépôt pour exiger du demandeur qu'il restitue au défendeur le matériel qu'il conservait pour le compte de ce dernier. Ibid., p. 279. Voir aussi *Morgan Equip. Co. v. Islamic Republic of Iran*, sentence nº 100-28-2 (27 décembre 1983), 4 Iran-United States Claims Tribunal Reports 272

droit national normalement applicables l'auraient amené à prononcer une sentence inéquitable[922]. En outre, il ne traitait sans distinction les questions relevant du droit international public et celles relevant du droit privé et appliquait selon toute apparence les principes généraux du droit aux unes et aux autres[923].

18. Bien que les principes généraux du droit aient été invoqués à maintes reprises dans différentes branches du droit international, on ne sait toujours pas au juste quelle méthode employer pour les identifier. Les juridictions internationales ont été critiquées pour avoir appliqué des « principes généraux » qui n'étaient pas généralement reconnus[924]. D'aucuns ont relevé que si on estimait que seuls pouvaient être considérés comme des principes généraux du droit les principes généralement reconnus dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier, des difficultés pourraient se poser lorsqu'une juridiction serait amenée à se prononcer sur une question à laquelle aucun principe largement accepté ne semble s'appliquer[925]. À ce propos, certaines questions fondamentales restaient sans réponse, ce qui entraînait des incertitudes juridiques et compromettait l'administration équitable de la justice. Il fallait notamment se pencher sur les critères permettant de déterminer si un principe est « généralement reconnu », l'étendue de l'analyse comparative à réaliser pour dégager des principes généraux du droit interne, la classification des familles et des systèmes juridiques aux fins de cette analyse, la détermination des lois nationales représentatives, et la question de savoir si et, le cas échéant, comment ces principes doivent être adaptés pour s'appliquer à l'échelle internationale lorsqu'on établit des analogies.

4. Portée du sujet et questions juridiques à traiter

19. Compte tenu de ce qui précède, la Commission pourrait définir plus clairement la nature et la portée des principes généraux du droit invoqués par les États, les juridictions internationales et les organisations et organismes internationaux, ainsi que la méthode à employer pour identifier ces principes. Sans exclure d'autres questions ou aspects liés à ce sujet, elle pourrait examiner, en particulier :

i) La nature et la portée des principes généraux du droit ;

   a) La portée des principes généraux du droit et la terminologie y relative, notamment la relation entre ces principes et des notions telles que celles de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », « principes généraux du droit international » et « principes fondamentaux du droit » ;

   b) La nature et les origines des principes généraux du droit ;

   c) Les principes généraux du droit en tant que source de droit à part entière, distincte des traités et du droit international coutumier ;

   d) Les fonctions des principes généraux du droit ;

ii) La relation entre les principes généraux du droit et les deux autres sources principales du droit international, à savoir les traités et le droit international coutumier ;

(Le Tribunal a écarté l'argument du demandeur selon lequel, en vertu de la législation de l'État de l'Idaho, il était en droit d'être indemnisé en qualité de tiers bénéficiaire au titre de certaines commandes régies par le droit de cet État) ; *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Gov't of the Islamic Republic of Iran*, sentence nº 145-35-3 (31 juillet 1984), 7 Iran-United States Claims Tribunal Reports 181.

922 *CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and Islamic Republic of Iran*, sentence nº 99-245-2 (27 décembre 1983), 4 Iran-United States Claims Tribunal Reports ; voir aussi Grant Hanessian, p. 329 et 330.

923 Grant Hanessian, p. 350.

924 F. O. Raimondo, p. 88 ; voir aussi G. I. Tunkin, *Theory of International Law* (HUP 1974), p. 190 (où l'auteur met en garde contre la tentation de se servir de la notion de « principes généraux du droit » pour affirmer que les principes reconnus par certains systèmes juridiques sont contraignants pour tous).

925 Michael Akehurst, « Equity and General Principles of Law » (1976) 25(4) International and Comparative Law Quarterly, p. 825.

iii) Les méthodes de détermination des principes généraux du droit ;

iv) Diverses questions[926].

20. Dans le cadre de l'examen du sujet, la Commission pourrait s'appuyer sur divers exemples de principes généraux du droit et les citer dans les commentaires du projet de conclusions qu'elle adoptera.

i) La nature et la portée des principes généraux du droit

21. Il est important que la Commission commence par examiner et préciser la définition des « principes généraux du droit », car cela permettra de délimiter la portée du sujet. Il est proposé qu'elle s'intéresse essentiellement aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés par l'article 38 du Statut de la CPJI et du Statut de la CIJ et envisage la définition des « principes généraux du droit » soit compte tenu de la relation entre cette notion et celles de « principes généraux du droit international », « principes fondamentaux » et « principes équitables », notamment.

22. La nature et les caractéristiques des principes généraux du droit pourraient être examinées à la lumière de l'historique de la notion et des références explicites et implicites à ces principes dans la pratique juridique internationale. La Commission pourrait notamment prendre en considération les premières décisions d'arbitrage et les premiers traités dans lesquels les principes généraux du droit ont été reconnus comme une source du droit international, ainsi que le contexte et les débats qui ont abouti à l'introduction des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » dans le Statut de la CPJI, puis plus tard dans celui de la CIJ. Elle pourrait également se pencher sur les références aux principes généraux du droit et à des notions connexes contenues dans les traités, la jurisprudence des instances judiciaires, le droit interne et les instruments internationaux.

23. L'origine des principes généraux du droit est une question connexe qui a elle aussi son importance. La Commission devrait déterminer si les principes généraux du droit peuvent uniquement être dégagés des éléments communs aux législations nationales ou s'ils peuvent également naître d'autres sources, reconnues par les États, notamment le système juridique international et les relations internationales.

24. La Commission devrait également déterminer plus précisément la place qu'occupent les principes généraux du droit dans l'ordre juridique international, et, en particulier, examiner ces principes en tant que source à part entière du droit international et se pencher sur la relation qui les lie aux traités et au droit international coutumier.

25. Il faudrait en outre examiner les fonctions que remplissent les principes généraux du droit. Comme on l'a dit précédemment, certains auteurs estiment que ces principes servent principalement à combler les lacunes du droit international, dans les cas où il n'existe aucune disposition conventionnelle, ni aucune règle de droit international coutumier applicable[927]. D'autres sont d'avis que les principes généraux du droit jouent un rôle plus important en ce qu'ils inspirent et sous-tendent le système juridique international et facilitent l'interprétation et l'application des traités et des coutumes[928]. La Commission pourrait examiner les différents rôles et fonctions attribués aux principes généraux du droit au fil du temps et la manière dont ces principes ont contribué au développement tant du système juridique international que des régimes juridiques internationaux spécialisés.

---

[926] Notamment, la possibilité que les principes généraux du droit puissent également être la source d'une branche particulière du droit international. Par exemple, on a relevé que la Cour de justice des Communautés européennes s'était généralement contentée d'examiner la législation des États membres pour en dégager les principes généraux du droit à retenir aux fins du régime régional. Voir Michael Akehurst, « Equity and General Principles of Law » (1976) 25(4) International and Comparative Law Quarterly 821, où l'auteur renvoie à *X. c. Conseil* [1972] 18 Recueil, p. 1205 ; *Avocat général Warner en l'affaire Commission c. Conseil* [1973] Recueil, p. 575 et 593 ; *Werhahn c. Conseil* [1973] Recueil, p. 1229, 1259 et 1260 ; et *Stauder c. Ulm* [1969] Recueil, p. 419 et 425.

[927] Vladimir-Djuro Degan, *A Source of General International Law* (Martinus Nijhoff 1997), p. 40 et 41.

[928] Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014) p. 870 ; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Stevens, 1958), p. 106.

26. La Commission pourrait en particulier se pencher sur la raison d'être de ces principes et les fonctions essentielles qu'ils remplissent lorsqu'ils sont appliqués par les juridictions et autres instances internationales, ainsi que lorsqu'ils sont invoqués par les États dans le contexte des relations internationales ou par les tribunaux nationaux dans leur jurisprudence.

27. Il faudrait s'intéresser également, à cet égard, aux principes généraux du droit en tant que source de droits et d'obligations juridiques. La Commission pourrait notamment étudier les domaines dans lesquels les principes généraux du droit régissent le comportement des membres de la communauté internationale en ce qu'ils inspirent des règles de fond et de procédure (par exemple, le principe de bonne foi ou le principe *non bis in idem*).

ii) La relation entre les principes généraux du droit, et les traités et le droit international coutumier

28. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence internationale mentionnée précédemment, les principes généraux du droit ont été reconnus comme l'une des principales sources du droit international, distincte des traités et du droit international coutumier. Il peut toutefois y avoir une corrélation entre ces principes et les deux autres sources principales du droit international que sont les traités et le droit international coutumier, corrélation qu'il convient d'examiner. La Commission pourrait par exemple se pencher sur les questions de savoir comment les principes généraux du droit et les traités et les règles coutumières contribuent à la formation et au développement les uns des autres et en quoi les principes généraux de droit peuvent faciliter et orienter l'application et l'interprétation des traités et du droit international coutumier, et étudier la possibilité de l'existence parallèle de principes généraux du droit et de règles correspondantes consacrées par les traités et par le droit international coutumier.

iii) Les méthodes de détermination des principes généraux du droit

29. La méthode de détermination des principes généraux du droit est une question éminemment importante. Si les principes généraux du droit sont les principes de droit interne communs aux différents systèmes juridiques du monde, la Commission devrait notamment étudier les critères à appliquer pour établir qu'un principe est reconnu dans ces différents systèmes ; la méthode à employer pour déterminer des principes généraux du droit, par exemple les questions de savoir si et dans quelle mesure il faut procéder à une analyse comparative et comment classifier les familles ou systèmes juridiques aux fins de cette analyse ; et la question de savoir si et comment adapter les principes découlant du droit interne au système juridique international. Si, par contre, il ressort de l'étude proposée dans la section précédente que les principes généraux du droit peuvent également découler du système juridique international tel que les États l'envisagent, la Commission devrait également s'attacher à préciser les critères et les méthodes à employer pour identifier les principes qui se dégagent de ce système, et notamment des traités, des instruments internationaux non contraignants et des décisions des juridictions internationales.

iv) Diverses questions

30. Si les instances judiciaires internationales ayant une compétence générale ont pris soin de s'appuyer sur les différents systèmes juridiques du monde pour identifier des principes comme étant généraux, les instances judiciaires régionales se sont parfois contentées, pour ce faire, de tenir compte du droit interne de leurs États membres[929]. La Commission pourrait examiner l'existence et la valeur juridique de ces principes et faire la lumière sur ce point.

[929] Michael Akehurst, p. 818 à 825 ; voir aussi *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (ADBHU), affaire n° 240/83, où il est dit, au paragraphe 9, que les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, ainsi que le libre exercice du commerce en tant que droit fondamental, constituent des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ; *Stauder c. Ville d'Ulm*, affaire n° 26/69 [1969] Recueil, p. 419, où il est dit, au paragraphe 7, que les droits fondamentaux de la personne font partie des principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect.

5. Méthode de travail de la Commission

31. L'étude du sujet reposera essentiellement sur la pratique des États, les traités et les travaux préparatoires à leur élaboration, d'autres instruments internationaux, la jurisprudence internationale, régionale et nationale et les législations internes.

32. La doctrine sera également prise en compte et examinée à la lumière de la pratique internationale.

6. Le sujet satisfait aux critères de sélection des sujets à examiner

33. Le sujet « Principes généraux du droit » satisfait aux critères de choix des sujets à examiner établis par la Commission car il répond aux besoins de la communauté internationale en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international. En effet, alors que les principes généraux du droit sont appliqués et invoqués depuis plus d'un siècle en tant que source du droit international, leur nature, leur portée et leurs origines ne sont pas encore clairement définies, non plus que les critères et les méthodes à employer pour les identifier.

34. Le 31 mars 2016, le secrétariat de la Commission a publié un rapport intitulé « Sujets dont la Commission pourrait entreprendre l'étude, compte tenu de l'examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement » (A/CN.4/679/Add.1). Le sujet « Principes généraux du droit » y figurait à la première place d'une liste de six. Si elle se saisissait du sujet, la Commission examinerait pour la première fois de manière approfondie les principes généraux du droit en tant que source du droit international.

35. Compte tenu des nombreuses références aux principes généraux du droit dans la pratique des États et la jurisprudence de différentes juridictions, ainsi que du fait que la notion évolue depuis longtemps dans la doctrine, les principes généraux du droit sont un sujet concret et suffisamment facile à traiter pour la Commission, dont les travaux pourront aider à mieux comprendre, déterminer et appliquer cette source du droit international.

36. Compte tenu de ce qui précède, les conclusions et commentaires qui devraient résulter de l'examen du sujet « Principes généraux du droit » par la Commission seront utiles aux États, aux organisations internationales, aux juridictions internationales, ainsi qu'aux auteurs et aux praticiens du droit international.

7. Selected bibliography

Scholarly Work

Acosta Alvarado, P.A., *Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional*, 25 Rev. Derecho del Estado 193 (2010)

Akehurst, M., *Equity and General Principles of Law*, 25 Int'l & Comp. L.Q. 4 (1976)

Akehurst, M., *Note: The Hierarchy of the Sources of International Law*, 47 B.Y. Int'l L 273 (1977)

Alpa, G., *General Principles of Law,* 1 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 1 (1994)

Alston, P., & Simma, B., *The Sources of Human Rights Law: Custom,* Jus Cogens, *and General Principles*, 12 Austrian Y.B. Int'l L. 82 (1988-1989)

Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Cedam—Padova, 1955)

Bassiouni, M. C., *A Functional Approach to General Principles of International Law*, 11 Mich. J. Int'l L. 768 (1989-1990)

Becker Lorca, A., *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 Harvard International Law Journal 283 (2006)

Brownlie, I., *Some Questions Concerning the Applicable Law in International Tribunals,* in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996)

Bonafé, Beatrice I., Palchetti, P., *"Relying on general principles in international law"*, in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking"*, 160 (E. Elgar, 2016)

Byers, M., *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (CUP, 1999)

Charney, J. I., *International Lawmaking- Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered*, in: *New Trends in International Lawmaking – International 'Legislation' in the Public Interest: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walter-Schücking-Institute of International law March 6 to 8, 1996* (Jost Delbrück ed., 1997)

Charney, J. I., *Universal International Law*, 87 Am. J. Int'l L. 529 (1993)

Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens & Sons Limited, 1953)

Chiu, H., *Chinese View on the Sources of International Law*, 28 Harvard International Law Journal 289 (1987)

Cooke Gutteridge, H., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research* (CUP 2nd ed., 1949)

Crawford, J. R., *Responsibility of the International Community as a Whole*, 8 Indiana J. Global Legal Studies 303 (2001)

D'Aspremont, J., *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (OUP, 2011)

de Vattel, E., *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature Applies to the Conduct of Affairs of Nations and Sovereignty, with Three Early Essays on the Origins and Nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund, 2008)

Degan, V. D., *General Principles of Law (A Source of General International Law)*, 3 Finnish Y.B. Int'l L. 1 (1992)

de Wet, E., *Judicial Review as an Emerging General Principe of Law and its Implications for the International Court of Justice*, Netherlands Int'l L. Rev. 47 (2000)

Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Publico* (Ed. Tecnos, 2013)

do Nascimento e Silva, G. E., *The Widening Scope of International Law*, *in* Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski 412 (Jerzy Makarczyk ed., 1996)

Đorđeska, M., *The Process of International Law-Making: The Evolution of General Principles of Law Recognized by Civilized Nations Through the Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (doctoral dissertation, The George Washington University Law School, August 2016)

Fitzmaurice, G., *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, Symbolae Verzijl 153 (1958)

Fitzmaurice, G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, *in* Recueil Des Cours 092 (1957)

Fitzmaurice, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 B.Y. Int'l L. 1 (1953)

Ford, C. A., *Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38/1(c) and "General Principles of Law"*, 5 Duke J. Comp & Int'l L. 35 (1994)

Freeman Jalet, F. T., *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations – A Study*, 10 UCLA L. Rev. 1041 (1962-1963)

Friedmann, W., *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, 57 Am. J. Int'l L. 2 (1963)

Gaja, G., *General Principles of Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP, 2013)

Pineschi, L. (ed.), *General Principles of Law: The Role of the Judiciary* (Springer, 2015)

Gonidec, P. F., *Existe-t-il un Droit International Africain?*, 5 African Journal of International and Comparative Law 243 (1993)

Guillame, G., *The Future of International Judicial Institutions*, 44 Int'l & Comp. L. Q. 848 (1995)

Hathaway, O. A., *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72 Univ. Chicago L. Rev. 469 (2005)

Herczeg, G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, 5 Hungarian Academy of Sciences (1969)

Higgins, R., *Problems and process: International Law and How We Use It* (OUP, 1995)

Hudson, M. O., *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (The Macmillian Company, 1943)

Jahel, S., « *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine* », Rev. intle. de droit comparé. Vol. 55 nº 1, 105 (2003)

Jain, N., *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, 57 Harv. Int'l L.J. 111 (2016)

Jenks, C. W., *The Conflict of the Law-Making Treaties*, 30 B.Y. Int'l L 401 (1953)

Jenks, C. W., *The Scope of International Law*, 31 B.Y. Int'l L 1 (1954)

Jennings, R. *The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice*, 59 B.Y. Int'l L 31 (1988)

Jennings, R., *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996)

Jennings, R., *The Progress of International Law*, 34 B.Y. Int'l L 334 (1958)

Jessup, P. C., *The Reality of International Law*, 18 Foreign Affairs 244 (1940)

Jiménez de Aréchaga, E. *"Curso de Derecho Internacional Público"*, Centro Estudiantes de Derecho (1959)

Kamto, M., *La volonté de l'État en droit international*, (Martinus Nijhoff, 2007)

Kelsen, H., & Tucker, R. W., *Principles of International Law*, (Holt, Rinehart & Winston, 2nd ed., 1927)

Kooijmans, P. H., *Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-creating Process*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 507

Koskenniemi, M., *The Functions of Law in the International Community*, 79 B.Y. Int'l L 353 (2008)

Koskenniemi, M., *Sources of International Law* (Ashgate, 2000)

Kotuby Jr., C. T. et al., General Principles of Law and International Due Process (OUP 2017)

Laethley, C., *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the International Law Commission Missed an Opportunity?*, 40 N.Y.U.J. Int'l L & Pol. 259 (2007)

Lauterpacht, E., *The Judicial and the Meta-Judicial in International law*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 215

Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* (Archon Books, 1927)

Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court* (Praeger, 1958)

McDougal, M. S., & Feliciano, F. P., *International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War*, 67 Yale L. J. 5 (1958)

McNair, A., *The General Principles of Law recognized by Civilized Nations*, 33 B.Y. Int'l L 33 (1957)

O'Keefe, R., *World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole?*, 53 Int'l & Comp.L.Q 189 (2004)

Pellet, A., *Article 38*, in: *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary* (Zimmermann & et al. eds., 2012)

Pellet, A., *Principes Generaux de Droit En Droit International*, These pour le doctorat (9 February 1974)

Perreau-Saussine, A., *Lauterpacht and Vattel on the Sources of International Law: The Place of Private Law Analogies and General Principles*, in Chetail, V., and Haggenmacher, P., (eds)*Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective* (Martinus Nijhoff, 2011)

Peters, A., *The Principle of Uti Possidetis Juris: How Relevant is it for Issues of Secession?*, in Self-Determination and Secession in International Law (OUP, 2014)

Raimondo, F. O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008)

Rao, P. S., *The Concept of International Community in International Law: Theory and Practice*, in: *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, 85 (Brill, 2008)

Raz, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 *Yale L. J. 5 (1972)*

Reinoso Barbero, F., coordinador, *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual"*, (Thompson Reuters Arazandi, 2014)

Rosenne, S., *Codification Revisited After 50 Years*, 2 Max Planck Y. of UN L. 1 (1998)

Rosenne, S., *Note:* Res judicata: *Some Recent decisions of the International Court of* Justice, 28 B.Y. Int'l L 365 (1951)

Sandifer, D. V., *Evidence Before International Tribunals* (The Foundation Press, Inc., 1939)

Schachter, O., *International Law in Theory and Practice* (Martin Nijhoff, 1991)

Schlesinger, R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, 51 Am. J. Int'l L. 4 (1957)

Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court* (CUP, 2007)

Simma, B. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, 20 E. J. Int'l L. 265 (2009)

Stone, J., *Non-Liquet and the Function of the Law in the International Community*, 35 B.Y.I.L 124 (1959)

Stuyt, A., *The General Principles of Law: As Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction* (Martinus Nijhoff, 1946)

Thirlway, H., *The Sources of International Law* (OUP, 2014)

Tunkin, G. I., *Is General International Law Customary Law Only?*, 4 Eur. J. Int'l L. 534 (1993)

Tunkin, G. I., *Theory of International Law* (George Allen & Unwin Ltd., 1974)

Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law* (Brill, 1983)

Villiger, M. E., *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources* (Martinus Nijhoff 1985)

Watts, A., *The International Court and the Continued Customary International Law of Treaties, in* Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum (Nisuke Andåo, Edward McWhinney & Rüdiger Wolfrum eds., 2002)

Wolfke, K., *Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice, in* Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski 587 (Jerzy Makarczyk ed., 1996)

Wolfrum, R., 'General International Law (Principles, Rules, and Standards) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP 2013)

Yakemtchouk, R., *L'Afrique en Droit International*, (Libraire Generale De Droite et De Jurisprudence, 1971)

Yee, S., *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 J. Int'l Dispute Settlement (2016)

Zimnenko, B. L., *International Law and the Russian Legal System*, (Eleven, 2007)

Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2016 (Aug.10), available at: http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups

Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2014 (April 8), available at: http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups

Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes, Permanent Court of International Justice

Selected Jurisprudence in International Courts and Tribunals

1. Permanent Court of International Justice

"*Lotus*", Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.10 (Sept.7)

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), Judgment, 1926 P.C.I.J. (ser.A) No.7 (May 25)

Factory at Chorzów (Indemnities), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.12 (Nov.21)

Factory at Chorzów (Jurisdiction), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.9 (July 26)

Factory at Chorzów (Merits), Judgment, 1928 P.C.I.J. (ser.A) No.17 (Sept.13)

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser.B) No.16 (Aug.28)

Mavrommatis Palestine Concession, Judgment, 1924 P.C.I.J. (ser.A), No. 2 (Aug.30)

Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939 P.C.I.J. (ser.A/B) No.76 (Feb.28)

Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser.B) No.11 (May 16)

Question on Jaworzina, Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser.B) No.8 (Dec.6)

2. International Court of Justice

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo), Compensation, 2012 I.C.J. 324 (June 19)

Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunis. v. Libya), Judgment, 1985 I.C.J. 192 (Dec.10)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croat. v. Serb.), Judgment, 2015 I.C.J. (Feb.3); General List No.118

Avena and Other Mexican Nationals (Mex v. U.S.), Judgment, 2004 I.C.J. 12 (Mar.31)

Corfu Channel (U.K. v. Alb.), Compensation, 1949 I.C.J. 15 (Dec.15)

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory opinion, 1954 I.C.J. 47 (July 13)

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. It.), Judgment, 1989 I.C.J. 15 (July 20)

Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. Fr., U.K. and U.S.), Preliminary objections, 1954 I.C.J. 19 (June 15)

South West Africa (Eth. v. S. Afr.; Liber. v. S. Afr.), Judgment, 1966 I.C.J. 6 (July 18)

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thai.), Judgment, 1962 I.C.J. 6 (June 15)

3. Inter-State Arbitration

Antoine Fabiani Case (*France v. Venezuela*). RIAA X, 83–139, 1891

Delagoa Bay Railway Arbitration (*UK/USA v. Portugal*), 1900

Lena Goldfields Case (*Lena Goldfields, Ltd. v. the Soviet Government*). 5 ILR 427, 1930

Naulilaa Arbitration (*Portugal v. Germany*). 4 ILR 467, 1928

The Pious Fund Case (*USA v. Mexico*). RIAA IX, 1–14, 1902

Russian Claim for Indemnities (Russia v. Turkey), Permanent Court of Arbitration, 11 November 1912

Yuille, Shortridge and Co. (*UK v. Portugal*), award of 21 October 1861

4. International Criminal Courts and Tribunals

Kambanda v. Prosecutor, Case No. ICTR-97-23-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Oct. 19, 2000)

Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Case No. IT-02-60-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Jan.17, 2005)

Prosecutor v. Bralo, Case No. IT-95-17-A, Judgment on Sentencing Appeal (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Apr.2, 2007)

Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 2, 1998)

Prosecutor v. Musema, Case No. ICTR- 96-13-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Jan. 27, 2000)

Prosecutor v. Nikolić, Case No. IT- 02-60/1-S, Sentencing Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Dec.2, 2003)

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia July 15, 1999)

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defense Motion on the Principle of *Non-Bis-In-Idem* (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Nov.14, 1995)

Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo (Int'l Criminal Court May 23, 2006)

Situation in Uganda, Case No. ICC-02/04-01/05, Decision on the Prosecutor's Position on the Decision of Pre-Trial Chamber II to Redact Factual Descriptions of Crimes from the Warrants of Arrest, Motion for Reconsideration, and Motion for Clarification (Int'l Criminal Court Oct. 28, 2005)

5. Iran-US Claims Tribunal

Aeronutronic Overseas Servs., Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R., Award No. ITM 44-158-1 (Aug. 24, 1984)

American Bell Int'l, Inc. v. Islamic Republic of Iran, 9 Iran-U.S. C.T.R. 107 Award No. 255-48-3 (Sept. 19, 1986)

CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R Award No. 99-245-2 (Dec. 27, 1983)

Gould Mktg., Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 136-49/50-2 (June 22, 1984)

Morgan Equip. Co. v. Islamic Republic of Iran, Award No. 100-28-2 (Dec. 27, 1983)

Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 191-59-1 (Sept. 25, 1985)

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Gov't of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 145-35-3 (July 31, 1984)

6. International Investment Arbitration

Amco Asian Corporation and Others v. Indonesia, ICSID AKU/81/1, Award of November 20, 1984, 89 ILR (1992)

Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka, ICSID ARB/87/3, Award, 27 June 1990

Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States (Consolidated NAFTA / UNCITRAL), Preliminary Question, 6 June 2006

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment

MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Chile, ICSID ARB/01/7, Award, 25 May 2004

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID ARU/02/13, Award, 31 January 2006

Sempra Energy International v. Argentina, lCSID ARB/02/16, Award, 28 September 2007

Sociedad Anonima Eduardo Vieira v. Chile, ICSID ARB/04/7, Award, 21 August 2007

Terniras Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexiro, ICSID ARE (AF)/00/2, Award, 29 May 2003

Waste Management v. Mexico (II), ICSID ARB(AF)/OO/3, Jurisdiction, 26 June 2002

7. Regional Courts

Advisory Opinion on Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants, IACtHR, OC-18/03 (17 September 2003)

Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, OC-16/99 (1 October 1999)

Case of Golder v. the United Kingdom, ECtHR Application no. 4451/70

Case of the Five Pensioners v. Peru, IACtHR Series C, No. 98 (28 February 2003)

Courage Ltd. v. Bernard Crehan, ECJ 20 September 2001, case C-453/99

Erich Stauder v. City of Ulm, [1969] ECR, Case 26/69

Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 2 ECJ 15 May 1986, case 222/84

Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat international foundation v. Council of the European Union and ***Commission of the European Communities*** **(Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 2 September 2008**

Mangold v. Helm, 6 ECJ 22 November 2005, case C-144/04.

B. L'administration de la preuve devant les juridictions internationales

M. Aniruddha Rajput

Introduction

1. Dans le présent document, il est proposé d'inscrire le sujet intitulé « L'administration de la preuve devant les juridictions internationales » au programme de travail à long terme de la Commission du droit international.

2. Consacré comme une obligation par le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, le règlement pacifique des différends est également un principe de droit international coutumier[930]. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte, le recours à une instance juridictionnelle internationale est un des principaux moyens de règlement pacifique des différends internationaux. À cet égard, déterminer clairement les procédures applicables renforcerait la primauté du droit dans les relations internationales.

3. La preuve peut jouer un rôle déterminant dans une décision de justice. Il arrive toutefois, d'après Sir Gerald Fitzmaurice, que l'issue d'un différend international dépende dans une bonne mesure des aléas de la procédure[931]. Les juridictions internationales sont tenues d'appliquer les règles du droit international aux faits. L'établissement des faits est donc une composante essentielle de la procédure de règlement des différends : *idem est non probari non esse* (ce qui n'est pas prouvé n'existe pas ou n'est pas vrai)[932]. Un différend ne peut être réglé que si l'instance qui en est saisie établit dûment les faits puis applique à ceux-ci les principes du droit[933], la preuve étant le moyen d'établir l'existence d'un fait[934]. La portée du présent sujet est limitée à la preuve des faits.

4. Auparavant, les juridictions internationales étaient rarement amenées à trancher des questions factuelles. Dans la plupart des affaires, les faits étaient admis par les parties dès le départ et le juge se contentait d'appliquer le droit. Les désaccords factuels, lorsqu'ils survenaient, étaient relativement mineurs et pouvaient être réglés par la seule interprétation du droit, sans qu'il soit besoin de se pencher sur les faits eux-mêmes. La Cour internationale de Justice (CIJ) était rarement saisie d'affaires portant sur des faits complexes et litigieux telles celles du *Détroit de Corfou* et du *Sud-Ouest africain.* Récemment, toutefois, les choses ont changé. La Cour a été amenée à examiner des éléments de preuve documentaires et oraux complexes dans les affaires relatives à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et à élucider des témoignages d'experts dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*. La multiplication des dossiers et leur nature portent à croire que le nombre d'affaires touchant à des faits complexes et litigieux ira en augmentant. De surcroît, des juridictions autres que la CIJ, parmi lesquelles l'Organe d'appel et les groupes spéciaux de

930 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 145 (par. 290).

931 Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2 (Grotius Publications, 1986), p. 575 à 578.

932 *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, aux pages 15 et 16.

933 Anna Riddell et Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009), p. 1.

934 Ludes et Gilbert ont donné une définition générale de la preuve qui est fort utile. Selon eux, la preuve est à la fois une tentative pour établir la vérité ou les faits, un indice ou un argument convaincant permettant de les démontrer, et l'effet de cette démonstration ; la différence entre les termes anglais « proof » et « evidence » tenant à ce que le premier désigne le résultat, ou l'effet, de la démonstration, et le deuxième le moyen employé pour la faire. F. J. Ludes et H. J. Gilbert (dir. publ.), *Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law, Vol 31 A: Evidence* (West Publishing Company, 1964), p. 820.

l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que des juridictions chargées de juger des affaires de violation des droits de l'homme (la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme) sont régulièrement saisies de questions factuelles complexes.

5. Dans le discours qu'elle a prononcé à l'occasion de la cinquante-huitième session de la Commission du droit international, la juge Higgins, Présidente de la CIJ, a souligné que la nature des différends internationaux avait radicalement évolué et que ceux-ci portaient de plus en plus souvent sur des questions factuelles complexes, faisant observer ce qui suit :

> Au rôle de la Cour figurent de plus en plus d'affaires riches en données factuelles, affaires dans lesquelles la Cour doit examiner et évaluer les éléments de preuve avec soin. Elle ne peut plus se concentrer sur les seules questions juridiques. Ces affaires ont soulevé tout un ensemble de questions procédurales nouvelles pour elle[935].

Cette transformation de la fonction judiciaire a également été constatée par les auteurs. Ainsi, d'après M. Franck :

> La Cour internationale de Justice statue en premier et dernier ressort. Elle doit donc s'efforcer dans toute la mesure possible de fonder ses décisions sur les faits, c'est-à-dire sur des constatations factuelles dignes de foi, et ne doit pas, autant que faire se peut, céder à la tentation de compenser le manque d'éléments de preuve factuels ou l'absence d'analyse factuelle en recourant à des doctrines juridiques qui tendent ou sont destinées à faire négliger les faits[936].

Nécessité d'établir des règles de preuve générales et importance de telles règles

6. Les instruments constitutifs et les règlements des juridictions internationales ne traitent pas de la preuve de manière détaillée. Ils se limitent à aborder la question dans ses grandes lignes du point de vue des modalités, temporelles et autres, de présentation, et sont muets quant aux différents modes de preuve, à leur soumission, leur traitement et leur appréciation, et aux conclusions à en tirer. Il se dégage de la pratique de différentes juridictions des règles de preuve plus élaborées que celles adoptées par les cours et tribunaux internationaux. L'examen des questions qu'il est proposé d'analyser au titre du présent sujet (voir par. 10) permettrait de combler cet écart.

7. Faute de règles de preuve, les cours et tribunaux se sont appuyés sur leur propre jurisprudence et sur celle d'autres juridictions[937]. Si cette pratique leur donne une certaine marge de manœuvre, elle entraîne néanmoins un manque de certitude et de cohérence quant aux règles applicables et appliquées. L'administration équitable de la justice suppose que les parties à un litige soient informées des règles de preuve dès le début de la procédure. À éléments de preuve identiques, un manque de cohérence dans les règles appliquées entraînera nécessairement un manque de cohérence entre les décisions rendues[938].

---

[935] Discours prononcé par la Juge Rosalyn Higgins, Présidente de la Cour internationale de Justice, à l'occasion de la cinquante-huitième session de la Commission du droit international, le 25 juin 2006 (http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1272&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1).

[936] Thomas Franck, « Fact-finding in the ICJ », dans R. Lillich (dir. publ.), *Fact-finding before International Tribunals* (transnational, Ardsley-on-Hudson, 1991), p. 32.

[937] OMC, *États-Unis − Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel* (25 avril 1997) WT/DS33/AB/R ; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, rapports du CIRDI, vol. 4, p. 246, 272 et 1990 ; *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, sentence du 8 octobre 2009, CIRDI, affaire n° ARB/05/13, par. 221 ; *Chester Brown, A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007), p. 35 à 82.

[938] Il arrive que des juges parviennent à des conclusions différentes sur la base des mêmes éléments. Par exemple, dans l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*, l'Ouganda a présenté une demande reconventionnelle contre la République démocratique du Congo (à l'époque, le Zaïre), alléguant qu'il était victime d'opérations militaires menées par des groupes armés hostiles basés en République démocratique du Congo qui étaient tolérés par les gouvernements congolais successifs.

L'examen du sujet par la Commission faciliterait donc le travail de tous les organes de règlement des différends.

8. Les travaux sur le sujet devraient se limiter aux règles de preuve d'application générale. Celles-ci sont reconnues comme telles par la doctrine[939]. De surcroît, l'application des critères de détermination des types de procédure concernés, définis au paragraphe 12, aiderait à s'assurer du caractère général des règles retenues aux fins du projet. Se limiter à faire figurer dans celui-ci des règles d'application générale permettrait aux différentes juridictions de conserver leur liberté de manœuvre. Afin de s'assurer que le résultat du projet sera général et acceptable, on pourra engager, dès le départ et à tous les stades du projet, un dialogue (formel et informel) avec les juridictions internationales.

9. Outre qu'il favoriserait la cohérence des procédures de règlement des différends, l'examen du sujet contribuerait à éviter la fragmentation du droit procédural. En effet, si la question de la preuve (qui relève de la procédure) n'est pas étudiée, la multiplicité des juridictions et la complexité des questions factuelles et techniques auxquelles elles doivent faire face entraîneront le développement de pratiques contradictoires. La fragmentation du système conduirait à des décisions discordantes et saperait la confiance des États dans le processus de règlement des différends.

Examen du sujet par d'autres organes

10. En 2004, l'Institut de droit international a adopté des règles de preuve applicables au règlement des différends internationaux[940]. Les travaux qu'il a menés à cet égard sont éminemment importants et seraient une référence utile aux fins de l'examen du présent sujet. Cela étant, de nombreux changements sont entre-temps survenus en ce qui concerne l'administration de la preuve dans différentes branches du droit international, en particulier le droit du commerce et le droit de la mer, ainsi que dans la jurisprudence des organes régionaux de règlement des différends[941]. L'Association internationale du barreau (IBA) a établi ses propres règles de preuve, qui sont régulièrement utilisées dans l'arbitrage en matière d'investissement et l'arbitrage commercial international. Ces règles sont principalement, mais non exclusivement, appliquées aux fins du règlement de différends issus de relations commerciales. Il serait bon, dans le cadre de l'examen du sujet, de s'inspirer des travaux menés par l'Institut de droit international et l'IBA tout en gardant à l'esprit leurs particularités et le contexte dans lequel ils s'inscrivent. L'Association de droit international a constitué un comité chargé d'examiner la procédure des juridictions internationales. Ce comité étudie les règles de procédure de manière générale, notamment

La majorité des juges a dit que l'inaction du Gouvernement zaïrois correspondait à une « tolérance » des activités des groupes rebelles ou à un « acquiescement » à celles-ci (par. 301). Le juge Kooijmans est toutefois parvenu à une conclusion différente. Il a dit ce qui suit : « Mais je n'ai trouvé aucun élément de preuve dans le dossier de l'affaire ni dans les rapports pertinents démontrant que le gouvernement de Kinshasa n'avait pas été en mesure d'exercer son autorité dans la partie orientale du pays pour l'ensemble de la période considérée et n'avait donc pu s'acquitter de son devoir de vigilance avant octobre 1996 ; la RDC n'a même pas essayé de fournir de telles preuves. ». Activités armées sur le territoire du Congo (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), fond, arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168 (Opinion individuelle de M. le juge Kooijmans).

939 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, vol. III, (Nijhoff, 1997), p. 1201 ; Hugh Thirlway, *Procedural Law and the International Court of Justice*, dans Lowe et Fitzmaurice (dir. publ.) *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), p. 389 ; Chester Brown (nº 8) [83-118] ; Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996) ; C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).

940 « Principles of evidence in international litigation », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bruges, vol. 70-I, 2003, p. 138.

941 Ibid., p. 156 à 187 ; préambule du projet de résolution sur les principes de la preuve dans les différends internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bruges, vol. 70-I, 2003, p. 356 et 357.

la question de l'administration de la preuve[942]. Il va sans dire que la Commission entretient un dialogue avec les États et pourra se faire une opinion de la pertinence et de l'intérêt de ses travaux sur la base de ce que ceux-ci lui en disent. Sur le plan pratique, les résultats de l'étude seraient d'une grande utilité. D'autres organes d'experts indépendants ont par le passé estimé que la Commission devrait étudier la question de l'administration de la preuve devant les juridictions internationales[943], et le secrétariat a inscrit celle-ci sur la liste des six sujets à examiner[944].

11. Jusqu'à présent, la Commission s'est concentrée sur des questions touchant au fond du droit international et ne s'est penchée sur des questions de procédure qu'à une reprise, en 1958, lors de l'élaboration du Modèle de règles sur la procédure arbitrale[945]. Cela ne devrait toutefois pas la dissuader d'étudier le sujet, puisqu'elle dispose des compétences nécessaires pour ce faire. La Commission pourrait recueillir non seulement les points de vue des États, mais aussi ceux des juridictions internationales régulièrement amenées à faire face aux difficultés inhérentes au sujet. Elle pourrait également engager un dialogue avec d'autres organes d'experts, dont la contribution viendrait enrichir les travaux sur le sujet. Cela donnerait au projet davantage de poids et d'intérêt, et lui permettrait de recueillir une large adhésion.

Portée des travaux

12. Afin que la portée du projet reste dans des limites raisonnables, la Commission pourrait décider que le résultat de ses travaux s'appliquera exclusivement aux procédures répondant aux trois critères suivants.

a) Au moins une des parties au différend est un État

Les règles de preuve établies dans le cadre du présent sujet s'appliqueraient aux différends dans lesquels au moins une des parties est un État. Ce critère est large de façon à permettre également de couvrir les différends dans lesquels toutes les parties, ou plusieurs d'entre elles sont des États. Sont ainsi concernés les différends entre États et les différends entre un État et des personnes physiques ou morales, portés devant des juridictions internationales aussi bien régionales que mondiales. La portée du sujet s'étendrait donc à de nombreux types de différends internationaux. Les affaires dont sont saisies les juridictions internationales chargées de se prononcer sur la responsabilité pénale d'individus en seraient en revanche exclues, étant donné que les États n'y sont pas en soi parties. Le contentieux des cours et tribunaux internationaux chargés de juger des personnes physiques accusées de crimes internationaux devrait être exclu de la portée du présent projet au motif, également, que ces procédures se distinguent notamment par la nature des procédures, le niveau et la qualité de la preuve exigée et l'étendue de la coopération des États. Il se peut que la Commission ne puisse pas, dans le cadre de ses travaux, tenir compte de telles nuances.

b) Au moins un des types de droit applicables est le droit international

Dans la plupart des différends entre États, c'est le droit international public qui s'applique. Dans les différends dont une des parties est un État, il se peut en revanche que d'autres règles de droit s'appliquent également. Ainsi, le tribunal irano-américain de

[942] Mandat du Comité chargé d'étudier la procédure des juridictions internationales (http://www.ila-hq.org/index.php/committees), p. 1.

[943] *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998) ; Vaughan Lowe, « Future Topics and Problems of the International Legislative Process », dans *La Commission du droit international cinquante ans après : Bilan d'activités, Actes du Séminaire organisé pour commémorer le cinquantième anniversaire de la Commission du droit international, 21-22 avril 1998*, p. 130.

[944] Commission du droit international, « Programme de travail à long terme − Sujets dont la Commission pourrait entreprendre l'étude, compte tenu de l'examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement », additif au document de travail établi par le Secrétariat (31 mars 2016), A/CN.4/679/Add.1, par. 42 à 47.

[945] Modèle de règles sur la procédure arbitrale et commentaire général y relatif, *Annuaire de la Commission du droit international, 1958*, vol. II, p. 86 à 91.

réclamations statue d'après un large éventail de règles de droit, en sus de celles du droit international, puisqu'il s'appuie notamment sur le droit du commerce[946]. L'article 42 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États prévoit que le tribunal arbitral peut appliquer le droit international et le droit de l'État contractant partie au différend[947]. Étant donné que les décisions des juridictions internationales sont fondées sur le droit international existant et ont une influence sur la teneur de celui-ci, faire participer ces juridictions au projet permettrait d'éviter la fragmentation du droit. De surcroît, ce critère permettrait d'exclure de la portée du projet les différends qui concernent des États, mais ne relèvent pas du droit international public, par exemple ceux portant sur des contrats commerciaux conclus entre un État et des personnes morales ou autres, dans lesquels ce sont les règles de droit interne ou de conflit de lois qui s'appliquent.

c) Le différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (devant une juridiction internationale)

Tel qu'il est actuellement envisagé, le projet devrait uniquement concerner les différends réglés par les voies judiciaires, c'est-à-dire portés devant une juridiction internationale. Il se peut, compte tenu du caractère général du résultat visé, que des organes tels que le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture ou des commissions d'enquête souhaitent s'en inspirer en partie. Toutefois, si les règles de preuve sont rédigées dans cette perspective, le projet risque de prendre une ampleur excessive.

Questions à examiner dans le cadre du présent sujet

13. À ce stade des travaux, la liste des points à examiner dans le cadre du présent sujet est encore provisoire. Elle couvre les grandes questions qui se sont régulièrement posées devant les juridictions internationales.

a) Dispositions introductives et générales

Les dispositions introductives pourraient traiter de l'historique, de l'objet et du contexte du projet, et les dispositions générales, du principe de l'égalité des parties, des situations dans lesquelles il est nécessaire de communiquer des éléments de preuve, et des faits litigieux.

b) Production de preuves

Les parties sont-elles tenues de communiquer des éléments de preuve ? La juridiction saisie peut-elle demander que des éléments de preuve lui soient communiqués et, le cas échéant, dans quelles situations ?

c) Modes de preuve

La Commission pourrait examiner les différents moyens de preuve pouvant être présentés par les parties et examinés par la juridiction saisie. Elle pourrait notamment se pencher sur le traitement des éléments de preuve documentaires, des dépositions et des témoignages d'experts, ainsi que sur les modalités des descentes sur les lieux.

[946] Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le règlement des réclamations par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la république islamique d'Iran, adoptée le 19 janvier 1981, dont l'article 5 dispose que le tribunal se prononcera sur chaque cas dans le respect du droit et sur la base des règles de droit et des principes du droit international et commercial qu'il juge applicables, compte tenu des usages et des dispositions contractuelles applicables et de l'évolution des circonstances.

[947] Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (adoptée le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966), 4 ILM 524 (1965), art. 42.

d) Admissibilité

Existe-t-il des règles concernant l'admissibilité des éléments de preuve et, le cas échéant, lesquelles convient-il d'appliquer ?

e) Exceptions à la production de preuves

La règle de la communication des éléments de preuve souffre-t-elle des exceptions ? En particulier, une partie peut-elle s'abstenir de communiquer certains éléments de preuve lorsqu'elle en est requise par l'autre partie ou par la juridiction saisie ? Cette abstention peut-elle donner lieu à interprétation ?

f) Charge de la preuve

La Commission pourrait se pencher sur des questions telles que la charge de la preuve (*onus probandi incumbit actori*), le déplacement de la charge de la preuve, le niveau de preuve requis et la règle selon laquelle la partie qui excipe d'un fait est tenue de l'établir (*reus in excipiendo fit actor*).

g) Présomptions

La Commission pourrait notamment examiner plus avant la règle qui permet de dresser le constat judiciaire d'un fait et le principe selon lequel le juge connaît le droit (*jura novit curia*).

Méthode

14. Le résultat du projet refléterait dans une très large mesure les règles qui se dégagent de la pratique des tribunaux et des États et de la doctrine[948]. Étant donné que le sujet concerne de près le règlement des différends, il va de soi qu'il faudrait s'appuyer sur la pratique judiciaire. La plupart des règles de preuve seraient tirées de la jurisprudence de diverses juridictions internationales. L'importance accordée à telle règle plutôt qu'à telle autre dépendrait de l'appréciation qualitative et quantitative des décisions rendues par ces juridictions dans certains domaines. En ce qui concerne le présent sujet, la pratique des États est en harmonie avec la pratique judiciaire. Dans la plupart des cas, les règles de preuve appliquées par les cours et tribunaux tirent leur source des moyens invoqués par les États au cours des procédures. Les règles ainsi appliquées sont par la suite reprises par les États dans les moyens qu'ils soumettent aux juridictions internationales, ce qui crée une continuité dans leur usage. Dans cette mesure, les moyens présentés devant les juridictions internationales finissent par incarner la pratique des États[949]. Étant donné l'augmentation du nombre d'affaires soumises à un règlement judiciaire, cette question a inspiré les auteurs et fait l'objet de bon nombre d'ouvrages de doctrine dont il faudrait également tenir compte. Se contenter de reprendre certaines règles de droit interne serait inopportun et prêterait à controverse[950]. Il faudrait retenir les règles émanant du droit interne utilisées et appliquées

[948] Assemblée générale de l'ONU, « Statut de la Commission du droit international » (21 novembre 1947) (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/statute/statute.pdf), art. 15.

[949] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7e éd., Oxford : Oxford University Press, 2008), p. 10 ; Michael Akehurst, « Custom as a Source of International Law », British Yearbook of International Law, 1975, vol. 47, no 1, p. 4 et 5. Akehurst cite en exemple *l'affaire Mexican Railway Union*, dans laquelle la réponse de l'État a été considérée comme la seule preuve de la règle concernée (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales, 1930*, vol. V, p. 115, aux pages 122 à 124 ; voir aussi les affaires *Eschauzier* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales, 1931*, p. 207, aux pages 210 à 212, *Mergé (International Law Reports, 1955*, vol. 22, p. 443, aux pages 449 et 450, et *Re Piracy Jure Gentium*, [1934] AC, p. 586, aux pages 599 et 600.

[950] Concernant la circonspection dont il convient de faire preuve à l'égard des règles de procédure émanant du droit interne, le tribunal saisi de l'affaire Parker a dit qu'en sa qualité de tribunal international, la Commission niait l'applicabilité, dans les procédures internationales, de règles relatives à la charge de la preuve empruntées au droit interne. *William A Parker (USA) v. United Mexican States*, sentence du 31 mars 1926, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, 1951*, vol. IV, p. 35, à la page 39. Dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain*, le Juge

par les juridictions internationales. Celles-ci ont pris soin, aux fins de la détermination des règles de preuve à appliquer, de retenir des règles issues de différents systèmes juridiques, en particulier de systèmes de tradition civiliste et de systèmes de *common law*.

15. Il convient de garder à l'esprit certaines considérations théoriques fondamentales. Les règles établies s'appliqueraient aux différends concernant des États souverains, mais elles ne sauraient, non plus que leurs conséquences, empiéter sur la souveraineté des États, car cela serait contraire au droit international général. Il importe d'assurer l'égalité des plaideurs, et donc de veiller à ce que les procédures soient menées en toute bonne foi. Au-delà de ces considérations, on ne saurait oublier que l'administration de la justice a pour objectif ultime de contribuer au respect de l'état de droit dans les relations internationales. C'est un sujet qui mérite une attention particulière car, jusqu'à présent, les États ont bénéficié d'une large discrétion à l'égard de la qualité et de la quantité des preuves produites, et les juridictions internationales à l'égard du traitement de ces dernières. Or, si cette souplesse a probablement été utile, elle s'avère néanmoins très onéreuse en temps et en moyens. L'augmentation du nombre d'affaires soumises à un règlement judiciaire exige que l'on rationalise les règles de preuve et de procédure afin d'utiliser au mieux le temps et les moyens. Cette démarche bénéficierait non seulement aux États actuellement parties à un différend, mais aussi à ceux qui pourraient l'être à l'avenir. Établir un corpus de règles de preuve rationalisées renforcerait la confiance des États dans l'administration de la justice.

Le sujet satisfait aux critères établis par la Commission

16. La Commission a décidé que les sujets inscrits à son programme de travail devaient répondre à trois critères, à savoir qu'ils devaient « correspondre aux besoins des États », « être suffisamment mûr[s] sur le terrain de la pratique des États », et « être concret[s] et suffisamment facile[s] à traiter »[951]. Or, premièrement, l'examen du sujet serait d'une immense utilité pour les États. Ainsi qu'il est exposé plus haut, le volume d'affaires contentieuses opposant des États ou auxquelles un État au moins est partie est en forte augmentation. Par rapport au droit substantiel, le droit procédural a toujours été relativement négligé en droit international. Comme on l'a déjà fait observer, les règles de procédure des juridictions internationales ne satisfont pas aux besoins. Il faut donc établir un corpus général de règles de preuve pouvant être utilisées dans les affaires portées devant ces juridictions. Cela permettrait aux États d'y voir plus clair et de savoir exactement quelles règles s'appliquent dans le contentieux international. Deuxièmement, le sujet est suffisamment mûr, sur le plan tant de la pratique des États que de la pratique des tribunaux, et il existe suffisamment d'éléments sur la base desquels établir des règles. Troisièmement, la portée et le champ d'application du projet tels qu'ils sont définis aux paragraphes 12 et 13 inscrivent le sujet dans un cadre qui n'est ni trop vaste, ni trop étroit, de sorte qu'il est concret et suffisamment facile à traiter.

17. L'avancée des travaux dépendrait de divers facteurs ; cela étant, la Commission devrait s'employer dans toute la mesure possible à traiter le projet en trois parties, comme suit : a) dispositions introductives et présentation des éléments de preuve ; b) modes de preuve, admissibilité et exceptions ; c) charge de la preuve, présomptions et préambule. Chacune de ces parties ferait l'objet d'un rapport distinct.

McNair a fait observer ce que suit : « Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé "en bloc, toutes faites et complétement équipées" d'un ensemble de règles. » *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif du 11 juillet 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 128, à la page 148.

[951] Annuaire de la Commission du droit international, 1997, vol. II (2e partie), p. 72, par. 238.

Conclusions

18. L'issue des travaux sur le présent sujet mérite réflexion. L'Assemblée générale pourrait prendre note du résultat obtenu et recommander aux États et aux autres parties concernées d'en tenir compte. Le projet pourrait se présenter sous la forme de « règles », de « modèles de règle », de « principes », de « conclusions » ou de « directives ». Le titre à lui donner pourrait être décidé une fois que la Commission se sera saisie du sujet, le cas échéant.

Bibliographie

Legal Instruments

1. Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 4 ILM 524 (1965).
2. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic of Iran (Claims Settlement Declaration) (adopted 19 January 1981).
3. Dispute Settlement Understanding of the WTO.
4. Permanent Court of Arbitration Rules (adopted and entered into force 17 December 2012).
5. Permanent Court of International Justice, Revision of the Rules of Court, [1922] PCIJ Series D, No. 2, 210.
6. Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, (WTO, DSU) WT/DSB/RC/1(96-5267), 11 December 1996.
7. Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016).
8. Rules of Court, International Court of Justice (adopted 14 April 1978, entered into force 1 July 1978).
9. Rules of Procedure for Arbitration proceedings, International Centre for Settlement of Investment Disputes (adopted 25 September 1967, entered into force 1 January 1968) Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016).
10. Rules of Procedure of the European Court of Justice (adopted 3 October 2012, entered into force 1 November 2012).
11. Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights (approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from 16-28 November 2009).
12. Rules of Procedure of the Franco-German Mixed Arbitral Tribunal.
13. Rules of Procedure of the German-Belgian Mixed Arbitral Tribunal.
14. Rules of the Tribunal, International Tribunal for the Law of the Sea (adopted 17 March 2009).
15. Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 33 UNTS 993.
16. The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910).
17. Tribunal Rules of Procedure, Iran-United States Claims Tribunal (adopted 3 May 1983).
18. United Nations Convention of Law of the Sea (concluded 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.

ILC Documents

1. "Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary, 1958", *Yearbook of the International Law Commission, 1958,* vol. II.

2. ILC, 'Long-term programme of work: Possible topics for consideration taking into account the review of the list of topics established in 1996 in the light of subsequent developments - Working paper prepared by the Secretariat - Addendum', (31 March 2016), A/CN.4/679/Add.I.

Works of Other Bodies

1. *Acts and Documents Concerning the Organization of the Court*, Judgment, [1926] PCIJ Series D, Addendum to No 2 Revision of the Rules of Court, p. 250.

2. British Institute of International and Comparative Law, *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998).

3. Institut de droit international "Principles of evidence in international litigation", 70-I *Yearbook of the Institute of International Law* (Bruges), 2003.

4. International Court of Justice, Registry, United Nations Institute for Training and Research, A Dialogue at the Court: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloqium held on the occassion of the sixtieth anniversary of the International Court of Justice, at the Peace Palace on 10 and 11 April 2006 (The Hague International Court of Justice, Registry of the Court, 2007).

5. International Law Association Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals, (http://www.ila-hq.org/index.php/committees).

Judicial Decisions

Permanent Court of International Justice

1. *Mavrommatis Jerusalem Concessions(Greece v. Britain)*, Reply of the Hellenic Government of 30 August 1927, (1927) PCIJ Series C No. 13-III.

2. *Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)*, Judgment of 12 July 1929, (1929) PCIJ Series A no 21.

3. *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland v. France)*, Merits, Judgment of 7 June 1932, (1932) PCIJ Rep Series A/B No 46.

4. *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ (ser. A/B), No. 53 (5 April 1933).

5. *Lighthouses case between France and Greece (France v. Greece)*, Judgment on 17March 1934, PCIJ Series A/B, No. 62 (1934).

6. *Case of the Diversion of Water from the River of Meuse(Netherlands v. Belgium)*, Merits, Order of 13 May 1937, (1937) PCIJ Series C, No. 81.

7. *The Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Oral Statements and Documents, Pleadings of June 28 1937, (1937) PCIJ Series A./B., No. 81.

International Court of Justice

1. *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, [1949] ICJ Reports 4.

2. *Anglo Iranian Oil Company case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgment of 22 July 1952, [1952] ICJ Reports 93.

3. *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, [1962] ICJ Reports 319 (Dissenting Opinion of Judge van Wyk).

4. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Order of 29 November 1965, [1965] ICJ Reports 9.

5. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, [1970] ICJ Reports 64 (Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice).

6. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area(Canada v. United States of America)*, Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, [1984] ICJ Reports 165.

7. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1986] ICJ Reports 14.

8. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1986, [1986] ICJ Reports 6.

9. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Judgment of 13 September 1993, [1993] ICJ Reports 407.

10. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 1st July 1994, [1994] ICJ Reports 112.

11. *Case Concerning the Gabčikovo-Nagyamaros Project (Hungary v. Slovenia)*, Decision of the Court concerning Site Visit, Order of 5 February 1997, [1997] ICJ Reports 3.

12. *Case Concerning the Gabcikovo-Nagyamaros Project (Hungary v. Slovenia)*, Merits, Judgment of 25 September 1997, [1997] ICJ Reports 7.

13. *Kasikili/Sedudu Island(Botswana v. Namibia)*, Counter-Memorial of the Republic of Botswana, 28 November 1997.

14. *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment of 25 March 1999, [1999] ICJ Reports 31.

15. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgment of 19 December 2005, [2005] ICJ Reports 168.

16. *Case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11th July 1996, [2006] ICJ Reports 595.

17. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order on 13th July 2006, [2006] ICJ Reports 113.

18. *Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, [2007] ICJ Reports 43.

19. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras (Nicaragua v. Honduras)*, Merits, Judgment of 8 October 2007, [2007] ICJ Reports 659.

20. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, ICJ Reports (2008).

European Court of Justice and European Court of Human Rights

1. *Mirossevich v. High Authority* [1954-6] ECR 333.

2. *Chambre Syndicate de la Sidérurgie v. High Authority* [1960] ECR 281.

3. *X. v. Audit Board* [1969] ECR 109.

4. *ICI v. Commission* [1972] ECR-II 619.
5. *Handyside v. The United Kingdom*, App No. 5493/72 (ECtHR, 7 December 1976).
6. *Ireland v. United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, ECtHR Series A, No. 25.
7. *Klass & Others v. Germany*, App Np. 5029/71 (ECtHR, 6 September 1978).
8. *Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, ECtHR Series A, No. 37.
9. *Société CdF Chimie Aztec et Fretilisants v. Commission* [1990] ECR-I 3083.
10. *Nijman v. Commission* [1991] ECR -II 699.
11. *Frederiksen v. Parliament* [1991] ECR-II 1403.
12. *Jabari v. Turkey*, App No. 40035/98 (ECtHR, 11 July 2000).
13. *Ipek v. Turkey*, App No. 25760/94 (ECtHR, 17 February 2004).
14. *Third Section Decision As To The Admissibility Of Application No.61603/00 by Waltraud Storck against Germany*, App No. 61603/00 (ECtHR, 26 October 2004).
15. *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App No. 23458/02 (ECtHR, 24 March 2011).
16. *G. R. v. The Netherlands*, App No. 22251/07 (ECtHR, 10 January 2012).
17. *C. B. v. Austria*, App No. 30465/06 (ECtHR, 4 April 2013).
18. *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, App Nos. 11082/06 and 13772/05 (ECtHR, 25 July 2013).

Inter-American Court of Human Rights

1. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Reparations and Costs, Judgment of July 21, 1989 (Inter-American Court of Human Rights).
2. *Gangaram-Panday v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 21 January 1994 (Inter-American Court of Human Rights).
3. *Loayza-Tamayo v. Peru*, Merits, Judgment of 17 September 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
4. *Case of Suárez-Rosero v. Ecuador*, Merits, Judgment of November 12, 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
5. *Tradesmen v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 5 July 2004 (Inter-American Court of Human Rights).
6. *Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 5, 2008 (Inter-American Court of Human Rights).
7. *Case of Escher et al. v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of July 6, 2009 (Inter-American Court of Human Rights).
8. *Case of Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of November 28, 2012 (Inter-American Court of Human Rights).
9. *Case of López Lone et al. v. Honduras*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of October 5, 2015 (Inter-American Court of Human Rights).

Iran-US Claims Tribunal

1. *Flexi-Van Leasing Inc v. Iran* (20 December 1982), 1 IUSCTR 455.
2. *Richard Harza v. Iran* 1 Iran-USCTR 234.
3. *Richard Harza v. Iran* (23 February 1983), 2 Iran-USCTR 68.
4. *RN Pomeroy v. Iran*, Award No. 50-40-3 (8 June 1983), 2I USCTR 372.

5. *Chas T Main International v. Khuzestan Water and Power Authority of Iran* (27 July 1983), 3 Iran-USCTR 156.

6. *Behring International v. Iranian Air Force* (19 December 1983), 4 Iran-USCTR 89.

7. *International Technical Products Corporation v. Iran* (28 October 1985) 9 Iran-USCTR 10.

8. *Bechtel v. Iran* (4 March 1987), 14 Iran-USCTR 149.

WTO

1. *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages - Report of the Panel* (11 July 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R.

2. *United States: Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India - Report of the Appellate Body* (25 April 1997) WT/DS33/AB/R.

3. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Panel* (18 August 1997), WT/DS26/R/USA.

4. *India: Patent Protection for Pharmaceutical And Agricultural Chemical Products - Report of the Appellate Body* (19 December 1997), WT/DS50/AB/R.

5. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Appellate Body* (16 January 1998), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.

6. *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items - Report of the Appellate Body* (27 March 1998), WT/DS56/AB/R.

7. *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel* (15 May 1998), WT/DS58/R.

8. *Australia: Measures Affecting Importantion of Salmon - Report of the Panel* (12 June 1998), WT/DS18/R.

9. *Indonesia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry - Report of the Panel* (2 July 1998), WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/D59/R, WT/D64/R.

10. *Japan: Measures Affecting Agricultural Products – Report of the Panel* (27 October 1998) WT/DS76/R.

11. *Canada: Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft - Report of the Appellate Body* (20 August 1999), WT/DS70/AB/R.

12. *Turkey: Restrictions on Imports of Textile and Clothing Product - Report of the Panel* (22 October 1999), WT/DS34/R.

13. *European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products - Report of the Panel* (18 September 2000), WT/DS135/R.

14. *Japan: Measures Affecting the Importation of Apples – Report of the Panel* (15 July 2003) WT/DS/245/R.

15. *European Communities: Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries - Report of the Appellate Body* (7 April 2004), WT/DS246/AB/R.

16. *Korea: Taxes on Alcoholic Beverages – Report of the Appellate Body* (17 February 2009) WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R.

17. *United States: Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) - Report of the Panel* (31 March 2011) WT/DS353/R.

Other judicial decisions

1. *Grisbådarna(Norway v. Sweden)* (1909) 11 RIAA 147.

2. *Hurt v. État allemand*, Franco-German MAT (1921), 1 TAM 98.

3. *Chamant v. État allemand*, Franco-German MAT (1921-2), 1 TAM 361.

4. *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, Bulgar- Belgium MAT (1923), 3 TAM 308.

5. *William A Parker (USA) v. United Mexican States*, Award of 31 March 1926, (1951) 4 RIAA 35.

6. *Island of Palmas Case (or Miangas), (United States v. Netherlands)*, (1928), 2 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 829.

7. *Mexican Railway Union Claim*, (1930 RIAA vol 5).

8. *William E. Bowerman and Messrs. Burberry's (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, 15 February 1930, 5 RIAA 104 (GB-Mexico CC, 1930).

9. *Lillie S. Kling (USA) v. United Mexican States*, 8 October 1930, Vol 4 RIAA 575 (US-Mexico CC, 1930).

10. *John Gill (Great Britain) v. United Mexican States*, 19 May 1931, 5 RIAA 76 (GB-Mexico CC, 1930).

11. *Eschauzier claim*, 24 June 1931, (1931) RIAA 207.

12. *Re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586.

13. *Mergé Claim* (1955) ILR 22 443.

14. *Lighthouses Arbitration (Greece v. France)* (1956) 12 RIAA 155.

15. *Palena (Argentina v. Chile)* (1966) 38 ILR 10.

16. *Dispute on the Frontier between Boundary Post 62 and Mount Fitzroy (Argentina v. Chile)* (1966) 22 RIAA 3.

17. *Beagle Channel* (*Argentina v. Chile)* (1977) 52 ILR 93.

18. *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of Congo*, Award of 8 August 1980, ICSID Case No. ARB/77/2.

19. *Liberian East Timber Corporation v. Liberia*, Award of 31 March 1986, ICSID Case No. ARB/83/2.

20. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, Award of 25 February 1988, ICSID Case No. ARB/82/1.

21. *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, 4 ICSID Reports, 1990.

22. *Tariff Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products (United States v. Canada)*, 2 December 1996, CDA-95-2008-1 (NAFTA Ch 20 Panel 1996).

23. *The M/V 'SAIGA' (No. 20 (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), Merits, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Case No 2, (Separate Opinion of Wolfrum).

24. *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award of 17 February 2000, ICSID Case No. ARB/96/1.

25. *Pope and Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Decision by Tribunal of 6 September 2000, [2005] 7 ICSID Reports 99.

26. *Prosecutor v. Radoslav Branin and Momir Tali*, Decision on interlocutory appeal, ICTY Appeals Chamber, (11 December 2002), IT-9-36-AR73.9.

27. *Marvin Feldman v. Mexico*, 16 December 2002, ARB(AF)/99/1.

28. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.

29. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 2 of 24 May 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.

30. Case No. 2011-01.

Literature

1. A Riddell, *'Report on the Oral Proceedings in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro): Selected Procedural Aspects'* (2007) 2 LJIL 414.
2. Andreas Reiner, *'Burden and General Standard of Proof'* (1994) 10 Arbitration International.
3. Andres Anguilar Mawdsley, *Evidence before the International Court of Justice Essays in Ronald St. John Macdonald (edn) Honour of Wang Tieya*, (Dordrecht, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1994).
4. Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009).
5. C.F. Amaresinghe, *Evidence in International Litigation*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).
6. Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007).
7. CN Brower, 'Evidence Before International Tribunals: the Need for Some Standard Rules' (1994) 28 International Lawyer 49.
8. CN Brower, 'The Anatomy of Fact-finding before International Tribunals: An Analysis and a Proposal Concerning the Evaluation of Evidence', R Lillich (ed), *Fact Finding before International Tribunals* (Transnational Publishes, 1992).
9. Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, (2nd edn, The Foundation Press, 1975).
10. E Valencia-Ospina, '*Evidence Before the International Court of Justice'* (1999) 4 International Law FORUM du droit international.
11. Gillian M. White, *The Use of Experts by International Tribunals* (Syracuse University Press, 1965).
12. Hudson, 'Visits by International Tribunals to Places Cornered in Proceedings', (1937) 31 AJIL 696.
13. Hugh Thirlway, 'Dilema or Chimeria? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudiction' (1984) 78 AJIL 622.
14. Hugh Thirlway, 'Evidence Before International Courts and Tribunals' in R Bernhardt (ed), *Encyclodedia of Public International Law*, vol 2, (Max Planck Institute for Compararive Public and Interational Law, 1995).
15. J F Lalive, '*Quelques remarques sur la preuve devant la cour permanente et la cour international de justice'* (1950) 7 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 77.
16. J. C. Witenberg, 'La théorie des preuves devant les juridictions internationales' (1936-II) *56 Recueil des Cours* 1.
17. James Cameron and Stephen Orava, *'GATT/WTO Panels between Recording and Finding Facts' in Weiss (ed), Improving Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, (Cameron May, 2000).
18. Jochen Frowein, *'Fact-Finding by the European Commission of Human Rights*' in *Fact Finding before International Tribunals* (Richard Lillian (ed), 1991).
19. Joost Pauwelyn, 'The Use of Experts in WTO Dispute Settlement', (2002) 51 ICLQ 325.
20. Keith Highet, 'Evidence and Proof of Facts' in Lori F. Samrosch, *The International Court of Justice At A Crossroads*, (Transnational Publishers, 1987).

21. Knisch P, '*On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings before International Court and Tribunals*' Venturini G and Bariatti S(eds) in *Liber Fausto Pocar*, Vol 1 (2009).

22. M Straus, 'The Practice of the Iran-US Clams Tribunal in Receiving Evidence from Parties and From Experts' (1986) 3 Journal of International Arbitration 57.

23. Malcolm N Shaw, Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015 (5th edn, Brill: Nijhoff, 2017).

24. Markian Malskyy, *Adverse Inference in the WTO and the Practice of International Dispute Settlement Fora* (https://arzinger.ua/files/file/file_collection/en/0_Vyvod_v_pol_dr_st.pdf).

25. Markus Benzing, 'Evidentiary Issues' in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).

26. Michael Reisman and Eric Freedman, 'The Plaintiff's Dilema: Illegally Obtained Evidence and Admissbility in International Adjudication' (1982) 76 AJIL 737.

27. Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, (Kluwer Law International, 1996).

28. NH Shah, 'Discovery by Intervention: The Right of a State to seize Evidence located within the Territory of the Respondent State' (1959) 53 AJIL 595.

29. R Teitelbaum, *'Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice*' in (2007) 6 The Law and Practice of International Tribunals.

30. Richard Plender (ed), *European Courts: Practice and Precedents* (Sweet & Maxwell 1997).

31. Rosalyn Higgings, 'Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom' (2001) 50 ICLQ 121.

32. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920 to 2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

33. Stefan Talmon, 'Article 43' in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).

34. Stewart Baker and Mark Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992).

35. T Bernard, 'The Administration of Evidence in Countries of Civil Law' in P V Eijsvoogel (ed), *Evidence in International Arbitration Proceedings* (Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, 1994).

36. Thomas Franck, 'Fact-finding in the ICJ' in R Lillich (ed.), *Fact-finding before International Tribunals* (Transnational Pub Inc, 1991).

37. Tomka and Samuel Wordsworth, 'The First Site Visit of the International Court of Justice in Fulfilment of its Judicial Function', (1998) 92 AJIL 133.

38. V S Mani, *International Adjudication: Procedural Aspects*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1980).

39. Vaughan Lowe, 'Future Topics and Problems of the International Legislative Process', in *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation, Proceedings of the Seminar held to commemorate the fiftieth anniversary of the International Law Commission, 21-22 April 1998*.