



# Assemblée générale

Soixante-huitième session

Documents officiels

Distr. générale  
2 décembre 2013  
Français  
Original : anglais

---

## Sixième Commission

### Compte rendu analytique de la 25<sup>e</sup> séance

Tenue au Siège, à New York, le mardi 5 novembre 2013, à 10 heures

*Président* : M. Kohona ..... (Sri Lanka)  
*puis* : M. Silva (Vice-Président) ..... (Brésil)

## Sommaire

Point 81 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-cinquième sessions (*suite*)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Celles-ci doivent porter la signature d'un membre de la délégation intéressée, être adressées dès que possible au Chef de la Section d'édition des documents officiels (srcorrections@un.org), et être portées sur un exemplaire du compte rendu.

Les rectifications seront publiées après la clôture de la session, dans un fascicule distinct pour chaque commission.

13-54838X (F)



Merçi de recycler 



La séance est ouverte à 10 h 5.

**Point 81 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-cinquième sessions (suite) (A/66/10, A/66/10/Add.1 et A/68/10)**

1. **M. Martín y Pérez de Nanclares** (Espagne) déclare, au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, qu'il est indispensable de préserver l'équilibre voulu entre la nécessité de sauvegarder la souveraineté nationale des États affectés et les impératifs de la coordination internationale. De plus, la prévention des catastrophes, sur laquelle les travaux de la CDI ont été essentiellement axés à la soixante-cinquième session, ne doivent pas détourner l'attention de la question centrale de l'assistance en cas de catastrophe.

2. Bien que la délégation espagnole se félicite de la décision de la CDI d'inscrire le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés à son programme de travail, elle craint que l'examen de ce sujet ne soulève des difficultés majeures. Il ne sera pas facile en particulier de délimiter le but du sujet ni d'établir une division nette entre les trois phases temporelles proposées par la Rapporteuse spéciale; le calendrier proposé risque également de se révéler trop ambitieux. Il est donc prématuré de décider de la forme finale du résultat des travaux. Il semble toutefois clair de prime abord qu'il ne serait guère approprié d'élaborer un projet de convention.

3. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation espagnole n'est toujours pas certaine des questions qui doivent être examinées et de la viabilité du sujet, étant donné les différentes manières dont cette obligation opère dans le cadre des divers régimes conventionnels et de l'incertitude quant au point de savoir si elle doit être considérée comme une norme du droit coutumier ou un principe général de droit. L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* n'affecte pas sensiblement cette opinion.

4. Quant au sujet de la formation et l'identification du droit international coutumier, le contenu et la qualité du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/663), qui repose sur une analyse approfondie

de la jurisprudence, augure bien d'un résultat positif, même si le calendrier risque de se révéler trop ambitieux. La délégation espagnole convient que la CDI devrait préserver la souplesse du processus coutumier et procéder à une analyse approfondie des éléments constitutifs du droit international coutumier. Les résultats des travaux devraient donc revêtir un caractère essentiellement pratique, sous la forme d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires.

5. En ce qui concerne la portée du sujet, la relation entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international doit être pleinement examinée, car la distinction entre le droit coutumier et les principes généraux de droit n'a pas toujours été claire dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ou en doctrine. Il peut aussi être intéressant d'examiner la relation entre la coutume et l'acquiescement et l'interaction entre les instruments ou normes non contraignants et la formation et l'identification du droit international coutumier. Il faut distinguer clairement entre les méthodes permettant d'identifier le droit coutumier et la détermination des motifs des décisions judiciaires, en particulier dans le cas de la Cour internationale de Justice. À cet égard, il faut accorder l'attention voulue à la coutume bilatérale comme base d'obligations et de droits réciproques au plan international, car elle est extrêmement importante dans le cadre des différends relatifs à une délimitation territoriale ou maritime, ainsi que des différends concernant des droits de navigation, comme le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* dont a connu la Cour internationale de Justice.

6. En outre, il faudra étudier la relation entre le droit international coutumier général et régional, en accordant une attention particulière à la pratique des organisations régionales. La jurisprudence qui se fait jour à la Cour de justice de l'Union européenne peut être intéressante à cet égard. L'aspect temporel, en particulier la possibilité de formation rapide d'une norme coutumière, doit aussi être examiné.

7. Le sujet de l'application provisoire des traités revêt une grande importance pratique, étant donné le recours de plus en plus fréquent à ce mécanisme par les États et par certaines organisations internationales, et les problèmes majeurs qu'il soulève au plan interne, puisque l'application provisoire est souvent utilisée pour contourner des prescriptions constitutionnelles

internes. Les cas dans lesquels des États cherchent à maintenir l'application provisoire indéfiniment sont particulièrement problématiques. La délégation espagnole pense toutefois elle aussi qu'en dernière analyse le consentement d'un État contractant est décisif; c'est pourquoi la CDI ne doit ni encourager ni décourager le recours à l'application provisoire ni, probablement, analyser ou évaluer le droit interne des États.

8. Une fois qu'un État applique provisoirement un traité, il est assujéti aux dispositions de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour cette raison, le Gouvernement espagnol a prévu des limitations au recours à l'application provisoire dans son projet de loi sur les traités internationaux et autres accords internationaux dont est actuellement saisi le Parlement espagnol. Parmi les questions clefs que doit étudier la CDI dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la relation entre l'article 25 et d'autres dispositions de la Convention de Vienne et la question de savoir si les règles énoncées dans cet article 25 codifient le droit coutumier revêtent une importance particulière. À cet égard, il importe de distinguer entre traités bilatéraux et traités multilatéraux.

9. Il est essentiel d'analyser la pratique des sujets de droit international autres que les États. Bien que le Rapporteur spécial ait indiqué qu'il préférerait n'envisager la question de l'application provisoire des traités par des organisations internationales qu'à un stade ultérieur, cette question ne peut guère être éludée parce qu'elle affecte directement les États, comme l'atteste clairement le recours à l'application provisoire, par des États et des organisations internationales comme l'Union européenne, d'accords dits « mixtes » conclus avec des États tiers. Les problèmes se posant à cet égard méritent une attention particulière.

10. En ce qui concerne le sujet de la clause de la nation la plus favorisée, compte tenu des décisions du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en l'affaire *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, *Plama Consortium Limited c. la République de Bulgarie* et *Impregilo S.p.A. c. la République d'Argentine*, l'objectif du Groupe d'étude doit être d'éviter une fragmentation excessive du droit international et d'améliorer la cohérence des sentences arbitrales internationales dans le domaine des investissements. L'interprétation des traités bilatéraux d'investissement par les tribunaux

arbitraux reflète toutefois clairement le relativisme qui caractérise le droit international, même s'il n'est pas impossible de discerner des précédents dans la jurisprudence arbitrale. Étant donné le relativisme inhérent au droit international des investissements, le résultat des travaux de la CDI ne doit pas être trop prescriptif.

11. **M. Sousa Bravo** (Mexique), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que la prévention des risques de catastrophe, en son sens le plus large, est l'un des principaux piliers de la protection des personnes en cas de catastrophe, car l'adoption de mesures de prévention des risques affecte l'exposition des individus aux risques et leur protection contre ceux-ci. De plus, le principe de diligence est un des fondements de la gestion intégrée des risques. La délégation mexicaine pense donc avec la Rapporteuse spéciale que le projet d'articles doit tenir compte de la situation précédant une catastrophe et se félicite de la décision de la CDI d'adopter provisoirement l'article 5 *ter* (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) et l'article 16 (Obligation de prévention des risques de catastrophe). L'obligation de prévenir les risques de catastrophe doit aussi être reflétée à l'article 2 (Objet), en ajoutant les mots « notamment des mesures de prévention des risques de catastrophe » à la fin de la disposition.

12. S'agissant de l'article 5 *ter*, il importe de maintenir une mention spécifique des mesures de prévention des risques de catastrophe soit dans le texte de l'article soit dans un article distinct afin de renforcer le rôle unique de la prévention dans la protection des personnes. La coopération en matière de prévention des risques diffère à certains égards de la coopération durant une catastrophe, envisagée à l'article 5 *bis*. Si cette dernière est urgente et vise à atténuer les souffrances des victimes et à répondre à leurs besoins les plus pressants, la coopération en matière de prévention des risques exige une planification et opère progressivement dans le temps. Ces caractéristiques n'en nécessitent pas moins une certaine souplesse, et la coopération doit notamment être fournie par les États en fonction de leurs capacités et avec le consentement de l'État affecté.

13. S'agissant de la formation et l'identification du droit international coutumier, la délégation mexicaine se félicite de la décision de la CDI d'intituler désormais le sujet « Détermination du droit international coutumier », ce qui en clarifie la portée et

donne aux travaux une orientation pratique. L'élaboration d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires servira de guide aux avocats et aux magistrats et éclairera le processus à l'issue duquel une pratique commune des États acquiert le statut de droit international coutumier. C'est à juste titre que la CDI se concentre sur les méthodes permettant d'identifier les règles du droit international coutumier, sans oublier que le contexte dans lequel se déroule ce processus doit être analysé, la perspective des États et autres acteurs pouvant être différente de celle des cours et tribunaux. Par exemple, c'est aux États, et non à la Cour internationale de Justice, qu'il incombe d'apporter la preuve de l'existence de règles du droit coutumier. Les activités de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions ont toutefois un poids particulier étant donné le raisonnement rigoureux aux termes duquel elles décident si une pratique doit ou non être considérée comme une règle coutumière.

14. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est un énoncé faisant autorité des sources du droit international et un point de départ approprié pour l'étude du sujet. La liste de sources qu'il présente n'est toutefois pas exhaustive. De plus, il ne mentionne pas les acteurs intergouvernementaux comme le Comité international de la Croix-Rouge qui ont contribué à la formation du droit international coutumier, puisque seuls les États sont parties aux différends portés devant la Cour. Le Rapporteur spécial a décidé à juste titre d'adopter l'approche classique fondée sur les « deux éléments », à savoir la pratique générale et l'*opinio juris*, et non des approches modernes ne reflétant pas la doctrine généralement acceptée dans la pratique internationale.

15. Enfin, le deuxième rapport du Rapporteur spécial devrait comprendre une section sur la valeur juridique des résolutions de l'Organisation des Nations Unies dans la formation du droit international coutumier. Des études déjà menées sur cette question pourraient être utiles, comme celle de Jorge Castañeda, qui a utilisé des termes comme « formation accélérée » ou « pratique accélérée » pour classer les règles coutumières en fonction du temps qu'a nécessité leur formation. Bien qu'actuellement la consolidation de la pratique soit beaucoup plus rapide étant donné la rapidité des communications et d'autres facteurs, les éléments traditionnels du droit coutumier demeurent pertinents.

16. Les travaux de la CDI sur le sujet de l'application provisoire des traités devraient aboutir à un outil de

référence pratique pour les États. Le Gouvernement mexicain a en fait formulé une déclaration d'application provisoire pour donner effet immédiat aux articles 6 et 7 du Traité sur le commerce des armes, conformément à l'article 23 de cet instrument, en attendant son entrée en vigueur pour le Mexique. Les résultats des travaux de la CDI sur le sujet devraient prendre la forme de directives ou de clauses types qui donneraient des indications aux gouvernements sans réglementer le mécanisme de manière excessive afin de préserver la souplesse qu'il ménage aux parties à un traité. La délégation mexicaine convient qu'il n'appartient pas à la CDI d'encourager ou de décourager le recours à l'application provisoire. Les États sont libres de décider d'appliquer ou non un traité provisoirement; l'application provisoire est temporaire et peut faciliter l'entrée en vigueur du traité. S'agissant de la méthodologie, l'examen de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales constitue une bonne approche; à cet égard, le Gouvernement mexicain fournira à la CDI les informations sur le sujet qu'elle a demandées. Enfin, la délégation mexicaine convient que le régime de la responsabilité de l'État dans le contexte de l'application provisoire des traités n'est pas différent du régime général normalement applicable. Les travaux du Rapporteur spécial devraient donc être axés sur le processus de l'application provisoire et ses effets juridiques.

17. La délégation mexicaine se félicite de l'inscription du sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés au programme de travail de la CDI. Étant donné la fréquence des violations du paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole additionnel I), qui interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, il importe de promouvoir l'adoption de mesures juridiques de protection de l'environnement avant, durant et après un conflit armé. La délégation mexicaine approuve donc la perspective temporelle en trois phases proposée par la Rapporteuse spéciale pour l'examen du sujet. En tant qu'État partie aux principaux instruments internationaux relatif au droit humanitaire, aux droits de l'homme et à l'environnement, le Mexique souligne qu'il importe de tenir compte durant les trois phases de l'étude des obligations relevant de chacun de ces

domaines du droit international, dont certaines sont applicables lors de plus d'une phase. Il serait utile de réunir des informations sur les meilleures pratiques auprès de sources diverses, y compris les États, d'autres organismes des Nations Unies et les organisations internationales spécialisées dans la protection de l'environnement, pour asseoir les travaux sur le sujet.

18. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), comme la question de savoir si cette obligation existe en droit international coutumier n'a pas été réglée de manière définitive, la CDI doit procéder à une évaluation systématique de la pratique des États pour déterminer si une règle coutumière existe effectivement à cet égard. L'examen des éléments du principe *aut dedere aut judicare* ne dépend toutefois pas nécessairement de la conclusion à laquelle on parviendra quant à son caractère coutumier; les travaux doivent donc se poursuivre en parallèle sur les deux fronts.

19. Dans l'arrêt qu'elle a rendu récemment sur des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, analysé dans le rapport du Groupe de travail sur le sujet, la Cour internationale de Justice a jugé que, dans le cas spécifique de la Convention contre la torture, le choix entre l'extradition ou l'engagement de poursuites ne signifiait pas que les deux branches de l'alternative avaient le même poids mais que l'extradition était une option offerte à l'État, alors que les poursuites constituaient une obligation. La CDI devrait donc analyser la question du poids relatif de l'obligation de poursuivre et de l'obligation d'extrader de manière plus approfondie.

20. En outre, s'agissant de la portée de l'obligation de poursuivre, la Cour a analysé les mesures prises par le Sénégal au regard de son obligation de poursuivre en application de la Convention contre la torture, en examinant des éléments tels que la nécessité de légiférer, l'obligation d'enquêter, les aspects financiers de l'exercice de l'action publique, ainsi que la nécessité de prendre de telles mesures sans retard et la question des autorités compétentes pour ce faire. Il serait souhaitable que la CDI se penche sur ces questions dans la cadre du Groupe de travail et examine si elles peuvent être d'application universelle ou si des procédures différentes sont associées à l'obligation de poursuivre en fonction de l'instrument qui l'énonce ou de l'infraction qu'elle concerne.

21. Enfin, la Cour a analysé la question de l'intérêt juridique et de l'impact du principe *aut dedere aut judicare* en ce qui concerne la responsabilité internationale s'agissant d'obligations *erga omnes* ou de normes du *jus cogens*, comme l'interdiction de la torture. Cette analyse est étroitement liée à l'obligation d'extrader ou de poursuivre, puisqu'elle implique de déterminer à l'égard de qui l'obligation existe, qui peut demander l'extradition et qui a un intérêt juridique à invoquer la responsabilité internationale d'un État qui manque à son obligation d'extrader ou de poursuivre. Le Groupe de travail pourrait également examiner ces questions.

22. S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée, la délégation mexicaine approuve l'objectif général du Groupe d'étude consistant à éviter la fragmentation du droit international, eu égard aux divergences existant actuellement dans la jurisprudence en la matière et en particulier à l'incohérence dans les règles d'interprétation des traités utilisées, dans l'application de ces règles et dans le raisonnement des tribunaux qui permettent d'utiliser cette clause pour incorporer des dispositions relatives au règlement des différends. L'interprétation de la portée des clauses de la nation la plus favorisée devrait viser à clarifier l'intention réelle des parties à un traité et à préserver l'équilibre, dans l'accord d'investissement, entre la protection de l'investisseur et de son investissement et la marge de manœuvre politique nécessaire au pays hôte. Pour cette raison, les travaux du Groupe d'étude devraient dans l'idéal aboutir à un rapport comprenant trois sections : a) un aperçu exposant les grandes questions qui se posent et les raisons juridiques de l'apparition de tendances divergentes dans l'application de la clause de la nation la plus favorisée; b) des recommandations de fond sur le droit international et les clauses types afin de donner aux parties des directives aux fins des contrats futurs; et c) des recommandations sur l'interprétation correcte des clauses de la nation la plus favorisée dans des traités existants lorsqu'il n'est pas clair que cette clause s'applique aux questions de procédure, comme le règlement des différends, compte tenu du principe *ejusdem generis* et du fait que la source du droit au traitement de la nation la plus favorisée doit être le traité de base et non le traité avec une tierce partie.

23. **M<sup>me</sup> Farhani** (Malaisie), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que sa délégation considère que l'idée générale qui sous-

tend la formulation de l'article 5 *ter* est favorable aux États et contribue à promouvoir la coopération en matière de prévention des risques de catastrophe conformément au principe de la souveraineté de l'État en droit international public. Toutefois, le terme « mesures » utilisé à l'article 5 *ter* semble renvoyer aux mesures spécifiques visées à l'article 16, paragraphe 1; cette corrélation semble élargir indûment l'obligation de coopérer. La délégation malaisienne note en outre que l'article 5 oblige les États à coopérer avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec d'autres organisations non gouvernementales pertinentes. Cette disposition, lue à la lumière des mesures prévues aux articles 5 *ter* et 16, risque d'aboutir à l'usurpation du droit souverain d'un État par un organe supranational.

24. La délégation malaisienne estime aussi que la version de l'article 16 proposée par le Rapporteur spécial, qui prévoyait l'adoption de mesures appropriées par l'établissement de dispositifs institutionnels, est plus acceptable que la version établie par le Comité de rédaction, qui élargit la portée de l'obligation de prendre de telles mesures en exigeant des États qu'ils adoptent des dispositions législatives et réglementaires pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer. Eu égard au principe de la souveraineté de l'État, on ne peut exiger d'un État qu'il prenne des mesures de prévention des risques de catastrophe qui dépassent ses capacités. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 16, la délégation malaisienne craint que l'obligation faite aux États de collecter et de diffuser des informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, dans le but, notamment, d'améliorer la transparence des opérations et de renforcer leur surveillance et leur contrôle par le public, ne touche des questions relevant de la sécurité nationale de l'État. La diffusion d'informations sur les risques et pertes subies par le passé ne doit pas être absolue et doit être guidée par les lois et règlements de chaque État et par ses politiques nationales.

25. En ce qui concerne la formation et l'identification du droit international coutumier, la délégation malaisienne ne s'oppose pas au changement de l'intitulé, désormais « Détermination du droit international coutumier », puisque les travaux envisagés

comprendront toujours un examen des conditions de formation des règles du droit international coutumier ainsi que les preuves matérielles de l'existence de telles règles. Si le droit international coutumier régional peut lier un groupe d'États dans une région donnée, la CDI doit examiner avec soin la manière dont une pratique est reconnue comme relevant du droit international coutumier dans une région particulière, car l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)* donne à penser que le droit international coutumier régional et le droit international coutumier général appellent des approches différentes.

26. En ce qui concerne la méthodologie, la délégation malaisienne souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'examiner avec soin la pratique des États et l'*opinio juris*, les deux éléments constitutifs largement reconnus du droit international coutumier. À cet égard, la CDI devrait aussi recenser les situations courantes dans lesquelles les États agissent par courtoisie et non par *opinio juris*, se pencher sur le poids relatif à accorder à chaque élément constitutif s'agissant d'identifier le droit international coutumier et déterminer si un élément de preuve peut être invoqué pour prouver à la fois la pratique des États et l'*opinio juris*. Aux fins de l'analyse des sources du droit coutumier, il suffit de se reporter à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice; un examen plus poussé des sources ne relève pas du sujet.

27. La délégation malaisienne approuve la proposition du Rapporteur spécial quant à l'ensemble des documents qu'il entend consulter et l'idée qu'il convient de distinguer ces documents quant au poids relatif à leur accorder. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice peut à juste titre être considérée comme la source principale d'indications sur la formation du droit coutumier et la preuve de l'existence de règles coutumières. La CDI devrait examiner avec soin comment les juridictions nationales appliquent le droit international coutumier, les magistrats nationaux pouvant ne pas avoir une connaissance approfondie du droit international public. Il convient toutefois de reconnaître que les tribunaux nationaux jouissent du pouvoir discrétionnaire d'appliquer la législation nationale comme ils le jugent bon. Les résultats des travaux de la CDI sur le sujet ne doivent pas porter atteinte à la souplesse du processus coutumier ou à l'évolution future concernant la formation du droit international coutumier et la preuve de l'existence d'une

règle coutumière. Il importe que la pratique des États représentant tous les systèmes juridiques et toutes les régions du monde soit prise en considération.

28. S'agissant du sujet de l'application provisoire des traités, il importe de ne pas trop réglementer cette institution afin de ménager une certaine souplesse dans son application. Les travaux de la CDI visent à simplifier les processus d'application provisoire des traités, mais un certain nombre d'États, dont la Malaisie, ont déjà établi des procédures strictes pour l'incorporation au droit interne et l'application des traités. À cet égard, les États ne doivent pas être contraints d'exécuter leurs obligations conventionnelles avant d'être prêts à le faire. La CDI devrait axer ses travaux sur les principaux problèmes juridiques que pose l'application provisoire des traités en examinant les positions doctrinales en la matière et la pratique des États.

29. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation malaisienne relève avec préoccupation les dommages environnementaux généralisés actuellement causés par les conflits armés, qui risquent de continuer d'affecter les ressources naturelles et ont un effet au-delà des frontières nationales longtemps après la fin d'un conflit armé. Le moment est venu de procéder à une analyse détaillée du sujet susceptible de déboucher sur un développement progressif du droit et une réglementation efficace. Comme indiqué à l'annexe E du rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-troisième session (A/66/10), les travaux de la CDI devraient reposer sur le droit international humanitaire, le droit pénal international, le droit international de l'environnement et le droit international des droits de l'homme afin de fournir une évaluation exhaustive du sujet. La Malaisie est partie à divers instruments multilatéraux qui envisagent indirectement la question de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment 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, la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction et, au niveau régional, le Traité multilatéral instaurant une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud-Est, qui contribue à protéger la région contre la pollution environnementale et les risques posés par les déchets radioactifs et autres matières radioactives.

30. La délégation malaisienne souscrit d'une manière générale à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'adopter une approche temporelle du sujet. La CDI devrait toutefois, en plus d'élaborer des recommandations relatives à des mesures concrètes de protection de l'environnement lors des différentes phases associées à un conflit armé, identifier les lacunes des cadres juridiques applicables; une large analyse de l'étendue de la protection de l'environnement par les règles en vigueur du droit international humanitaire s'impose. Si la Rapporteuse spéciale a proposé que l'effet de certaines armes sur l'environnement ne soit pas examiné dans le cadre du sujet, la délégation malaisienne pense que la question n'en doit pas moins être envisagée, car les divers instruments régissant la matière font partie intégrante du droit international humanitaire.

31. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation malaisienne pense comme le Groupe de travail que, étant donné la grande diversité dans la formulation, le contenu et la portée de l'obligation dans la pratique conventionnelle, il serait futile pour la CDI d'essayer d'harmoniser les diverses clauses conventionnelles. L'obligation d'extrader ou de poursuivre est actuellement une obligation du droit international général découlant de traités ou du droit interne, de même que du principe de réciprocité. Comme il n'existe pas de preuves concluantes que cette obligation est largement acceptée par la majorité des États, elle n'a pas le statut de norme du droit international coutumier. De plus, le principe *aut dedere aut judicare* n'équivaut pas au principe de la compétence universelle et ne lui est pas assimilable. Le Gouvernement malaisien n'a pas adopté de loi réprimant les infractions soumises à la compétence universelle et il estime que l'obligation d'extrader ou de poursuivre ne s'impose à un État que s'il l'a lui-même contractée dans le cadre d'un traité ou de sa législation interne.

32. L'obligation d'extrader ou de poursuivre a été incorporée dans la loi malaisienne sur l'extradition de 1992, aux termes de laquelle il appartient au Ministre de l'intérieur, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider de faire droit à une demande d'extradition ou de renvoyer l'affaire à l'autorité compétente aux fins de poursuites, compte tenu de la nationalité de l'accusé et selon que les tribunaux malaisiens sont compétents ou non pour connaître de l'infraction en cause. Seules les infractions donnant

lieu à extradition sont prises en compte s'agissant de statuer sur une demande d'extradition. À cet égard, la délégation malaisienne pense comme le Groupe de travail que l'obligation de poursuivre est en fait une obligation de soumettre l'affaire aux autorités chargées des poursuites et n'implique pas une obligation d'engager des poursuites.

33. Il serait prématuré de tenter de rédiger des articles avant d'avoir déterminé le fondement de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il faut donc avant de se lancer dans un développement progressif du droit sur le sujet déterminer l'état du droit positif. En ce qui concerne la troisième branche de l'alternative proposée par le Groupe de travail, à savoir la possibilité pour un État, afin de satisfaire à son obligation d'extrader ou de poursuivre, de remettre un suspect à un tribunal pénal international compétent, la Malaisie étant dotée d'un système juridique dualiste, ses seules obligations internationales juridiquement contraignantes sont celles prévues dans les traités auxquels elle est partie, moyennant d'éventuelles réserves, et qui ont été incorporées dans son droit interne. Le Gouvernement malaisien exécute son obligation d'extrader ou de poursuivre comme convenu dans les traités bilatéraux et multilatéraux qu'il a conclus, sous réserve des lois et procédures internes applicables.

34. S'agissant du sujet de la clause de la nation la plus favorisée, dans la mesure où l'objectif général du Groupe d'étude est d'améliorer la cohérence des approches adoptés par les tribunaux lorsqu'ils interprètent de telles clauses, il serait utile que la CDI élabore un principe général d'interprétation et d'application de la clause de la nation la plus favorisée en droit international public afin de déterminer l'existence éventuelle d'une assimilation des droits substantiels et des traitements procéduraux. Sur la base des sentences rendues dans les affaires *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* et *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, il semble que la clause de la nation la plus favorisée ne puisse pas d'une manière générale être étendue aux dispositions relatives au règlement des différends.

35. Bien qu'une approche uniforme n'ait pas été adoptée dans l'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée, le Groupe d'étude pourrait examiner plusieurs concepts susceptibles d'être appliqués, y compris « le caractère contemporain des preuves » et

« la norme de prépondérance », aux fins d'analyser l'application *ratione materiae* de la clause par rapport au traitement moins favorable dans les procédures de règlement des différends, et la « marge d'appréciation » en ce qui concerne la spécificité d'un traité particulier. Ces outils d'interprétation devraient permettre à la CDI d'analyser les questions de recevabilité et de compétence en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée, et d'évaluer dans quelle mesure cette clause peut affecter le consentement d'un État à l'arbitrage.

36. Le résultat des travaux du Groupe d'étude ne doit pas être indûment prescriptif; il ne doit pas non plus aller à l'encontre de l'intention originelle et de la pratique constante des États en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la clause de la nation la plus favorisée. La CDI doit donc adopter une approche uniquement descriptive, axée sur le libellé général et spécifique de la clause dans son contexte contemporain.

37. **M. Leonidchenko** (Fédération de Russie) déclare, au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, qu'il doute de plus en plus que les résultats des travaux de la CDI sur le sujet doivent prendre la forme d'un projet d'articles. Des directives régissant la coopération entre les États en matière de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs conséquences sont probablement plus appropriées. Les règles qu'élaborera la CDI doivent viser à promouvoir la coopération en matière d'assistance aux États affectés par une catastrophe et non créer des obligations juridiques strictes risquant de faire peser une charge encore plus lourde sur ces États. Cet argument de caractère général est applicable à tous les projets d'article sur le sujet adoptés par la CDI à sa soixante-cinquième session. Ainsi, l'article 5 *bis* (Formes de coopération) doit être considéré comme une liste descriptive des formes d'assistance que la communauté internationale peut apporter à un État affecté; cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas être considérée comme créant des obligations juridiques. L'article 5 *bis* devrait aussi indiquer que les formes d'assistance offertes à un État affecté doivent être dictées par la demande de cet État.

38. L'article 5 *ter* (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) devrait être incorporé à l'article 5 (Obligation de coopérer). S'agissant de l'obligation énoncée à l'article 5, selon lequel les États doivent coopérer entre eux, avec



l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes ainsi qu'avec les organisations non gouvernementales pertinentes, la délégation russe ne voit aucune raison de dire qu'une telle obligation a été établie en tant que principe de droit international. Selon le principe de l'égalité souveraine des États, l'État affecté a le droit de choisir à qui demander une assistance et de qui recevoir une assistance, et avec qui il coopérera à la prévention des risques de catastrophe et à l'atténuation de leurs conséquences. Il semble que si, dans ce contexte, il faut réellement élaborer une règle dans le cadre du développement progressif du droit international, cette règle doit concerner une obligation des États de coopérer, dans la mesure de leurs moyens, entre eux et avec les organisations internationales, afin d'apporter une assistance à l'État affecté et de s'entraider en matière de prévention des risques de catastrophe.

39. Le but de l'article 12 (Offres d'assistance), qui dispose que les États, l'Organisation des Nations Unies, les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales ont le droit d'offrir leur assistance, n'est pas clair et semble énoncer une évidence. Quant à l'article 13 (Conditions de fourniture de l'assistance extérieure), les limitations imposées à l'État affecté lorsqu'il pose des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure doivent aussi être imposées aux États fournissant l'assistance. De plus, la délégation russe objecte au paragraphe 8) du commentaire de cet article, qui indique qu'une sorte d'évaluation des besoins doit être menée pour déterminer l'assistance requise, car il implique que la demande de l'État affecté n'est pas digne de confiance. La logique de l'article 13 n'est pas claire, car elle donne à penser que l'ensemble du processus de fourniture d'assistance n'est pas engagé à la demande de l'État affecté mais résulte du droit d'autres acteurs d'offrir leur assistance.

40. La délégation russe n'a pas d'objections majeures en ce qui concerne l'article 14 (Facilitation de l'assistance extérieure). Elle propose toutefois que le paragraphe 1 de ce projet d'article soit assujéti à la condition exprimée par l'expression « le cas échéant », car dans des domaines tels que les privilèges et immunités une assistance ne sera pas nécessairement appropriée dans tous les cas. S'agissant de l'article 15 (Cessation de l'assistance extérieure), la première phrase du paragraphe 2) du commentaire, à savoir « Un État affecté qui accepte une offre d'assistance reste maître de

la durée pendant laquelle cette assistance est fournie », devrait être incorporée au texte de l'article.

41. L'article 16 (Obligation de prévention des risques de catastrophe) est un autre exemple de développement progressif du droit international. Les parallèles faits dans le paragraphe 4) du commentaire de cet article avec des principes découlant du droit international des droits de l'homme ou du droit de l'environnement ne sont pas totalement appropriés dans ce contexte. Dans la pratique, tous les États souhaitent réduire les risques de catastrophe mais chacun d'entre eux n'a pas les moyens de prendre les mesures nécessaires. La règle devrait donc être remaniée sous la forme d'une recommandation et comprendre l'expression « dans les limites de ses capacités ».

42. S'agissant du sujet de l'application provisoire des traités, la CDI doit adopter une approche prudente, équilibrée et pragmatique, fondée sur l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, point de départ logique des travaux. Les traités provisoires, transitionnels ou intermédiaires ne devraient pas être envisagés dans le cadre du sujet sauf s'ils s'appliquent à titre provisoire. De plus, la CDI ne doit pas se préoccuper indûment du point de savoir si l'application provisoire des traités internationaux va à l'encontre de la constitution ou d'autres dispositions législatives d'un État ou viole le principe de la séparation des pouvoirs. Cette question n'est pertinente que dans la mesure où elle concerne la possibilité d'invoquer le non-respect des procédures internes comme motif de non-application d'un traité appliqué provisoirement. Les travaux devraient essentiellement être axés sur la pratique des États ayant un effet extérieur. La délégation russe approuve le projet du Rapporteur spécial d'examiner la relation entre l'article 25 de la Convention de Vienne et les autres articles de ce texte, et de déterminer les effets du manquement à une obligation découlant d'un traité appliqué provisoirement. La question de savoir si le régime de l'application provisoire relève du droit international coutumier mérite aussi d'être étudiée.

43. Les travaux de la CDI devraient reposer sur une étude exhaustive de la pratique des États, y compris les cas dans lesquels le texte du traité ne prévoit pas expressément l'application provisoire. Sa tâche principale consiste à systématiser le sujet en suivant l'approche indiquée dans son rapport sur les travaux de sa soixante-cinquième session (A/68/10), sans encourager ni décourager le recours à l'application provisoire ni régler indûment celle-ci. La

délégation russe est favorable à l'élaboration de conclusions et de clauses types.

44. Sur le sujet de la formation et l'identification du droit international coutumier, la délégation russe ne s'oppose pas à la décision de la CDI de changer l'intitulé du sujet, désormais « Détermination du droit international coutumier », même si les travaux de la CDI n'en doivent pas moins comprendre un examen des conditions de formation des règles du droit international coutumier, une des principales questions qui se posent en la matière. La délégation russe approuve l'intention d'examiner la pratique des États de toutes les régions du monde, ce qui est particulièrement important aux fins de l'adoption d'une approche générale de l'identification du droit international coutumier. Elle convient que des conclusions accompagnées de commentaires constitueraient un résultat approprié pour les travaux de la CDI; le guide ainsi élaboré aurait une valeur tant théorique que pratique, en particulier pour les avocats et juges qui ne sont pas des spécialistes du droit international public. Elle souscrit aussi à la décision du Rapporteur spécial de ne pas traiter du *jus cogens* dans le cadre du sujet.

45. Si la question de savoir s'il existe des approches différentes du droit coutumier dans les divers domaines du droit international mérite d'être examinée en profondeur, il importe de procéder étant entendu que le droit international, y compris le droit international coutumier, constitue un seul système, unifié, de droit, et que le processus de sa formation ne doit pas être divisé en domaines distincts. Pour que ses travaux sur le sujet soient efficaces, la CDI devrait aussi examiner la relation entre le droit international coutumier, le droit conventionnel et les principes généraux de droit, et examiner la question de la transformation potentielle de règles conventionnelles en règles coutumières. L'élaboration d'un glossaire définissant les termes employés serait utile en pratique, en premier lieu pour les praticiens qui ne sont pas des spécialistes du droit international public.

46. Lorsqu'elle examine la pratique des États, la CDI ne doit pas accorder trop de poids à la pratique des tribunaux nationaux, laquelle ne devrait être envisagée que pour confirmer l'existence d'une règle de droit international coutumier qui s'impose à un État donné, puisque les tribunaux nationaux, lorsqu'ils statuent sur des questions touchant les relations internationales, n'appliquent que le droit établi. Les décisions des tribunaux nationaux ne doivent pas être considérées

comme une pratique des États susceptible de donner naissance à une règle du droit international coutumier. La CDI devrait aussi examiner si la pratique des États créatrice de règles coutumières comprend non seulement la conduite effective des États mais aussi les déclarations officielles faites lors de réunions et de conférences internationales. En outre, la pratique des États peut consister non seulement à accomplir des actes positifs mais aussi à s'abstenir de protester contre une pratique active d'autres États. Enfin, il serait difficile d'établir le contenu des règles du droit international coutumier sans tenir compte des résolutions adoptées par les États membres des organisations internationales, en particulier les résolutions fondées sur un consensus adoptées et réaffirmées pendant de nombreuses années par l'Assemblée générale des Nations Unies.

47. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation russe se demande si la CDI doit poursuivre l'examen du sujet, puisqu'elle n'est pas en mesure de progresser depuis quelques années. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, ce domaine est déjà suffisamment réglementé par le droit international humanitaire, puisque les périodes précédant et suivant un conflit armé sont considérées comme des périodes de paix, durant lesquelles les règles générales de la protection de l'environnement sont pleinement applicables. La Rapporteuse spéciale ne devrait donc pas essayer d'élaborer des règles exhaustives en la matière.

48. **M. Popkov** (Biélorus) déclare, en ce qui concerne la formation et l'identification du droit international coutumier, qu'en dépit du nombre croissant de traités bilatéraux et multilatéraux, la coutume internationale continue de jouer un rôle important en droit international contemporain. Le droit international coutumier non seulement continue de combler les lacunes juridiques dans les domaines qui ne sont pas réglementés par les traités internationaux, mais contribue aussi à assurer l'application harmonieuse, systématique et non contradictoire des règles conventionnelles. Depuis sa naissance, la CDI s'est attachée à identifier la coutume internationale en tant que condition préalable de la codification dans un domaine donné; une étude de ses travaux devrait donc contribuer à déterminer les outils qu'elle a utilisés pour identifier les règles coutumières et analyser leur processus de formation et d'évolution. Seule la Cour internationale de Justice a une expérience et une mémoire institutionnelle comparables dans ce

domaine, et sa pratique doit aussi être soigneusement étudiée.

49. La délégation du Bélarus approuve le calendrier et la méthode proposés par le Rapporteur spécial pour l'examen du sujet et convient qu'il faut étudier la nature spécifique de la formation et des preuves des règles coutumières sur la base des approches classiques du sujet, qui mettent l'accent sur la pratique des États et l'*opinio juris*. En ce qui concerne les éléments matériels et subjectifs des règles coutumières, la pratique des États est d'une importance clef, même si dans certains domaines particuliers du droit international, spécialement le droit international humanitaire et le droit international de l'espace extra-atmosphérique, une longue histoire de pratique stable est peut-être significative. De plus, la pratique n'est pas toujours constante ni facile à identifier, en partie parce que l'ensemble de la pratique des États n'est pas publique. Il convient de distinguer entre la conduite des États connue du public en général et leur action qui n'est pas rendue publique, comme les échanges confidentiels de correspondance diplomatique et les consultations interétatiques privées.

50. En ce qui concerne la pratique des organisations internationales en matière de formation du droit international coutumier, l'approche la plus productive consistera à tenir compte des activités des États membres de ces organisations et non de la pratique des organisations elles-mêmes, qui sont des sujets secondaires du droit international. Malgré la modification de l'intitulé du sujet, la formation du droit international coutumier mérite une attention particulière, parce qu'il serait difficile d'identifier des règles coutumières sans en étudier soigneusement la formation. Bien que cette question puisse ne pas sembler pertinente dans la pratique, cette impression est erronée. Le concept est aussi important pour les représentants de l'État, les juges, les diplomates et les autres personnes contribuant à la formation et l'identification de la coutume internationale.

51. Les normes du *jus cogens* ne doivent pas être étudiées séparément des autres normes coutumières, car elles ont le statut de coutume internationale et sont donc formées et identifiées de la même manière que les autres règles du droit international coutumier. La délégation du Bélarus convient toutefois que la relation entre le droit international coutumier, les principes généraux du droit international, les normes du *jus cogens* et les autres sources de droit international doit être étudiée en tant

que sujet distinct concernant la hiérarchie des sources de droit international.

52. Dans le cadre de ses travaux futurs sur le sujet, la CDI devrait étudier la relation entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel, car il est clair qu'ils s'influencent réciproquement. Dans ce contexte, il serait utile d'examiner comment des règles énoncées dans un traité multilatéral se transforment en règles coutumières s'imposant même aux États qui ne sont pas parties au traité en question et d'identifier les critères quantitatifs et qualitatifs d'une telle transformation, les forces qui la motivent et sa nature juridique. La CDI pourrait aussi analyser la possibilité que la coutume internationale modifie des règles conventionnelles et les conséquences d'une telle modification. Il serait souhaitable d'établir clairement la notion de droit international général en examinant la relation de ce droit avec le droit international coutumier et le droit international conventionnel. À cet égard, la délégation du Bélarus pense que le droit international général comprend non seulement les règles du droit international coutumier mais aussi celles énoncées dans les traités multilatéraux de caractère général. Enfin, la CDI pourrait étudier plus en détail la nature spécifique des règles coutumières locales et régionales, qui jouent un rôle important dans les relations entre États et le règlement des différends, notamment dans le cadre de mécanismes judiciaires et arbitraux au niveau régional.

53. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, la délégation du Bélarus approuve l'intention de la CDI de clarifier les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, si possible, de les adapter aux exigences de la pratique conventionnelle contemporaine sans s'écarter de la Convention elle-même, qui a fait preuve de son efficacité et demeure une source vitale du droit international des traités. En ce qui concerne la terminologie, le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne est approprié, car il rend compte du caractère juridique de l'application provisoire en tant qu'élément subsidiaire et optionnel du traité. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, l'application provisoire d'un traité par un État prend fin naturellement lorsque le traité entre en vigueur pour cet État. La principale raison d'appliquer provisoirement un traité est la nécessité urgente de donner effet immédiatement à toutes ses dispositions ou à certaines d'entre elles. Néanmoins, son utilisation pour modifier les dispositions d'un traité à la

dérober ou contourner des procédures constitutionnelles risque d'affecter la force juridique du traité.

54. Dans le cadre de la poursuite des travaux sur le sujet, l'approche la plus productive et pratique consisterait à étudier les conséquences juridiques internationales de l'application provisoire, et plus précisément à élucider les différences en termes de nature juridique et de conséquences, de l'application provisoire et de l'entrée en vigueur; à déterminer la nature de l'application provisoire en tant qu'obligation unilatérale de l'État concerné ou (implicitement) en tant qu'obligation bilatérale ou multilatérale, et l'étendue des obligations réciproques d'un État annonçant l'application provisoire et des autres États contractants; à examiner les conséquences de la cessation unilatérale de l'application provisoire pour l'État qui y met fin et pour les autres États contractants, ainsi que l'applicabilité du principe de l'*estoppel* et des attentes juridiques; et à évaluer les conséquences de l'invocation du droit interne pour restreindre l'application provisoire d'un traité international. Des clauses de certains traités internationaux, par exemple, subordonnent l'application provisoire à sa compatibilité avec le droit interne des États, en relation non avec le besoin de respecter les procédures constitutionnelles et autres de conclusion des traités internationaux, mais avec la corrélation entre les dispositions du traité appliqué provisoirement et les règles juridiques de fond réglementant des questions juridiques comparables.

55. Le Bélarus recourt activement à l'application provisoire dans sa pratique conventionnelle, et il applique les traités internationaux appliqués provisoirement de la même manière que les traités déjà en vigueur. Il considère que la violation d'un traité doit avoir les mêmes conséquences qu'il soit appliqué provisoirement ou qu'il soit en vigueur, et attend des autres États qu'ils fassent de même.

56. Sur le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), aucun progrès réel n'a été réalisé parce qu'on ne sait pas très bien quel doit être le résultat des travaux de la CDI et de la Commission sur le sujet. Il est peu probable qu'un projet d'articles constitue un résultat adapté, car l'obligation d'extrader ou de poursuivre figure déjà sous une forme suffisamment normalisée dans de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux; la formulation de principes directeurs accompagnés de commentaires est peut-être plus appropriée. La meilleure approche consisterait à travailler dans un contexte plus large afin de faire en

sorte que les auteurs de certains crimes ne puissent jouir de l'impunité. Comme la plupart des délégations reconnaissent l'existence d'une relation spécifique, que ce soit sous forme de complémentarité, d'exclusion mutuelle ou d'équivalence complète, entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il serait souhaitable d'étudier certains aspects de la compétence universelle afin de déterminer s'il existe en la matière des règles de droit international coutumier.

57. S'agissant du sujet de la clause de la nation la plus favorisée, les travaux du Groupe d'étude devraient contribuer à l'harmonisation de l'activité normative et de l'application du droit en la matière. Les résultats obtenus jusqu'ici par le Groupe d'étude sont importants pour la pratique et contribuent également à l'harmonisation des approches de l'interprétation de la clause. Les recherches effectuées par la CDI sur l'application du régime de la nation la plus favorisée dans les relations entre États et investisseurs complètent les travaux d'autres organes et organismes internationaux, par exemple la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et l'Organisation de coopération et de développement économiques, sur l'expansion de la pratique conventionnelle et arbitrale internationale. Il faut espérer que la CDI ne se contentera pas de mener une analyse exhaustive de la pratique internationale existante mais qu'elle fera également des recommandations pour améliorer l'équilibre entre les intérêts légitimes des investisseurs et ceux des États hôtes.

58. Les conclusions de la CDI sur la portée de l'application du régime de la nation la plus favorisée dans le cadre de traités multilatéraux d'investissement seront importantes dans la pratique, en particulier s'agissant des limites au recours aux dispositions de traités bilatéraux ou régionaux pour protéger les investissements de pays tiers et des critères en la matière, de la législation nationale sur la promotion de certains types d'investissement et des contrats d'investissement, et de l'expansion du régime aux phases précédant ou suivant un investissement dans l'État hôte. Il serait également utile que la CDI détermine la corrélation entre le régime de la nation la plus favorisée, le traitement national et les normes internationales minimales sur le traitement des étrangers. L'effet du principe de réciprocité dans le contexte du régime de la nation la plus favorisée, et les exceptions et limitations possibles à son application, y

compris pour des raisons tenant à la mise en œuvre de stratégies et politiques de développement durable, devraient aussi être étudiés avec soin.

59. L'approche exhaustive du sujet adoptée par la CDI lui permettra de dépasser le cadre du droit international des investissements. Il faut analyser le contenu juridique des clauses similaires figurant dans les accords de siège conclus avec des organisations internationales afin de contribuer au développement progressif du droit international dans ce domaine. Enfin, il serait productif, d'un point de vue tant théorique que pratique, d'étudier l'application de la clause de la nation la plus favorisée à la passation des marchés publics, y compris en ce qui concerne l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et les Règles de l'Organisation mondiale du commerce.

60. **M. Alimudin** (Indonésie), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que sa délégation convient que les principes fondamentaux de la souveraineté, de la non-intervention et du consentement de l'État affecté doivent être considérés à la lumière des responsabilités assumées par les États; la CDI devrait veiller dans le cadre de ses travaux à réaliser un équilibre entre ces principes. Il faut aussi souligner que le Gouvernement de l'État affecté est le mieux placé pour déterminer la gravité d'une situation de catastrophe, les limites de sa capacité nationale d'intervention et si une assistance extérieure est nécessaire. Il ne faut pas aller à l'encontre de la pratique effective des États. S'agissant des catastrophes majeures, l'Indonésie a toujours rapidement décidé de travailler avec la communauté internationale. Conscient que le pays est exposé aux catastrophes, le Gouvernement a adopté une loi sur la gestion des catastrophes qui stipule que les fournisseurs d'assistance extérieure doivent respecter l'indépendance politique, la souveraineté, l'intégrité territoriale, les lois et le droit interne de l'Indonésie.

61. La délégation indonésienne se demande si l'article 12, qui énonce le droit d'offrir une assistance, est nécessaire. En vertu de sa souveraineté, et sous réserve du consentement de l'État affecté, tout État non affecté peut fournir une assistance à un État affecté. Il est donc inutile d'énoncer un droit d'offrir son assistance. La délégation indonésienne approuve néanmoins le paragraphe 2) du commentaire de l'article 12, qui explique que cet article n'établit pas une obligation juridique de fournir une assistance, pas

plus qu'il ne crée à la charge de l'État affecté une obligation d'accepter l'assistance. Ces concepts doivent être envisagés à la lumière des paragraphes 1), 5) et 6) du commentaire de l'article 13, qui décrivent le droit de l'État affecté de poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure et de l'obligation de l'État affecté comme des États lui prêtant assistance de respecter la législation nationale applicable de l'État affecté.

62. Le résultat final des travaux de la CDI sur le sujet de la formation et l'identification du droit international coutumier devrait donner aux tribunaux nationaux, conseillers juridiques de gouvernement et juges et arbitres siégeant dans les cours et tribunaux internationaux spécialisés, entre autres acteurs, des indications s'agissant d'identifier ou d'appliquer les règles du droit international coutumier. Les deux aspects du sujet, la formation du droit international coutumier, qui est un processus dynamique, et la preuve de l'existence de ce droit, qui a un caractère statique, sont néanmoins étroitement liés et doivent être envisagés de manière exhaustive, quel que soit l'intitulé du sujet. Pour déterminer si une règle de droit international coutumier existe, il faut tenir compte à la fois des conditions de formation d'une règle coutumière et du type de preuves qui établissent que ces conditions sont réunies. La notion de *ius cogens* ne doit pas être examinée dans le cadre du sujet, même si l'on pourra s'y référer au fur et à mesure que les travaux progresseront.

63. L'examen du sujet de l'application provisoire des traités est important, car il clarifiera les conséquences juridiques de l'application provisoire ainsi que des questions connexes. C'est bien l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui doit servir de base à l'élaboration d'un ensemble de directives sur l'application provisoire. Étant donné la complexité du sujet, certaines questions soulevées par la CDI sont controversées. Il serait donc profitable d'étudier plus à fond la pratique des États et la jurisprudence judiciaire et arbitrale en matière d'application provisoire des traités. S'agissant des effets juridiques, il serait essentiel d'examiner la relation entre l'application provisoire des traités et les prescriptions du droit constitutionnel en matière d'entrée en vigueur des traités, car l'application provisoire peut aboutir à un conflit entre le droit international et le droit constitutionnel des États contractants. Pour des raisons de sécurité juridique, les directives qui pourront être

élaborées sur le sujet devraient subordonner l'application provisoire des traités à des conditions permettant de prévenir ou de réduire au minimum la possibilité d'un tel conflit.

64. La CDI ne doit décider de la forme finale que prendra le résultat de ses travaux qu'une fois qu'elle aura progressé de manière significative dans l'étude du sujet. Son but ne doit pas être d'encourager les États à appliquer provisoirement les traités, mais de leur fournir des indications quant aux questions qui se posent. En dernière analyse, les États jouissent du droit souverain de décision en matière d'application provisoire des traités.

65. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation indonésienne approuve la proposition de la Rapporteuse spéciale de diviser l'examen du sujet en phases temporelles, afin d'examiner les mesures juridiques à prendre pour protéger l'environnement avant, durant et après un conflit armé. Il ne saurait toutefois y avoir de séparation stricte entre ces différentes phases. La délégation indonésienne convient que le sujet se prête davantage à l'élaboration de projets de directives non contraignantes qu'à celle d'un projet de convention.

66. S'agissant du sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la délégation indonésienne se félicite de la reconstitution du Groupe de travail à composition non limitée pour évaluer les progrès des travaux sur le sujet et étudier les options qui s'offrent à la CDI pour l'avenir.

67. **M<sup>me</sup> Bolaño Prada** (Cuba), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que les travaux menés par la CDI pour codifier le sujet en vue de protéger des vies humaines viennent à point nommé. Les efforts de codification doivent de fait tenir compte de l'importance cruciale de la prévention des catastrophes dans le traitement et la protection de la population, en particulier dans les pays les plus pauvres. Toute règle qui sera proposée devra toutefois être axée sur des questions générales et respecter l'esprit de la Charte des Nations Unies. La délégation cubaine note avec satisfaction que le projet d'articles prévoit le consentement de l'État affecté à la fourniture de l'assistance et réaffirme qu'une telle coopération doit se dérouler dans le respect des principes de souveraineté et d'autodétermination. En aucune circonstance le projet d'articles ne doit pouvoir être interprété d'une manière

qui viole le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États. Seul l'État affecté peut déterminer si l'ampleur de la catastrophe dépasse sa capacité d'intervention et décider de demander ou d'accepter l'assistance d'organisations internationales ou d'autres États.

68. Cuba a une vaste expérience des catastrophes naturelles de grande ampleur et s'est dotée d'un système complet d'intervention. Son action est guidée par le principe fondamental de préservation de la vie humaine et de protection de la population. Elle a coopéré avec de nombreux pays et offert son assistance dans des situations de catastrophes naturelles, bien qu'étant confrontée depuis plus de 50 ans à un embargo économique, commercial et financier qui a limité son développement de manière significative.

69. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, Cuba adhère strictement aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le Rapporteur spécial doit être prudent s'agissant d'interpréter les actes souverains des États en ce qui concerne la signature et l'entrée en vigueur des traités, car de tels actes peuvent être accomplis dans un contexte politique difficile à comprendre pour des tiers.

70. La délégation cubaine se félicite de l'inscription du sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés au programme de travail de la CDI. Une étude des effets de tous les types d'armes sur l'environnement serait utile; la délégation cubaine est particulièrement intéressée par les effets de l'utilisation, de la mise au point et du stockage d'armes nucléaires. À cet égard, le Rapporteur spécial chargé du sujet devrait envisager la possibilité d'élaborer un régime de responsabilité couvrant la réparation des dommages, la reconstruction, la responsabilité pour fait illicite et l'indemnisation pour le préjudice causé à l'environnement.

71. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) revêt une grande importance pour la communauté internationale. Toute réglementation en la matière doit respecter le principe d'autodétermination et la souveraineté des États. L'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre doit respecter strictement les principes consacrés dans la Charte des Nations Unies, en particulier ceux concernant l'égalité souveraine et l'indépendance politique des États et la non-ingérence dans leurs affaires intérieures. La CDI devrait se

concentrer sur l'élaboration de principes généraux régissant l'extradition et les motifs permettant de refuser l'extradition, compte tenu de l'article 3 (Motifs obligatoires de refus) du Traité type d'extradition annexé à la résolution 45/116 de l'Assemblée générale.

72. Il serait aussi utile de définir un cadre général des infractions donnant lieu à extradition, même si chaque État a le droit de définir dans sa législation les infractions du chef desquelles l'extradition sera accordée. À cet égard, Cuba considère que l'obligation de poursuivre découle de la présence du suspect sur le territoire d'un État, alors que l'obligation d'extrader ne joue que lorsqu'il existe un traité ou une déclaration de réciprocité entre les États concernés. L'obligation d'extrader ou de poursuivre dépend non seulement de la pratique mais aussi du droit international et de sa relation avec le droit interne de chaque État. Lorsqu'un État refuse de faire droit à une demande d'extradition, il est tenu d'engager des poursuites pénales, mais uniquement conformément à son droit interne.

73. Tant l'obligation d'extrader ou de poursuivre que le principe de la compétence universelle visent à combattre l'impunité des auteurs de certains types de crimes contre la communauté internationale. Le Groupe de travail chargé du sujet devrait toutefois examiner s'il est pertinent de définir les infractions auxquelles les deux principes sont applicables, compte tenu des conséquences négatives de l'abus de ces principes sur la souveraineté de l'État.

74. Les travaux de la CDI sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée sont particulièrement importants s'agissant des traités de protection des investissements. À cet égard, la Convention de Vienne sur le droit des traités devrait être le point de départ de l'étude des principes applicables aux accords internationaux quels qu'ils soient. Il est préoccupant que la clause de la nation la plus favorisée puisse être utilisée par un investisseur pour revendiquer des droits qui n'étaient pas prévus dans l'accord avec son État de nationalité et avaient de fait été expressément exclus durant la négociation de cet accord. Cet usage contestable des critères énoncés dans d'autres instruments ou règles juridiques sans lien avec le traité en question est manifestement contraire aux principes de l'interprétation et de l'application des traités établis dans la Convention de Vienne. La délégation cubaine note avec préoccupation que des tribunaux arbitraux, pour se déclarer compétents pour connaître de certaines affaires, élargissent indûment le champ d'application

d'accords de protection des investissements sur la base de principes comme la clause de la nation la plus favorisée. Une large interprétation de telles clauses affecte l'équilibre des accords de protection des investissements et porte atteinte à la souveraineté de l'État hôte dans l'élaboration de ses politiques. Les termes du traité, dans lequel des dispositions relatives à la nation la plus favorisée doivent être expressément énoncées, en particulier s'agissant du règlement des différends, doivent être respectés, et non largement interprétés.

75. **M<sup>me</sup> Topf-Mazeh** (Israël) déclare, s'agissant de la protection des personnes en cas de catastrophe, qu'Israël attache beaucoup d'importance à la prévention, un élément clef d'une réaction exhaustive et efficace à la menace de catastrophes. En 2008, le Gouvernement israélien a créé l'Autorité nationale des urgences, qui coordonne et oriente l'action des services de l'État et des autorités locales dans le domaine de la gestion des catastrophes et s'efforce de sensibiliser la population à la nécessité de la prévention des risques, de l'atténuation des dommages et de la préparation aux catastrophes. Le Gouvernement mène aussi des exercices de simulation de catastrophe naturelle, souvent avec la participation d'organismes internationaux. De plus, par l'intermédiaire de sa Force internationale d'urgence, Israël a participé à des initiatives d'éducation et de renforcement des capacités dans d'autres pays, principalement pour les aider à se doter d'infrastructures sanitaires et pédagogiques viables, avant, durant et après les catastrophes. Israël demeure attaché à la coopération internationale et continuera d'offrir son assistance lorsque cela est possible et nécessaire.

76. S'agissant des travaux de la CDI, la délégation israélienne réitère sa position, à savoir que le sujet ne doit pas être envisagé sous l'angle de droits et d'obligations; la CDI devrait plutôt viser à fournir des orientations en matière de coopération internationale volontaire. De plus, l'obligation des États de coopérer doit être entendue dans le contexte de la responsabilité principale de l'État affecté de protéger les personnes en cas de catastrophe. Ceci devrait être reflété dans le projet d'articles.

77. S'agissant de la formation et l'identification du droit international coutumier, le Rapporteur spécial doit faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'il analyse le rôle des organisations internationales dans l'identification ou la formation des règles du droit

international coutumier. Pour éviter les partis pris politiques et une fragmentation institutionnelle éventuels, le rôle des acteurs non étatiques dans l'identification et la formation des règles coutumières devrait être extrêmement limité. Les résolutions, rapports et déclarations des organisations multilatérales, en particulier des organismes et organes des Nations Unies, ne sont pas uniquement motivées par des considérations juridiques et traduisent souvent des déséquilibres politiques, des considérations sélectives et des pressions de caractère temporaire. Ces instruments de « droit mou » ne doivent donc pas être considérés comme établissant des obligations juridiques concernant une pratique particulière, ni comme attestant l'existence de telles obligations. À cet égard, la délégation israélienne conteste le bien-fondé des observations 13 et 14 figurant dans le mémoire du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/659) et serait préoccupée si le Rapporteur spécial devait à l'avenir faire fond sur la Déclaration de principes de Londres de l'Association de droit international.

78. Israël appuie avec vigueur une méthode de recherche mettant l'accent sur les États en tant qu'ils sont les seuls à élaborer des règles internationales de nature coutumière. L'identification de telles règles doit ainsi reposer sur un examen exhaustif de la pratique effective des États, associée à l'*opinio juris*. La jurisprudence des juridictions internationales doit être prise en compte comme moyen subsidiaire d'identification uniquement lorsqu'elle découle d'un tel examen exhaustif. Dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la CDI ne doit accorder aucun poids aux déclarations politiques, aux réactions générales ou aux simples omissions des États.

79. Il importerait également d'adopter une approche prudente et responsable aux fins de l'analyse de la question du droit international coutumier spécial ou régional et de la question de savoir si différentes règles sont nécessaires en matière de formation et de preuve du droit international coutumier dans différents domaines, comme le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit pénal international. Le système juridique international étant déjà fragmenté, une nouvelle diversification des règles régissant la formation et la preuve de la coutume en fonction de la région ou du domaine juridique concerné ne ferait qu'accroître l'incohérence et l'incertitude. S'écarter de quelque manière que ce soit de l'approche généralement acceptée de l'identification de la

formation du droit coutumier, qui repose sur les deux éléments consacrés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et est appliquée dans l'abondante jurisprudence des cours et tribunaux internationaux et internes, serait contreproductif. Tout infléchissement en direction de ce que le Rapporteur spécial qualifie d'approche doctrinale « moderne » porterait atteinte à l'autorité de la coutume comme source de droit international et risquerait d'ébranler les structures fragiles de l'ordre juridique international existant.

80. La délégation israélienne approuve la décision du Rapporteur spécial de ne pas traiter de la question des règles du *jus cogens* pour des raisons pragmatiques, car ces règles posent des problèmes qui leur sont propres et ne relèvent pas du sujet. Elle se félicite aussi que le Rapporteur spécial ait indiqué que tous les actes internationaux n'avaient pas d'effet juridique; les actes accomplis par l'État *ex gratia*, comme les actes de courtoisie et de tradition, ne doivent pas être considérés comme établissant nécessairement une pratique des États ou une *opinio juris*. S'agissant du résultat des travaux de la CDI, la délégation israélienne convient que l'objectif doit être d'élaborer un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires qui servirait de guide général d'interprétation aux tribunaux et praticiens internationaux et nationaux.

81. La délégation israélienne se félicite de l'inscription du sujet de l'application provisoire des traités au programme de travail à long terme de la CDI. Si Israël prévoit la possibilité d'appliquer provisoirement des traités, une telle application n'intervient que dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, l'application provisoire peut être pertinente dans les situations d'urgence, lorsqu'une souplesse exceptionnelle est nécessaire, lorsqu'un traité revêt une grande importance politique ou lorsqu'il importe de ne pas attendre pour approuver le traité que les États aient mené à bien le long processus des formalités constitutionnelles.

82. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), des événements juridiques survenus durant l'année écoulée ont une nouvelle fois prouvé que la CDI ne traitait pas d'un sujet théorique mais d'un outil juridique pratique dans la lutte internationale contre l'impunité. L'obligation d'extrader ou de poursuivre repose entièrement sur les traités; le droit international positif et la pratique des États n'offrent pas suffisamment de raisons pour étendre une



telle obligation au-delà des traités internationaux qui l'énoncent expressément. Lorsqu'ils élaborent des traités, les États peuvent et doivent décider par eux-mêmes quelle formulation conventionnelle de l'obligation d'extrader ou de poursuivre répond le mieux à leur objectif dans une situation particulière, et il serait futile pour la CDI d'essayer de créer un modèle pour toutes les situations et tous les traités. Si la délégation israélienne sait gré au Groupe de travail d'avoir étudié l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, elle doute que l'on puisse tirer des conclusions générales et de vaste portée des circonstances spécifiques envisagées dans cet arrêt.

83. S'agissant du sujet de la clause de la nation la plus favorisée, les recherches exhaustives menées par le Groupe d'étude mettent en lumière les complexités de cette clause s'agissant des accords bilatéraux d'investissement. La question de la portée de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends prévus dans des accords bilatéraux d'investissement et dans les chapitres relatifs aux investissements des accords commerciaux présente un intérêt particulier, tout comme la méthode d'application du principe *ejusdem generis* par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Le principe du consentement entre les parties négociant de tels accords est important pour déterminer la portée et le champ d'application des clauses de la nation la plus favorisée et l'exclusion de certaines dispositions. La délégation israélienne attend avec intérêt la poursuite des travaux du Groupe d'étude, notamment l'analyse par celui-ci de la jurisprudence relative à la clause de la nation la plus favorisée en relation avec les accords sur le commerce des services et accords d'investissement.

84. **M. Mangisi** (Tonga), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que sa délégation se félicite de l'inclusion des articles 5 *ter* et 16, qui énoncent l'obligation qui s'impose aux États de prévenir les risques de catastrophe. L'accent mis sur la prévention est particulièrement important dans la région du Pacifique, où l'élévation du niveau de la mer et les tempêtes tropicales de plus en plus fréquentes et intenses ont des conséquences négatives profondes. Tonga, comme d'autres petits États insulaires en développement du Pacifique, est extrêmement exposée à un risque accru de catastrophes du fait des changements climatiques. C'est le premier pays de la région à s'être

doté d'un plan national d'action pour l'adaptation aux changements climatiques et à la gestion des risques de catastrophe et c'est un pionnier dans la mise au point et en œuvre d'une approche régionale de l'évaluation des risques de catastrophe et de leur atténuation.

85. Toutefois, la responsabilité s'agissant d'atténuer les risques de catastrophe résultant des changements climatiques ne peut être supportée uniquement par les pays en développement les plus affectés, et elle doit être également assumée par la communauté internationale, en particulier par les pays développés. L'article 5 *ter* confirme que l'obligation de coopérer incombant aux États, énoncée à l'article 5, comprend des mesures visant à prévenir les risques de catastrophe. À cet égard, le risque de catastrophe associé aux changements climatiques oblige les États à coopérer; ils sont en fait tenus de le faire en application du droit international, notamment en réduisant les émissions de gaz à effet de serre au niveau mondial. Il incombe aux pays développés et en développement de coopérer entre eux pour faire en sorte que les mesures de réduction des effets des changements climatiques, dévastateurs pour les petits États insulaires en développement, soient considérées comme prioritaires.

86. Le paragraphe 1 de l'article 16 énonce l'obligation des États de prévenir les risques de catastrophe en prenant les mesures nécessaires et appropriées, notamment d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer. Dans son commentaire de cet article, la CDI indique que cette obligation repose sur le principe de diligence et sur l'obligation des États de protéger activement les droits de l'homme. Étant donné que le principe de diligence s'applique aussi à la conduite de l'État, y compris à son inaction, susceptible d'avoir un impact sur les risques de catastrophe dans d'autres États, on peut en conclure qu'également en vertu de l'article 16, les États sont tenus de prendre des mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et de promouvoir d'autres mesures d'atténuation des effets des changements climatiques et d'adaptation à ceux-ci susceptibles de prévenir les risques de catastrophe. À cet égard, le commentaire de l'article 16 devrait expliquer que l'obligation des États de prévenir les catastrophes comprend une obligation de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour que leurs actes n'accroissent pas le risque de catastrophes dans d'autres États.

87. La délégation de Tonga considère que l'obligation de coopérer énoncée à l'article 5 comprend l'obligation positive de fournir à l'État affecté une assistance lorsque celui-ci le demande, compte tenu de la capacité de chaque État de fournir une telle assistance. Dans le contexte des changements climatiques, la nature de cette obligation positive de fournir une assistance doit refléter la responsabilité juridique et morale des États pour les dommages causés du fait de la rapidité du développement humain au cours des deux siècles passés.

88. **M. Sinhaseni** (Thaïlande), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que l'article 5 *ter* (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) doit être interprété à la lumière, notamment, de l'article 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure) et de l'article 13 (Conditions de fourniture de l'assistance extérieure). Pris ensemble, ces articles énoncent correctement le droit de l'État affecté de rejeter les offres d'assistance s'il estime que l'État ou l'entité dont elles émanent a un motif ultérieur susceptible de porter atteinte à sa souveraineté ou à un intérêt national crucial.

89. S'agissant de la formation et l'identification du droit international coutumier, la Thaïlande suit une approche dualiste du droit international et incorpore les dispositions des traités internationaux dans sa législation interne afin de donner effet aux obligations énoncées dans ces traités. En de rares occasions, les tribunaux thaïlandais invoquent des règles bien établies du droit international coutumier pour régler les différends. Les résultats des travaux de la CDI sur le sujet fourniront des indications précieuses aux juges et aux avocats sur la manière d'identifier les règles du droit international coutumier. À une époque où il existe près de 200 États souverains, il semble que les traités soient devenus la principale source d'obligations juridiques internationales s'imposant aux États et qu'il soit devenu relativement difficile de prouver l'existence d'une *opinio juris* comme d'établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Les vues de la CDI sur ces questions seront les bienvenues.

90. S'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), un outil indispensable dans la lutte contre l'impunité, il peut exister dans le régime conventionnel régissant cette obligation des lacunes qu'il peut falloir combler, en particulier s'agissant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui ne relèvent pas des violations graves prévues dans les quatre Conventions de Genève

de 1949 et le Protocole additionnel I. De plus, en ce qui concerne le génocide, comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 26 février 2007 en l'affaire concernant l'*Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, l'article VI de la Convention sur le génocide oblige les parties contractantes à exercer leur compétence pénale ou à coopérer avec un tribunal pénal international dans certaines circonstances seulement. À cet égard, la délégation thaïlandaise est d'accord avec les délégations qui ont encouragé la CDI à élaborer des dispositions types sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre afin de combler lesdites lacunes. Elle sait aussi énormément gré à l'Argentine, à la Belgique, aux Pays-Bas et à la Slovénie de leur initiative commune visant l'adoption d'un nouvel instrument international sur l'entraide judiciaire et l'extradition aux fins des enquêtes et des poursuites concernant tous les principaux crimes internationaux, notamment les crimes contre l'humanité. Les travaux de la CDI sur le sujet serviront cet objectif.

91. En ce qui concerne la nécessité d'établir la compétence pour donner effet à l'obligation de poursuivre ou d'extrader, il y a peut-être un chevauchement entre cette obligation et la compétence universelle dans les cas où un crime est commis à l'étranger sans aucun lien avec l'État du for. La CDI devrait étudier la pratique des États dans l'application du principe de la compétence universelle, qui pourrait intéresser ses travaux sur le sujet. Enfin, le lien entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et les mécanismes mis en place par les juridictions internationales devrait recevoir une attention particulière.

92. *M. Silva (Brésil), Vice-Président, prend la présidence.*

93. **M<sup>me</sup> Benešová** (République tchèque), se référant au sujet de la formation et l'identification du droit international coutumier, dit que sa délégation approuve la portée générale du sujet définie par le Rapporteur spécial. Même si l'intitulé du sujet a été modifié et est désormais « Détermination du droit international coutumier », les travaux de la CDI devraient demeurer axés tant sur le processus de formation des règles coutumières que sur les preuves matérielles de leur existence. Ces deux aspects sont liés et constituent un moyen essentiel de constater l'apparition de règles coutumières.

94. La délégation tchèque appuie également l'approche fondée sur les « deux éléments », qui reconnaît la nécessité de la pratique des États, et de l'*opinio juris* dans la formation de la coutume internationale, même si l'équilibre entre l'une et l'autre peut varier. Leur relation présente un aspect temporel, et l'une d'elle peut être plus pertinente que l'autre. L'examen de questions comme celle de savoir si l'*opinio juris* peut anticiper la pratique des États, les effets du temps et de la répétition dans la consolidation de la norme coutumière et la notion de droit coutumier « instantané » contribuera à clarifier certaines caractéristiques fondamentales de la coutume internationale. La CDI devrait toutefois tenir compte de la souplesse du droit coutumier et éviter d'adopter une approche indûment prescriptive du sujet. Les résultats de ses travaux devraient avoir un caractère pratique.

95. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation tchèque pense comme la Rapporteuse spéciale que cette question intéresse le droit international contemporain et appuie la méthode qu'elle propose, à savoir envisager le sujet d'un point de vue temporel. Un projet d'articles constituerait un résultat approprié.

96. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), certaines des conclusions figurant dans le rapport du Groupe de travail (A/68/10, annexe A) posent problème. En particulier, le paragraphe 28 ne rend pas adéquatement compte de la position des États telle qu'énoncée dans l'article 13 du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la CDI en première lecture (A/67/10, chap. IV). Comme aucun progrès substantiel n'a été fait depuis 2005, la CDI ne devrait pas poursuivre ses travaux sur le sujet mais se concentrer sur les autres sujets inscrits à son ordre du jour. Ce nonobstant, la délégation tchèque attache beaucoup d'importance à l'inclusion et l'application de clauses conventionnelles sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans les instruments juridiques internationaux pertinents et elle est prête à travailler sur la question dans le cadre des instances compétentes.

97. **M. Van Den Bogaard** (Pays-Bas), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que sa délégation, comme certains membres de la CDI, est préoccupée par le contenu du chapitre II, section B, du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/662), qui envisage la prévention en tant que principe du droit international. Le principe de

prévention ne doit pas être appliqué trop largement ni en relation avec tous les types de catastrophes. De plus, si la référence au droit de l'environnement est peut-être utile, il conviendrait de rappeler que l'obligation de prévenir les dommages en droit de l'environnement concerne les dommages transfrontières.

98. S'agissant de l'article 5 *ter*, qui élargit l'obligation générale de coopérer à la phase précédant la catastrophe, la délégation néerlandaise est favorable à l'incorporation proposée de cet article dans l'article 5 ou l'article 5 *bis*, qui éviterait d'accorder trop de place à la phase précédant une catastrophe. La CDI devrait se concentrer sur la phase de la catastrophe elle-même, conformément à l'intitulé du sujet. Les ajustements apportés à l'article 16 en ont amélioré le texte, qui reflète désormais mieux les vues de la délégation néerlandaise. Le nouveau libellé précise que l'obligation de prévenir les risques de catastrophe s'impose à chaque État individuellement, ce qui implique que les mesures doivent en premier lieu être prises au niveau national. La délégation néerlandaise rappelle et appuie la proposition antérieure du Rapporteur spécial d'étudier la protection du personnel d'assistance humanitaire, une question préoccupante.

99. En ce qui concerne la formation et l'identification du droit international coutumier, le changement dans l'intitulé, désormais « Détermination du droit international coutumier », décrit mieux l'objectif de la CDI d'améliorer la transparence en ce qui concerne le processus par lequel le droit coutumier est établi et se développe. Les travaux de la CDI seront extrêmement pertinents pour les tribunaux internes qui peuvent parfois être appelés à appliquer ce droit. Dans de nombreux pays de tradition juridique continentale, le droit coutumier est désapprouvé ou considéré comme suspect. Dans cette tradition, le droit doit être codifié par écrit et les références au droit international sous la forme du droit coutumier sont fréquemment mal comprises. Le processus de formation du droit international coutumier est souvent si mal connu des tribunaux nationaux que l'application de ce droit, même lorsqu'elle est pertinente dans une espèce particulière, est fréquemment vaine. Une opinion autorisée sur la détermination du droit coutumier contribuerait donc à l'application de ce droit devant les tribunaux internes.

100. Une meilleure compréhension de la formation du droit coutumier est également nécessaire. À cet égard, la CDI devrait réfléchir à la nécessité de la publication et de la transparence s'agissant des différents éléments

constitutifs du droit coutumier. Si la pratique des États peut être observée par un œil averti, il n'y a aucune obligation juridique spécifique pour les États de clarifier, voire de publier, leur *opinio juris*. De fait, les États peuvent ne pas souhaiter divulguer leur *opinio juris* lorsqu'ils ne sont pas tenus de le faire. De plus, si l'*opinio juris* peut être déduite de publications officielles ou de déclarations de ministres ou hauts représentants de l'État, ces documents ne sont pas toujours disponibles ni accessibles ou peuvent ne pas couvrir l'ensemble des règles détaillées de droit coutumier. Le fait que l'*opinio juris* est parfois traitée comme une question confidentielle par les États crée des difficultés dans l'identification du droit coutumier. La délégation néerlandaise attend avec intérêt les vues du Rapporteur spécial sur cette question.

101. La délégation néerlandaise pense avec la majorité des membres de la CDI que la notion de *jus cogens* n'a pas à être incluse dans les travaux sur le droit coutumier. Le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur dans le cadre de l'ordre juridique international, qu'il prenne la forme de droit écrit ou de droit coutumier. Déterminer comment une règle acquiert le statut de norme impérative ne souffrant aucune dérogation est clairement une entreprise distincte de la détermination des règles du droit coutumier.

102. Si la délégation néerlandaise reconnaît que les références au droit des traités sont pertinentes dans le cadre des recherches sur la détermination du droit coutumier, elle conteste le renvoi aux principes généraux du droit international dans les débats sur le sujet. Ces principes généraux étant des sources secondaires de droit international, leur pertinence pour la détermination du droit coutumier n'est pas immédiatement évidente. La délégation néerlandaise souhaiterait des éclaircissements à cet égard.

103. S'agissant de l'application provisoire des traités, la délégation néerlandaise doute que les questions recensées au paragraphe 53 du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664) soient effectivement celles qui appellent des éclaircissements. Bien que l'application provisoire des traités soit un instrument d'application pratique, la tâche de la CDI n'est pas d'encourager une plus large utilisation mais d'élucider le concept. La CDI ne devrait pas viser à modifier les termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités mais devrait, comme il est proposé, analyser en profondeur la pratique des États à la lumière de l'article 25 de cette convention. Une telle analyse serait

aussi pertinente pour déterminer le statut de l'article 25 en droit international coutumier, une autre question à laquelle le Rapporteur spécial devrait réfléchir. La CDI devrait aussi étudier comment les États peuvent exprimer leur consentement à l'application provisoire d'un traité et comment il est mis fin à cette application provisoire.

104. Le Rapporteur spécial fait observer que l'article 25 de la Convention de Vienne envisage la situation dans laquelle un traité est appliqué à titre provisoire alors qu'il n'est pas encore en vigueur et qu'en conséquence l'application provisoire peut prendre fin avec l'entrée en vigueur de l'instrument. Or, dans de tels cas, l'application provisoire peut se poursuivre pour les États qui n'ont pas encore ratifié le traité. La CDI devra étudier les différentes questions juridiques que soulève cette situation. De même, l'article 25 prévoit que l'application provisoire prend fin si un État notifie aux autres États son intention de ne pas devenir partie au traité. La CDI devrait examiner la signification juridique de cette notification, car elle n'empêche pas un État de devenir ultérieurement partie au traité.

105. La CDI devrait aussi examiner les effets juridiques de l'application provisoire à la lumière du principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. À cet égard, elle devra tenir compte de plusieurs situations différentes, y compris celles dans lesquelles l'application provisoire de régimes conventionnels, comme ceux qui prévoient un cadre institutionnel ou un secrétariat, ne devient pleinement effective qu'une fois le traité entré en vigueur. Plus généralement, il pourra être nécessaire que la CDI clarifie l'effet d'autres dispositions de la Convention de Vienne sur l'application provisoire des traités, compte tenu des réserves, et de distinguer le concept d'application provisoire de l'obligation, énoncée à l'article 18 de la Convention, de ne pas priver le traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur.

106. Une étude de l'application provisoire des traités ne peut laisser de côté le droit interne, car c'est l'ordre juridique interne d'un État qui détermine si l'application provisoire est possible. Ces processus internes déterminent donc dans une large mesure la portée et l'utilité de l'application provisoire en tant qu'instrument de la pratique conventionnelle. S'il est clair que la CDI doit élucider cette relation, ses travaux dans ce domaine ne doivent pas aller au-delà d'un bilan du droit interne et de la pratique des États.

107. Comme la CDI vient d'entamer l'examen du sujet, il est prématuré d'envisager le résultat des travaux, mais l'étude devrait donner aux États des indications pratiques sur l'utilisation de l'instrument que constitue l'application provisoire et les informer des conséquences juridiques de cette utilisation, sans imposer de procédure particulière risquant de porter atteinte à la souplesse de cet instrument.

108. M<sup>me</sup> Lee (Singapour), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que pour sa délégation, la liste des formes de coopération figurant à l'article 5 *bis* n'a qu'un caractère indicatif et ne vise pas à créer de nouvelles obligations juridiques. Hormis l'obligation de coopérer énoncée à l'article 5, l'article 5 *bis* ne crée pas d'obligation additionnelle pour l'État affecté de demander les formes de coopération figurant dans la liste, pas plus qu'il n'impose aux autres États une obligation additionnelle d'offrir ces formes de coopération.

109. L'article 13 (Conditions de fourniture de l'assistance extérieure) oblige les États affectés à indiquer la portée et le type de l'assistance requise lorsqu'ils posent des conditions à la fourniture de celle-ci. La délégation singapourienne juge cette obligation ambiguë et souhaiterait recevoir des éclaircissements de la CDI. Elle a exprimé des doutes au sujet de l'énonciation des offres d'assistance sous la forme d'un « droit » des États et autres acteurs, comme le fait l'article 12, au lieu de mettre l'accent sur l'obligation de l'État affecté de recevoir de telles offres, mais elle reconnaît qu'il est possible pour un État affecté de recevoir des offres d'assistance non sollicitées. Dans de telles situations, la possibilité pour un État affecté de poser des conditions spécifiques à la fourniture de l'assistance sans avoir à indiquer la portée et le type de l'assistance requise n'est pas claire. Si l'article 10 impose à l'État affecté une obligation de rechercher l'assistance lorsqu'une catastrophe dépasse sa capacité d'intervention, on voit mal si, dans les cas où l'État affecté a bien la capacité d'intervention nécessaire pour faire face à une catastrophe et reçoit des offres d'assistance non sollicitées, cet État pourra poser des conditions à la fourniture de l'assistance sans avoir à indiquer qu'il sollicite une assistance et en décrire la portée et le type.

110. En ce qui concerne l'article 15 (Cessation de l'assistance extérieure), la délégation singapourienne aimerait recevoir des éclaircissements quant à l'étendue de l'obligation de se consulter de l'État affecté et des

États prestataires d'assistance. Bien que la CDI indique qu'il n'est pas toujours possible de mettre fin à l'assistance par accord mutuel, même dans une telle situation il existe une obligation de consultation sur les modalités de la cessation. Si ces consultations sont censées aboutir à un accord sur les modalités de la cessation mais qu'aucun accord n'est conclu, un État apportant son assistance qui a, par exemple, épuisé ses ressources d'assistance, peut-il y mettre fin?

111. Sur le sujet de la formation et l'identification du droit international coutumier, la délégation singapourienne est favorable à une approche commune et unifiée de l'identification du droit international coutumier. Elle pense aussi avec le Rapporteur spécial qu'il est nécessaire de préserver la souplesse du processus coutumier et elle se félicite de l'intention exprimée de ne pas examiner le droit international coutumier quant au fond ni de s'attarder sur des questions purement théoriques.

112. S'agissant du rôle des acteurs non étatiques, comme l'Organisation des Nations Unies et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), dans la formation du droit international coutumier, il faut faire preuve de prudence compte tenu des larges différences existant dans la composition, l'organigramme et le mandat des différentes organisations internationales, ainsi que dans la composition de leurs organes et processus de prise des décisions. Ces différences ont une influence sur la détermination du rôle que ces acteurs peuvent jouer le cas échéant dans la formation du droit international coutumier, en particulier quant au poids à accorder à leurs décisions.

113. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, l'objectif de la CDI ne doit pas être de persuader les États de recourir à ce mécanisme mais plutôt d'élaborer à leur intention un guide pratique sur la manière de l'utiliser et sur les effets juridiques de son utilisation. Ceci permettra aux États de mieux comprendre le concept d'application provisoire et d'y recourir lorsque les circonstances s'y prêtent.

114. Sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation singapourienne pense comme la Rapporteuse spéciale que l'étude ne doit pas porter sur les effets de types particuliers d'armes sur l'environnement. Elle convient également que des directives non contraignantes constitueraient un résultat approprié pour les travaux sur

le sujet, car il existe des régimes juridiques en la matière et les travaux de la CDI ne doivent pas y porter atteinte.

115. En ce qui concerne l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), le rapport du Groupe de travail chargé du sujet (A/68/10, annexe A) contient une analyse utile de l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. On voit mal toutefois comment la CDI entend procéder, à la lumière en particulier des suggestions faites à sa soixante-quatrième session par certains de ses membres concernant la possibilité de suspendre l'examen du sujet ou d'y mettre fin. À cet égard, la délégation singapourienne étudiera de près les propositions présentées par le Groupe de travail sur la marche à suivre.

116. Quant à la clause de la nation la plus favorisée, il serait utile d'examiner la question en relation avec le commerce des services ainsi que sa relation avec les normes du traitement juste et équitable et du traitement national. La délégation singapourienne note que le Groupe d'étude a envisagé la possibilité d'élaborer des directives et des clauses types et elle pense elle aussi que cette approche risque d'être indûment prescriptive en limitant les options des États dans le cadre de leur coopération économique.

117. **M. Redmond** (Irlande), se référant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe, dit que le traitement détaillé et exhaustif accordé à la prévention des risques durant la phase précédant une catastrophe dans le sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/662) et l'aperçu instructif des dispositions existant en la matière dans des instruments mondiaux, régionaux et bilatéraux, et les stratégies et législations nationales sont très utiles. La délégation irlandaise approuve les articles 5 *ter* et 16 et les commentaires y relatifs de même que les commentaires des articles 5 *bis* et 12 à 15. Elle prend note en particulier de l'indication figurant au paragraphe 3) du commentaire de l'article 12 (Offres d'assistance) selon laquelle « [l]es offres d'assistance qui sont conformes au présent projet d'articles ne peuvent être considérées comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'État affecté » et de l'accent mis au paragraphe 5) de ce commentaire sur le rôle joué par les organisations non gouvernementales.

118. Étant donné l'importance de l'évaluation des besoins, la délégation irlandaise se félicite qu'il soit

expliqué, au paragraphe 8) du commentaire de l'article 13 (Conditions de fourniture de l'assistance extérieure), que le terme « identifiés » indique qu'il doit y avoir une procédure permettant de connaître les besoins des personnes affectées. Le paragraphe 5) du commentaire de l'article 15 (Cessation de l'assistance extérieure) est aussi le bienvenu, car il explique que cet article doit être lu en tenant compte de l'objet du projet d'articles tel qu'il est énoncé à l'article 2, et qu'il convient par conséquent de prendre les décisions concernant la cessation de l'assistance « en tenant compte des besoins des personnes sinistrées, autrement dit, en vérifiant s'il a été pourvu à ces besoins et dans quelle mesure ». La délégation irlandaise approuve aussi le commentaire de l'article 14, qui explique plus en détail les formes que peut prendre l'assistance extérieure.

119. S'agissant de la formation et l'identification du droit international coutumier, le résultat des travaux doit être pratique et donner des indications utiles aux praticiens non seulement au niveau international mais aussi au plan interne. L'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans son premier rapport est encourageante, tout comme sa décision de laisser de côté la question du *jus cogens* au stade actuel. S'agissant de la poursuite des travaux sur le sujet, la délégation irlandaise juge intéressante la proposition d'examiner la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit international ainsi que la question de savoir s'il faut adopter une approche unifiée de la détermination du droit international coutumier ou une pluralité d'approches en fonction du domaine du droit international en cause. L'accent que le Rapporteur spécial entend mettre sur la clarté terminologique contribuera beaucoup aux travaux sur le sujet. La délégation irlandaise se félicite du large éventail de matériaux qui seront consultés, y compris les travaux antérieurs de l'Association de droit international, de l'Institut de droit international et du Comité international de la Croix-Rouge.

120. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, la CDI devrait examiner la relation entre l'article 25 et les autres dispositions de la Convention de Vienne, la mesure dans laquelle l'application provisoire peut concerner des dispositions d'un traité créant des mécanismes institutionnels et la question de savoir si les règles énoncées à l'article 25 sont applicables en tant que règles du droit international coutumier lorsque la Convention de Vienne ne s'applique pas. Il serait

intéressant d'examiner l'application provisoire des traités par les organisations internationales, telles qu'envisagée à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

121. Enfin, la délégation irlandaise se félicite de l'inscription au programme de travail de la CDI du sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés et souscrit à la proposition de diviser les travaux de manière à envisager les mesures juridiques prises pour protéger l'environnement selon trois phases temporelles, à savoir avant, pendant et après un conflit armé.

*La séance est levée à 13 heures.*