

**69ème session de l'Assemblée Générale des Nations Unies
Sixième Commission**

**Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de
sa soixante-sixième session (point 78)**

**Intervention prononcée par M. François Alabrune
Directeur des Affaires Juridiques
Ministère des Affaires étrangères et européennes**

New York, le 28 octobre 2014

(Vérifier au prononcé)

Monsieur le Président,

La délégation française remercie la Commission du droit international pour son dernier rapport, d'une grande richesse, et qui est propre à susciter la réflexion sur les nombreux sujets traités. Les membres de la Commission doivent donc être félicités pour l'ampleur du travail accompli.

Je débiterai par des observations sur la substance des différents sujets abordés par la Commission, suivies de quelques remarques plus générales sur des aspects touchant au fonctionnement de la Commission.

Observations relatives aux sujets traités de la Commission

1) Pour ce qui concerne le sujet sur l'« **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat** », il convient de relever tout l'intérêt des problématiques abordées par le dernier rapport de Mme Concepción Escobar Hernandez concernant les bénéficiaires d'une immunité *ratione materiae*.

Sur le plan de la méthode, il apparaît souhaitable de traiter séparément les représentants de l'Etat susceptibles de se prévaloir d'une immunité *ratione materiae*, d'une part, et les actes protégés par l'immunité d'autre part. La définition du bénéficiaire de l'immunité ne doit pas reposer en effet sur la nature de l'acte accompli. Définir la notion de représentant de l'Etat par référence aux personnes qui exercent des prérogatives de puissance publique, c'est déjà confondre les deux aspects, comme certains membres de la Commission ont pu le remarquer.

Certes, les deux aspects entretiennent des rapports étroits. Toutefois, c'est en réalité au regard de la nature de l'acte en cause que le juge de l'Etat du for pourra déterminer si, au cas d'espèce, le représentant de l'Etat est fondé à se prévaloir d'une immunité. Or, ainsi que la France l'a soutenu dans ses plaidoiries orales dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, seuls des comportements directement liés à l'exercice de la souveraineté de l'Etat justifient l'octroi d'une immunité.

Sur la terminologie employée, et la Rapporteuse spéciale dresse le même constat, la France n'est toujours pas convaincue de la pertinence de l'emploi – dans la version française –

du terme « représentant de l'Etat ». La notion est en effet source d'ambiguïté. La Commission pourrait préciser que ce terme n'est retenu qu'aux seules fins de l'étude.

Ces brèves remarques soulignent l'enjeu que revêt le prochain rapport sur le sujet et la définition de la notion d'« actes officiels » ou d'« actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles ».

2) Pour ce qui concerne le sujet de la « **Détermination du droit international coutumier** », et dans l'attente des commentaires devant accompagner les projets de conclusions présentés à ce stade pour information, quelques remarques peuvent être formulées.

Il convient d'approuver l'observation du Rapporteur spécial selon laquelle l'approche dite des deux éléments – à savoir un élément matériel, l'existence d'une pratique des Etats, et un élément psychologique, la conviction des Etats qu'une telle pratique est requise par le droit (*opiniojurisnecessitatis*) – doit être maintenue. Une approche différente a été soutenue à l'égard de certaines branches du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, selon laquelle un seul élément, à savoir l'*opiniojuris*, pourrait suffire à établir une règle de droit international coutumier. Ce dernier point de vue n'est appuyé ni par la pratique des Etats, ni par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

En ce qui concerne la prise en compte des actes des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier, une approche prudente nous paraît s'imposer. Si les actes de ces organisations peuvent constituer une source d'informations fort utiles, ce sont au premier chef les actes des Etats qui attestent d'une règle coutumière s'imposant à eux. C'est d'ailleurs ce qui est indiqué au projet de conclusion 5 sur le rôle de la pratique, selon lequel, je cite, « c'est *avant tout* la pratique des Etats qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier ».

Néanmoins, si c'est « *avant tout* » la pratique des Etats qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier, il s'en déduit que la pratique d'autres sujets du droit international peut également y contribuer. La question peut être soulevée de savoir si les organisations internationales sont les seuls autres acteurs à jouer un rôle dans la formation

du droit international coutumier ou bien si l'ensemble des sujets du droit international peuvent potentiellement y contribuer.

S'agissant des actes des organisations internationales, une incertitude peut venir du fait que ces actes sont mentionnés au titre de l'élément matériel – les formes de la pratique [projet de conclusion 5] – mais qu'ils ne le sont pas concernant l'élément psychologique, l'*opiniojuris* [projet de conclusion 11].

De manière générale, une incertitude peut également découler du fait que certains projets de conclusion ne se réfèrent qu'au comportement des Etats alors que d'autres mentionnent également celui des organisations internationales et que certains autres projets visent simplement la pratique générale, sans autre précision relatives aux acteurs concernés.

La question du poids à accorder aux actes des organisations internationales se pose avec une acuité particulière pour les Etats membres de l'Union européenne, organisation régionale d'intégration à laquelle les Etats ont transféré des compétences exclusives dans certains domaines.

Si, d'un point de vue théorique, il semble possible de considérer que l'Union européenne dispose d'une capacité à contribuer à la formation de normes de droit international coutumier, il nous apparait difficile en pratique d'identifier des règles de droit international pour lesquelles c'est effectivement le cas. A cet égard, il serait particulièrement intéressant que le Rapporteur spécial indique des exemples concrets de normes de droit international pour lesquelles la pratique de l'Union européenne a contribué à la formation d'une coutume¹.

3) S'agissant du sujet relatif aux « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », le Rapporteur spécial doit être remercié pour le travail réalisé sur ce sujet très technique.

¹ En outre, si l'Union européenne est une organisation atypique à laquelle ses Etats membres ont transféré des compétences exclusives, le paragraphe 4 du projet de conclusion 7 se réfère aux actes des organisations internationales sans autre précision. Quant au projet de conclusion 2 relatif à l'emploi des termes, il précisait que l'expression « organisation internationale » devait s'entendre de « toute organisation intergouvernementale ». L'Union semble difficilement réductible à une simple organisation intergouvernementale. A ce stade, la définition proposée du terme « organisation internationale » nous paraît source de confusion et ne semble pas indispensable.

Sur les effets possibles des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation, il convient d'insister sur le fait que l'amendement ou la révision d'un traité ne saurait être présumé. C'est ainsi que nous comprenons l'affirmation selon laquelle – je cite : « [l]es parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier ». Toutefois, la mention du terme « accord » dans le titre du sujet peut prêter à confusion dans la mesure où un amendement à un traité peut également résulter d'un accord.

Par ailleurs, ma délégation ne peut souscrire à l'affirmation formulée au projet de conclusion 9, selon laquelle – je cite : « [u]n accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues, connue et acceptée des parties, à l'égard de l'interprétation du traité » et, je cite également, « [u]n tel accord sera pris en considération, même s'il ne doit pas nécessairement être contraignant ». De l'avis de cette délégation, un « accord » au sens de l'article 31 paragraphe 3 de la Convention de Vienne est en effet un accord juridiquement contraignant, faute de quoi pèserait le risque de voir entrer dans cette catégorie les actes ou décisions purement politiques. Il convient de relever à cet égard que le tribunal arbitral constitué dans l'affaire relative à la *Délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale* entre le Bangladesh et l'Inde a considéré, dans sa sentence rendue le 7 juillet 2014, qu'un accord au sens de l'article 31 paragraphe 3 de la Convention de Vienne devait s'entendre comme un accord authentique².

4) Pour ce qui concerne le sujet de la « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », des doutes doivent être exprimés sur la nécessité de définir les termes « environnement » et « conflit armé » dans le contexte du sujet.

La notion de « conflit armé » renvoie au droit international humanitaire. L'élaboration d'une définition spécifique présenterait le risque de favoriser une fragmentation des interprétations normatives en la matière. Plus particulièrement, l'inclusion ou le rejet, au sein de

²*Délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh/Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, par. 165 : « While recognizing that a subsequent agreement in the sense of article 31(3)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties need not itself possess all the formalities of a treaty [...], the Tribunal does not consider the exchange of letters to be sufficiently authoritative to constitute such a subsequent agreement between the Parties. Above all, it is difficult for the present Tribunal to accept that such a low-level and brief exchange of correspondence between civil servants, purporting to reverse an important general determination of the formal Indo-Pakistani Boundary Disputes Tribunal established by a solemn agreement at the Inter-Dominion Conference at New Delhi on 14 December 1948, represents an authentic agreement of the Parties. »

cette définition, de la mention des conflits entre groupes armés organisés au sein d'un Etat nous paraît devoir faire l'objet d'une réflexion approfondie. En tout état de cause, le choix à faire quant à la définition éventuelle des notions de « conflit armé » et d'« environnement » devrait tenir compte de l'économie générale du projet.

A ce stade, les incertitudes relatives à ces questions de définition ne peuvent qu'entretenir celles relatives à la faisabilité d'un tel projet.

5) Des doutes similaires peuvent être exprimés s'agissant des travaux relatifs à la « **Protection de l'atmosphère** ». Il nous semble en effet que ce sujet, hautement technique, de la protection de l'atmosphère ne relève pas de la compétence de la Commission. Ceci est d'ailleurs, paradoxalement, reflété par les observations de délégations favorables à l'inscription du sujet. Comme le relève le Rapporteur en introduction de son rapport, ces délégations ont vu « d'un bon œil le fait que [la CDI] décide d'explorer de nouvelles branches du droit international [...] [et] aborde désormais des matières jusque-là inexplorées »³. Cette vue, selon laquelle la Commission pourrait se substituer aux Etats afin d'explorer des thèmes du droit international à propos desquels les Etats n'ont pas convenu d'un corpus normatif minimum, ne nous semble pas correspondre à la mission assignée à de la Commission de codification et de développement progressif du droit international.

La France partage le constat selon lequel la « détérioration de l'atmosphère en rend la protection urgente » ; néanmoins, ce constat, pour autant qu'il soit partagé par tous, ne s'est pas encore traduit, au plan juridique, par un consensus international ; il n'appartient pas à la CDI, organe d'experts juridiques, de pallier l'absence d'accord entre les Etats sur le développement de normes internationales en la matière.

A ces doutes s'ajoute une préoccupation au regard des orientations prises par les travaux du Rapporteur spécial. En 2013, l'inscription du sujet au programme de la Commission a été subordonnée à plusieurs conditions. Il semblait entendu que le projet ne visait pas à combler les lacunes des régimes conventionnels.

Dans ce contexte, la proposition d'inscription de la protection de l'atmosphère au titre des préoccupations communes de l'humanité ne correspond pas à l'état du droit positif. Elle

³ A/CN.4/667, par. 3.

emporterait d'importantes implications juridiques qu'il conviendrait d'évaluer soigneusement. Une telle clause, si elle venait à être adoptée, ferait de la protection de l'environnement une obligation à la charge de l'ensemble des Etats, une obligation *erga omnes*. Ainsi, et selon les termes mêmes du Rapporteur spécial, la notion de préoccupation commune signifie que « les Etats ne pourront plus prétendre que les problèmes atmosphériques relèvent du domaine réservé de leur seule compétence » ; s'ils ne le « pourront » plus, c'est qu'ils le peuvent encore actuellement ; et ce basculement serait le résultat des travaux de la Commission et de l'affirmation de la protection atmosphérique comme préoccupation commune de l'humanité. L'obligation ainsi définie pourrait servir, *de lege feranda*, de fondement à des procédures contentieuses internationales, ce qui serait clairement inacceptable.

Les intentions louables du Rapporteur spécial ne sauraient se substituer au choix souverain des Etats. Les conditions d'encadrement de l'étude sur le sujet, agréées au moment de son inscription au programme de travail, doivent être respectées. Ceci permettra à la Commission de réaliser son objectif de développement progressif et de codification du droit international, et de parvenir à des résultats tangibles sur ce projet.

6) En ce qui concerne l'« **Expulsion des étrangers** » dont les travaux viennent d'être finalisés, la France prend bonne note du projet final d'articles, et des commentaires qui les accompagnent, adoptés en deuxième lecture par la Commission. Le Rapporteur doit être remercié pour le travail accompli.

Le sujet traité est délicat. Le projet de la Commission fait l'objet en France d'un examen interministériel qui est en cours. Ma délégation fera connaître par écrit ses observations sur le fond. Je me bornerai à ce stade à une remarque sur la forme que le projet est appelé à revêtir, il nous semble important de rappeler que l'ensemble des 31 projets d'articles devraient être utilisés comme des lignes directrices à la disposition des Etats, mais ne doivent pas être perçus comme une base pour l'élaboration prochaine d'une convention. Dans cette mesure, la proposition du rapporteur spécial tendant à la convocation sous les auspices des Nations Unies d'une conférence diplomatique pour l'adoption d'une convention sur le sujet nous paraît prématurée.

7) S'agissant des projets nouvellement inscrits au programme de la Commission, ma délégation entend formuler des remarques sur les sujets « *Jus cogens* » et « Crimes contre l'humanité ».

- Nous nous interrogeons sur l'inscription du sujet « *Jus cogens* » au programme de travail à long terme de la Commission. Ce thème suscite de nombreuses controverses au sein même de la doctrine ; les Etats restent très divisés sur la question. Une nouvelle contribution de la Commission au développement progressif de ce droit ne nous paraît pas répondre à un besoin des Etats, ni à une réelle volonté de ceux-ci.

En 2006, à l'occasion du rapport sur la « Fragmentation du droit international », la Commission relevait, à juste titre, que « le désaccord au sujet [des] fondements théoriques [du *jus cogens*], son champ d'application et sa teneur demeure aussi vif que jamais »⁴. La pratique ultérieure ne nous semble pas suffisamment abondante pour remettre en cause ce constat. La pratique des Etats et la jurisprudence des juridictions internationales ne nous semblent pas permettre de déterminer la pleine teneur de la notion de *jus cogens* et les règles qui en relèvent. Dans cette mesure, La France est sceptique quant à la possibilité d'aboutir à un consensus sur ce thème.

- S'agissant du sujet relatif aux « **Crimes contre l'humanité** », le caractère ambitieux de ce projet doit être relevé.

Pour autant, ma délégation réitère ses doutes en ce qui concerne la nécessité d'une convention en la matière. Il lui paraît en effet préférable d'encourager la participation universelle au statut de la Cour pénale internationale et la mise en œuvre effective des normes existantes. Un risque de contradiction entre ces normes et le projet de convention est par ailleurs à craindre.

La France s'interroge enfin sur l'utilisation qui pourrait être faite par la Commission du projet de convention internationale sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité élaboré par l'Université Washington de Saint-Louis, avec pour objectif, je cite, de « consolider le système de la Cour pénale internationale ». En l'état, ce projet soulève des interrogations sérieuses tant au regard du droit interne que du droit international. Ces interrogations portent en particulier sur l'instauration d'une compétence universelle pour juger les auteurs de crimes contre l'humanité. La prudence s'impose également en ce qui concerne le caractère inopposable aux juridictions nationales des immunités des chefs d'Etat ou encore de l'application du principe *non bis in idem* réservée aux seuls cas de jugements « efficaces ».

⁴ Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 13 avril 2006, par. 363.

Remarques générales sur le fonctionnement de la Commission

Monsieur le Président,

Ma délégation souhaite formuler plusieurs remarques sur le fonctionnement de la Commission.

1) Il apparaît souhaitable à l'avenir d'éviter la multiplication des groupes de travail et des projets qui ne facilite pas l'étude approfondie des sujets et ralentit l'avancée des travaux.

2) La liste des sujets pour lesquels les observations des Etats sont souhaitées par la Commission est en outre particulièrement longue cette année ; sur les 11 sujets inscrits à son programme de travail, la Commission demande aux Etats des renseignements pour 7 d'entre eux. Il est à craindre que cela rende impossible, pour la plupart des Etats, l'élaboration et la communication de ces observations pertinentes pour l'ensemble des sujets dans les délais impartis.

3) Les propositions qui ont été faites visant à modifier le fonctionnement de la Commission sur certains aspects ne recueillent pas notre approbation :

- C'est le cas en premier lieu de la proposition visant à supprimer le compte-rendu détaillé des sessions de la Commission. La disparition des compte-rendus détaillés serait dommageable, dans la mesure où ces derniers peuvent servir de « moyens complémentaires d'interprétation » selon l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; ces compte-rendus témoignent des travaux préparatoires accomplis sur les textes produits par la Commission du droit international et permettent aux Etats de prendre connaissance des débats menés au sein de la Commission.

- Nous n'approuvons pas en outre l'idée de raccourcir la durée des sessions de la Commission. Une période de deux mois par an ne semble en effet pas excessive au regard de la liste très importante de sujets inscrits au programme de travail ; avant de réduire la durée des sessions de la Commission, il paraîtrait préférable de réduire d'abord la liste des sujets inscrits au programme de travail.

- Nous doutons par ailleurs de l'intérêt que la Commission pourrait tirer de la possibilité, évoquée au paragraphe 292 du Rapport, de tenir une partie de ses futures sessions à New York. Nous exprimons donc une forte réserve sur cette suggestion.

4) Je terminerai en soulignant l'importance du respect du principe d'égalité des langues des Nations Unies en ce qui concerne la diffusion du rapport de la Commission du droit international. Le souci de permettre aux délégations de disposer du temps nécessaire pour prendre connaissance des travaux réalisés et de préparer les observations en vue de la session annuelle de la Sixième Commission est tout à fait légitime. Néanmoins, nous pensons que cet objectif peut être atteint en avançant la date des sessions de travail de la Commission du droit international, afin que son rapport soit disponible plus tôt. Cette solution éviterait la publication de ce rapport dans une seule langue sur le site officiel de la Commission, qui ne respecte pas le principe d'égalité des langues officielles. Ce dernier se justifie d'autant plus à la CDI que ses travaux servent de référence aux juridictions internationales et nationales. Au travers des langues, c'est l'équilibre même des différents systèmes juridiques participant à la formation du droit international qui est en jeu.

Je vous remercie Monsieur le Président.