

(Check against delivery)

STATEMENT OF THE CHAIRMAN
OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION,
MR. LUCIUS CAFLISCH

Part Two

Chapters VI to XI: Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction; Provisional application of treaties; Formation and evidence of customary international law; The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare); Treaties over time; The Most-favoured-nation clause

Chapter VI: Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction

I shall first turn to Chapter VI concerning the topic “**Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction**”. It will be recalled that this topic was included in the programme of work of the Commission in 2007. The first Special Rapporteur, Mr. Roman Kolodkin, submitted three reports, which were considered by the Commission in 2008 and last year. As Mr. Kolodkin is no longer with it, the Commission, during the first part of this year’s session, appointed Ms. Concepción Escobar Hernández as its new Special Rapporteur. This appointment enabled Ms. Escobar Hernández to submit, for the consideration of the Commission during the second part, a preliminary report (A/CN.4/654) in which she analyzed the past work of the Commission, providing *inter alia* an overview of the work by the previous Special Rapporteur and of the debate on the topic in the Commission and in the Sixth Committee of the General Assembly, while also assessing the issues to be addressed and charting out a new work-plan.

During the present quinquennium, the Commission intends to focus, on the basis of draft articles to be prepared by the Special Rapporteur, on the problematic question of the distinction between immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae*, as well as the basis for that distinction; on the scope of immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae*, including possible exceptions; on the distinction and the relationship between the international responsibility of the State and that of the individual; on their implications for immunity; and on the procedural issues surrounding immunity. Paragraphs 86 to 88 of the report highlight the issues raised by the Special Rapporteur in the introduction to her report.

Key issues are methodological and substantive considerations, which the members of the Commission commented upon in the ensuing extensive debate. This debate, together with the Special Rapporteur's concluding remarks, is reflected in paragraphs 89 to 139 of the Commission's report.

For purposes of the present statement, allow me to highlight a few elements. The topic in question is highly complex and raises concerns that are politically sensitive for States and the international community. Establishing an appropriate balance in the methodological approaches to be taken by the Commission, bearing in mind its statutory mission, is a concern that continues to exercise the minds of members of the Commission. The debate on the various methodological issues canvassed by the Special Rapporteur in terms of values of the international community in a system of law and of whether there is a need to balance between the progressive development of international law and its codification when analysing the emerging trends in that field are dealt with in paragraphs 92-103 of the report. Beyond the methodological discussion, it seems clear that once draft articles are presented, as announced by the Special Rapporteur, the focus of the debate will be on the substantive issues evoked by the topic. In this connection, the identification of basic questions for analytical review and study, taking a step-by-step approach as identified by the Special Rapporteur, was viewed as a useful technique.

At the same time, it was considered crucial to remain conscious of the interrelation between certain issues in which distinctions may sought to be drawn, even if it were for analytical purposes only. This was even more important if one considered that immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae* derived from a common legal source, namely, the immunity of the State. Similarly, it was pointed out that a close relationship existed between immunity in criminal and in civil matters, as developments in one area may bear on the other.

The substantive considerations concerning the topic are dealt with in paragraphs 105 to 133 of the report. The work done by the previous Special Rapporteur in the three reports that were submitted is substantial. The new Special Rapporteur intends to build on it and has isolated a number of issues that she shall seek to explore, taking into account recent developments, particularly in the case law. It is also recognized that the Commission has already dealt with certain aspects of immunity in respect of diplomatic and consular relations, special missions, the prevention and punishment of crimes against diplomatic agents and other

internationally protected persons, the representation of States in their relations with international organizations, and jurisdictional immunity of States and their property. These codification efforts would have to be taken into account in order to ensure coherence and harmony in the international legal order, and there would be no intention to expand or reduce immunities to which one would already be entitled as a member of a diplomatic mission or of a consular post or special mission, or as an official visitor, or a representative to international organizations, or as military personnel.

It was considered useful to maintain the distinction between immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae*. However, different viewpoints arose over who was entitled to status-based immunity *ratione personae* and as to whether there were exceptions to such immunity under general international law. Similar differences of view were evident in respect of the conduct-based immunity *ratione materiae*. In this connection, the importance of defining what constituted an official act was generally acknowledged to be central. Equally critical and deserving utmost attention was the question of possible exceptions to immunity *ratione materiae*.

As noted in Chapter III of the Commission's report, information on national law and practice would be particularly helpful to the Commission in relation to the question of whether the distinction between immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae* results in different legal consequences and, if so, to what degree they are treated differently. Information would also be helpful regarding the criteria used in identifying the persons covered by immunity *ratione personae*.

This completes my introduction to Chapter VI.

Chapter VII: Provisional application of treaties

Mr. Chairman,

Chapter VII of the report concerns the first of two new topics, namely, “**Provisional application of treaties**”. You may recall that the Commission decided to include that topic in its long-term programme of work at its sixty-third session last year. This year, it decided to include it in its programme of work and appointed Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo as

Special Rapporteur. A preliminary exchange of views on the topic was held in the context of informal consultations chaired by the Special Rapporteur. A summary of the oral report on those consultations is to be found at paragraphs 144 to 155 of the report.

While keeping in mind the preliminary nature of the discussions held in the Commission thus far, I wish to draw this Committee's attention to the points mentioned in paragraphs 144 and 155, namely, that the basis for the Commission's consideration of the topic should be the work it undertook when considering the law of treaties, as well as the *travaux préparatoires* on the relevant provisions of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties; and that the goal is not to change the 1969 Vienna Convention, but to extract from it whatever is useful for States to consider when resorting to provisional application.

At this early stage, delegations may wish to focus their statements on the four issues identified by the Special Rapporteur for consideration during the informal consultations, as per paragraph 145 of the report. Those issues are: (a) the procedural steps that would be needed as conditions for provisional application and for its termination; (b) the extent to which Article 18 of the 1969 Vienna Convention, which establishes the obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force, is relevant to the regime of provisional application under Article 25 of the Vienna Convention; (c) to what extent the legal situation resulting from the provisional application of treaties is relevant for the purpose of identifying rules of customary international law; and (d) the need for obtaining information on the practice of States. The summary of the views expressed on these and other matters during the informal consultations will be found at paragraphs 147 to 152 of the report.

Before concluding on this matter, allow me to draw the attention of the Committee to the fact that the Commission decided to request from the Secretariat a memorandum on the Commission's previous work on this subject in the context of the law of treaties and on the *travaux préparatoires* to the relevant provisions of the 1969 Convention on the Law of Treaties.

This concludes my introduction to chapter VII of the report.

Chapitre VIII: La formation et l'identification du droit international coutumier

Monsieur le Président,

Je vais aborder à présent le chapitre VIII du rapport, consacré à « **La formation et l'identification du droit international coutumier** ». Lors de sa dernière session du précédent quinquennat, en 2011, la Commission avait décidé d'inscrire ce sujet à son programme de travail à long terme, sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A du rapport de la Commission sur les travaux de 2011. Cette année, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail en cours et a choisi Sir Michael Wood comme Rapporteur spécial.

Durant la seconde partie de la session, la Commission était saisie d'une Note du Rapporteur spécial (document A/CN.4/653) visant à faire démarrer le débat sur ce sujet. La Note traite de la portée possible du sujet, aborde des questions de terminologie et de méthodologie, et évoque des points spécifiques qui pourraient être examinés. Le débat au sein de la Commission, qui est résumé aux paragraphes 169 à 191 du rapport, a tourné autour de la portée du sujet ainsi que des questions de méthodologie et de fond soulevées par le Rapporteur spécial dans sa Note.

Plusieurs membres ont souligné l'importance du sujet, de même que son intérêt théorique et pratique, compte tenu du rôle non négligeable que le droit international coutumier continue à jouer dans le système juridique international ainsi que dans les ordres juridiques étatiques. En même temps, on a évoqué la difficulté du sujet et les défis que son examen pourrait poser pour la Commission. D'une manière générale, on a estimé que la Commission devrait éviter une approche trop prescriptive ou dogmatique afin de préserver la souplesse du processus coutumier.

Quant à la portée du sujet, plusieurs membres ont appuyé l'approche proposée par le Rapporteur spécial, en soulignant notamment que les travaux sur ce sujet devraient couvrir la formation et l'identification du droit coutumier dans les différents domaines du droit international. Certains membres étaient toutefois d'avis que les travaux devaient être axés principalement sur les moyens d'identification des règles du droit international coutumier, plus que sur la formation de ces règles. Cela étant, on a également observé qu'une analyse des questions relatives à la formation du droit coutumier revêt une importance à la fois théorique et pratique en raison du fait que ce droit est le résultat d'un processus. Bien que plusieurs

membres aient appuyé l'idée de ne pas inclure une étude générale du *jus cogens*, d'autres ont estimé qu'il serait prématuré, à ce stade, d'exclure une analyse de ce domaine. En outre, plusieurs membres ont soutenu la proposition du Rapporteur spécial tendant à l'établissement d'un bref lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

S'agissant de questions méthodologiques, plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial d'axer l'étude sur les aspects pratiques du sujet plutôt que sur la théorie. D'autres, en revanche, ont indiqué qu'une analyse des principales théories serait utile pour comprendre la nature du droit coutumier et le processus de sa formation, et qu'un fondement théorique approprié était également nécessaire pour que le résultat pratique visé par la Commission puisse être considéré comme faisant autorité. L'importance d'une analyse approfondie de la jurisprudence, y compris de celle des juridictions régionales, a été soulignée par divers membres. Cela étant, certains membres ont aussi fait état de la nécessité de rechercher et d'analyser la pratique pertinente des États – y compris la jurisprudence des tribunaux internes – ainsi que la pratique d'autres sujets du droit international comme les organisations intergouvernementales. La nécessité d'une prise en compte de la pratique contemporaine des États et autres sujets du droit international a été soulignée, de même que l'importance de l'utilisation de sources documentaires pertinentes provenant de différentes régions du monde, représentant la diversité des cultures juridiques et rédigées dans plusieurs langues.

Parmi les points spécifiques susceptibles d'être examinés par la Commission, on a notamment mentionné : la pratique des États et l'*opinio juris*, y compris leur qualification, leur valeur et leurs expressions ou manifestations possibles dans le contexte de la formation et de l'identification du droit international coutumier ; les origines de l'article 38, paragraphe 1, lettre b), du Statut de la Cour internationale de Justice et son interprétation par les cours et les tribunaux, et plus généralement, au sein de la communauté internationale; la mesure dans laquelle certains changements dans le système juridique international survenus au cours de la seconde moitié du vingtième siècle ont affecté le processus coutumier ; la question de savoir s'il existe des approches différentes du droit coutumier dans les divers domaines du droit international ; la question du degré de participation des États à la formation des règles du droit international coutumier, y compris la notion d'« État particulièrement intéressé » et celle d'« objecteur persistant » ; le rôle des comportements effectifs des États, des résolutions d'organes internationaux et des traités largement ratifiés dans la formation et l'identification

du droit coutumier; ainsi que nombre d'autres questions comme celle des relations entre droit coutumier et droit conventionnel ou, encore, celle des rapports entre la coutume et le droit international général, les principes généraux de droit et les principes généraux du droit international.

Le calendrier des travaux pour le quinquennat proposé dans la Note du Rapporteur spécial a reçu un large appui au sein de la Commission, même si certains membres ont estimé qu'il était relativement ambitieux et qu'il devait être mis en œuvre avec toute la souplesse nécessaire.

Concernant le produit final des travaux de la Commission sur le sujet, un large appui a été exprimé à l'idée d'élaborer une série de propositions assorties de commentaires.

À l'issue du débat, le Rapporteur spécial a insisté sur le fait qu'il était question d'examiner, non pas le fond des règles du droit international coutumier, mais les règles « secondaires » ou « systémiques » relatives à l'identification de ce droit. Il a également relevé qu'un large accord semblait se dégager sur l'idée que le résultat des travaux de la Commission devrait avoir un caractère pratique.

En suivant une recommandation du Rapporteur spécial, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles d'être utiles pour le sujet.

Monsieur le Président,

Cela conclut ma présentation du chapitre VIII du rapport.

Chapter IX: The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)

Let us now turn to Chapter IX, entitled “**The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)**”. This topic has been on the Commission’s programme of work since 2005. Until last year, Mr. Zdzislaw Galicki, who submitted four reports, was the Special Rapporteur. This year the Commission decided to establish a Working Group under the chairmanship of Mr. Kriangsak Kittichaisaree, essentially to evaluate the progress of work on this topic and to explore possible future options that could be taken. The Working Group exchanged views on, and made a general assessment of, the topic as a whole against the background of the debate on the topic in the Sixth Committee of the General Assembly. It proceeded on the basis of informal working papers prepared by its Chairman. The Working Group held five meetings, the last one being convened after the judgment rendered by the International Court of Justice, on 20 July 2012, on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* case.

In its discussions the Working Group analysed the major issues that are raised by the topic, the relationship of the topic with universal jurisdiction, its practical usefulness and the possible impact of the ICJ judgment. The debate on these issues appears in paragraphs 210 to 220 of the report. There is no doubt that this is a subject which requires a systematic survey and analysis of State practice. The Chairman of the Working Group was requested to prepare, for the next session of the Commission, a working paper reviewing the various perspectives in relation to the topic, in light of the International Court of Justice’s judgment of 20 July 2012, of any further developments, as well as of comments made in the Working Group and the debate of the Sixth Committee. On the basis of next year’s discussions, it is hoped that concrete suggestions will be forthcoming.

So much for the introduction to Chapter IX.

Chapitre X: Les traités dans le temps

Monsieur le Président,

J’aborde à présent le chapitre X du rapport sur « **Les traités dans le temps** ». On rappellera, à ce propos, que la Commission a décidé d’inscrire ce sujet au programme de

travail en 2008. Elle a ensuite créé, en 2009, un Groupe d'étude pour examiner le sujet, présidé par M. Georg Nolte. Ce Groupe, reconduit en 2010 et en 2011, a été reconstitué une nouvelle fois à la session de 2012, durant laquelle il a tenu huit séances.

Cette année, la Commission a pris d'importantes décisions concernant la suite de l'examen du sujet. En effet, elle a décidé de modifier, à compter de sa session de 2013, le cadre des travaux, comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré en cours de session, et a nommé M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ».

Un résumé du travail accompli en 2012 par le Groupe d'étude figure aux paragraphes 229 à 239 du rapport. Ce Groupe a achevé l'examen, entamé à la soixante-troisième session, du deuxième rapport de son Président. Il a également examiné le troisième rapport du Président et a engagé un débat sur le cadre et les modalités des travaux de la Commission sur ce sujet.

À l'issue de l'examen du deuxième rapport, consacré aux décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs, le Président a remanié le texte de ses six nouvelles « conclusions préliminaires ». Celles-ci sont reproduites dans la section B.2 du chapitre X du rapport et concernent les points suivants : la pratique ultérieure en tant que reflet d'une position concernant l'interprétation d'un traité ; la spécificité de la pratique ultérieure ; le degré de participation active à une pratique et la signification du silence ; les effets d'une pratique ultérieure contradictoire ; l'accord ou la pratique ultérieurs et les procédures formelles de modification ou d'interprétation ; et, enfin, la pratique ultérieure relative à un traité et la modification éventuelle de celui-ci. Comme il l'avait fait pour les neuf premières conclusions préliminaires figurant dans le rapport de la Commission pour 2011, le Groupe d'étude a résolu que les six nouvelles conclusions préliminaires de son Président seraient revues et approfondies à la lumière des futurs rapports du Rapporteur spécial nouvellement nommé, notamment sur des aspects complémentaires du sujet, et à la lumière des débats à venir au sein de la Commission.

Le troisième rapport du Président du Groupe d'étude examine les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires ; il aborde de nombreux aspects qui concernent notamment la forme, la preuve, l'interprétation,

les possibles effets et les éléments d'un accord ou d'une pratique ultérieurs. Il consacre en outre des développements à d'autres aspects, tels que l'influence de contextes spécifiques de coopération sur l'interprétation de certains traités par le biais de la pratique ultérieure, et le rôle des conférences des États parties et des organes de suivi de traités concernant l'émergence ou la consolidation des accords ou de la pratique ultérieurs. En analysant ces diverses questions, le rapport fournit des exemples d'accords et de pratiques postérieurs, évalue ces exemples et s'efforce d'en tirer quelques conclusions préliminaires. Les débats sur le troisième rapport, qui ont été substantiels, sont résumés au paragraphe 233 du rapport. D'une manière générale, certains membres ont fait observer que la principale difficulté pour les travaux futurs de la Commission sur le sujet était d'élaborer des propositions ayant un contenu normatif suffisant, tout en préservant la souplesse inhérente au concept de pratique et accords ultérieurs. Le Président du Groupe d'étude a indiqué qu'il prendrait en considération ces débats lors de la préparation de son premier rapport en qualité de Rapporteur spécial, texte qui ferait la synthèse des trois rapports présentés au Groupe d'étude.

Les discussions de ce Groupe sur les travaux de la Commission en la matière sont résumées aux paragraphes 235 à 239 du rapport. Elles ont abouti à des recommandations, suivies par la Commission, concernant la modification du cadre de travail de la Commission sur ce sujet et sur la nomination d'un Rapporteur spécial. On a estimé, en particulier, que cette modification du cadre de travail permettrait à la Commission de définir plus exactement la portée du sujet, compte tenu également du fait que le Groupe d'étude, conformément à une préférence déjà exprimée par son Président, avait jugé préférable de limiter le sujet à l'aspect plus étroit de la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs. Bien entendu, le sujet continuerait à s'inscrire dans le cadre du droit des traités, et une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation (voir l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), comme cela avait été expliqué dans la proposition initiale relative au sujet (annexe A au rapport de la Commission sur les travaux de sa session de 2008). Après l'examen par la Commission, à la prochaine session, du premier rapport du Rapporteur spécial, et à la suite des débats à la Sixième Commission en 2013, un ou deux rapports supplémentaires seraient présentés par le Rapporteur spécial sur la pratique des organisations intergouvernementales et sur la jurisprudence des juridictions nationales, comme cela avait d'ailleurs été envisagé dans la proposition initiale relative au sujet. Ces textes présenteraient des conclusions ou directives complémentaires, qui viseraient à compléter ou modifier, selon qu'il conviendrait, les travaux

effectués sur la base du premier rapport, et qui seraient expliquées par des commentaires. Il est prévu que les travaux sur ce sujet soient menés à bien durant le présent quinquennat.

Voilà ma présentation du chapitre X du rapport.

Chapter XI: Most-favoured-nation clause

I shall now turn to the last substantive matter, namely, Chapter XI on “**The Most-favoured-nation clause**” (MFN), included in the programme of work of the Commission in 2008. At the present session, the Commission reconstituted the Study Group on the Most-favoured nation clause, which was chaired by Mr. Donald M. McRae.

That Group held six meetings. It had before it a working paper on the “Interpretation of MFN Clauses by Investment Tribunals”, prepared by Mr. McRae, which was a restructured version of a 2011 working paper entitled “Interpretation and Application of MFN Clauses in Investment Agreements”, and took into account recent developments and discussions of the Study Group in 2011. The Group also had before it a working paper on the “Effect of the Mixed Nature of Investment Tribunals on the Application of MFN Clauses to Procedural Provisions” by Mr. Mathias Forteau, who examined whether the mixed public/private nature of arbitration was a relevant factor for the way in which a tribunal goes about treaty interpretation. The summaries of these working papers appear in paragraphs 255 to 259 of the report.

The Study Group also had before it an informal working paper on Model MFN post-*Maffezini* clauses examining the various ways in which States reacted to the *Maffezini* decision, including by specifically stating that the MFN clause did not apply to dispute resolution provisions; or by specifically stating that such a clause did apply to dispute resolution provisions; or else by specifying the fields to which the MFN clause applied. It was further confronted by an informal working paper providing an overview of MFN-type language in Headquarters Agreements conferring on representatives of States to the organization the same privileges and immunities as those granted to diplomats in the host State. These papers, together with an informal working paper on bilateral taxation treaties and the MFN Clause – which was not discussed by the Study Group – are still work in progress and will continue to be updated to ensure completeness.

The debate revolved around (a) whether, in principle, MFN provisions were susceptible of being applied to the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties (BITs); (b) whether the conditions set out in BITs under which dispute settlement provisions could be invoked by investors were matters that affected the jurisdiction of a tribunal; (c) what factors were relevant in the interpretative process for determining whether an MFN provision in a BIT applied to the conditions for invoking dispute settlement.

The discussions of the Study Group are summarized in paragraphs 260 to 265 of the report. The horizons of this work, still in progress, have started to emerge, and it is hoped that the Commission will soon be seized with the final product the Study Group. The Group is optimistic that its work could be completed within the Commission's next two or three sessions. It does not intend to prepare any draft articles or to revise the 1978 draft articles of the Commission on the MFN clause. It will continue to consider the various factors that have been taken into account by the tribunals in the interpretation of MFN clauses in relation to investments, with a view to making recommendations. It was held that it would be necessary to give further attention to aspects concerning the interpretation of the MFN clause beyond *Maffezini*; to whether additional light could be thrown on the distinction made in the case-law between jurisdiction and admissibility; to the question of who is entitled to invoke MFN clauses; to whether a particular understanding could be given to "less favourable treatment" when such a provision is invoked in the context of bilateral investment treaties; and to whether there is any role for policy exceptions to limit the application of the MFN clause.

It will be recalled that the Study Group has previously identified the need to study further the question of MFN in relation to trade in the General Agreement on Trade and Services and to investment agreements, as well as the relationship between MFN status, fair and equitable treatment, and national treatment standards. Similarly, the relationship between MFN clauses and regional trade agreements is an area that was earmarked for further study. These issues will be kept in view as the Group progresses. The Study Group noted that there were other areas of contemporary interest such as investment agreements and human rights considerations. However, it is mindful of the need not to broaden the scope of its work unduly and is therefore cautious about exploring aspects that may divert attention from its work on areas that present problems relating to the application of the provisions of the 1978 Draft articles.

For the Commission's next session, a draft report will be prepared, providing general background, analyzing and contextualizing the case-law, drawing attention to the issues that have arisen and trends in the practice and, where appropriate, making recommendations, including possible guidelines and model clauses. The various working papers that have been considered by the Study Group in the course of its work will constitute preparatory documents to form part of the overall report.

Mr. Chairman,

This completes the introduction to Chapter XI as well as to the entire report of the Commission on its 2012 session.

Thank you all for your kind attention.