A/73/10*

Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

Soixante-dixième session
(30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018)

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-treizième session
Supplément nº 10 (A/73/10)

* Nouveau tirage pour raisons techniques (le 21 septembre 2018).

Merci de recycler

A/73/10

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-treizième session
Supplément n° 10 (A/73/10)

Rapport de la Commission du droit international

Soixante-dixième session
(30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018)

Nations Unies • New York, 2018

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

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

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2018*.

Table des matières

Chapitre		*Page*
I.	Introduction	1
II.	Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-dixième session	6
III.	Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	9
IV.	Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités	11
V.	Détermination du droit international coutumier	123
VI.	Protection de l'atmosphère	167
VII.	Application à titre provisoire des traités	215
VIII.	Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)	239
IX.	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés	256
X.	Succession d'États en matière de responsabilité de l'État	294
XI.	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	305
XII.	Célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission	317
XIII.	Autres décisions et conclusions de la Commission	322

Table des matières

Chapitre *Page*

I. Introduction 1

A. Membres de la Commission 1

B. Nomination à un siège devenu vacant après élection 2

C. Membres du Bureau et Bureau élargi 2

D. Comité de rédaction 2

E. Groupes de travail 3

F. Secrétariat 4

G. Ordre du jour 4

II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-dixième session 6

III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission 9

A. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) 9

B. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 9

C. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 9

D. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 9

E. Nouveaux sujets 10

IV. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités 11

A. Introduction 11

B. Examen du sujet à la présente session 12

C. Recommandation de la Commission 12

D. Hommage au Rapporteur spécial 12

E. Texte du projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités 13

1. Texte du projet de conclusions 13

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs 16

Première partie
Introduction

Conclusion 1 Champ d'application 16

Commentaire 16

Deuxième partie
Règles et définitions fondamentales

Conclusion 2 Règle générale et moyens d'interprétation des traités 17

Commentaire 17

Conclusion 3 Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques 24

Commentaire 24

Conclusion 4 Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure 28

Commentaire 28

Conclusion 5 La conduite en tant que pratique ultérieure 38

Commentaire 39

Troisième partie
Aspects généraux

Conclusion 6 Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure 45

Commentaire 45

Conclusion 7 Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation 53

Commentaire 54

Conclusion 8 L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps 67

Commentaire 67

Conclusion 9 Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation 74

Commentaire 74

Conclusion 10 Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité 79

Commentaire 79

Quatrième partie
Aspects particuliers

Conclusion 11 Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties 87

Commentaire 87

Conclusion 12 Actes constitutifs d'organisations internationales 98

Commentaire 99

Conclusion 13 Prononcés d'organes conventionnels d'experts 112

Commentaire 112

V. Détermination du droit international coutumier 123

A. Introduction 123

B. Examen du sujet à la présente session 123

C. Recommandation de la Commission 124

D. Hommage au Rapporteur spécial 125

E. Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier 125

1. Texte des projets de conclusion 125

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs 128

Commentaire général 129

Première partie
Introduction

Conclusion 1 Portée 130

Commentaire 130

Deuxième partie
Approche fondamentale

Conclusion 2 Deux éléments constitutifs 131

Commentaire 132

Conclusion 3 Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs 134
Commentaire 134

Troisième partie
Pratique générale

Conclusion 4 Exigence d'une pratique 137
Commentaire 137
Conclusion 5 Comportement de l'État en tant que pratique de l'État 140
Commentaire 140
Conclusion 6 Formes de pratique 140
Commentaire 141
Conclusion 7 Appréciation de la pratique d'un État 142
Commentaire 142
Conclusion 8 La pratique doit être générale 143
Commentaire 143

Quatrième partie
Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Conclusion 9 Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) 146
Commentaire 146
Conclusion 10 Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) 148
Commentaire 149

Cinquième partie
Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

Conclusion 11 Traités 151
Commentaire 152
Conclusion 12 Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales 156
Commentaire 156
Conclusion 13 Décisions de juridictions 158
Commentaire 158
Conclusion 14 Doctrine 160
Commentaire 160

Sixième partie
Objecteur persistant

Conclusion 15 Objecteur persistant 161
Commentaire 161

Septième partie
Droit international coutumier particulier

Conclusion 16 Droit international coutumier particulier 164
Commentaire 164

VI. Protection de l'atmosphère 167
A. Introduction 167
B. Examen du sujet à la présente session 167
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et du préambule adoptés par la Commission en première lecture 168
1. Texte des projets de directive et du préambule 168
2. Texte des projets de directive, du préambule et des commentaires y relatifs 171
Commentaire général 171
Préambule 172
Commentaire 172
Directive 1 Définitions 180
Commentaire 180
Directive 2 Champ d'application des directives 184
Commentaire 185
Directive 3 Obligation de protéger l'atmosphère 186
Commentaire 186
Directive 4 Évaluation de l'impact sur l'environnement 189
Commentaire 189
Directive 5 Utilisation durable de l'atmosphère 191
Commentaire 192
Directive 6 Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère 193
Commentaire 193
Directive 7 Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère 194
Commentaire 194
Directive 8 Coopération internationale 196
Commentaire 197
Directive 9 Relation entre règles pertinentes 200
Commentaire 200
Directive 10 Mise en œuvre 208
Commentaire 208
Directive 11 Contrôle du respect 210
Commentaire 210
Directive 12 Règlement des différends 212
Commentaire 212
VII. Application à titre provisoire des traités 215
A. Introduction 215
B. Examen du sujet à la présente session 215
C. Texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités, adopté par la Commission en première lecture 217
1. Texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités 217

2. Texte du Guide de l'application à titre provisoire des traités et des commentaires y relatifs 219

Commentaire général 219

Directive 1 Champ d'application 221

Commentaire 221

Directive 2 Objet 222

Commentaire 222

Directive 3 Règle générale 222

Commentaire 223

Directive 4 Forme de l'accord 225

Commentaire 225

Directive 5 Prise d'effet de l'application à titre provisoire 228

Commentaire 228

Directive 6 Effet juridique de l'application à titre provisoire 229

Commentaire 229

Directive 7 Réserves 230

Commentaire 230

Directive 8 Responsabilité en cas de violation 231

Commentaire 231

Directive 9 Extinction et suspension de l'application à titre provisoire 232

Commentaire 232

Directive 10 Droit interne des États et règles des organisations internationales, et le respect des traités appliqués à titre provisoire 235

Commentaire 235

Directive 11 Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités 236

Commentaire 237

Directive 12 Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États et des règles des organisations internationales 237

Commentaire 237

VIII. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) 239

A. Introduction 239

B. Examen du sujet à la présente session 239

1. Présentation du troisième rapport par le Rapporteur spécial 242

2. Résumé du débat 244

a) Observations d'ordre général 244

b) Observations particulières 246

3. Conclusions du Rapporteur spécial 252

IX. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés 256

A. Introduction 256

B. Examen du sujet à la présente session 256
1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son premier rapport 258
2. Résumé du débat 259
a) Observations d'ordre général 259
b) Observations sur le projet de principe 19 261
c) Observations sur le projet de principe 20 261
d) Observations sur le projet de principe 21 262
e) Travaux futurs 262
3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale 262
C. Texte des projets de principe sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés provisoirement adoptés par la Commission à ce jour 264
1. Texte des projets de principe 264
2. Texte des projets de principe et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-dixième session 267
Principe 4 Mesures visant à améliorer la protection de l'environnement 267
Commentaire 267
Principe 6 Protection de l'environnement des peuples autochtones 272
Commentaire 272
Principe 7 Accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés 274
Commentaire 275
Principe 8 Opérations de paix 277
Commentaire 277
Principe 14 Processus de paix 280
Commentaire 280
Principe 15 Évaluations de l'environnement et mesures de remise en état après un conflit armé 282
Commentaire 282
Principe 16 Restes de guerre 284
Commentaire 284
Principe 17 Restes de guerre immergés en mer 287
Commentaire 287
Principe 18 Échange et mise à disposition d'informations 288
Commentaire 289
X. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État 294
A. Introduction 294
B. Examen du sujet à la présente session 294
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport 296
2. Résumé du débat 298
a) Observations d'ordre général 298
b) Observations particulières 299
c) Forme finale du résultat des travaux 301

d) Programme de travail futur 301

3. Observations finales du Rapporteur spécial 302

XI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 305

A. Introduction 305

B. Examen du sujet à la session en cours 306

1. Présentation du sixième rapport par la Rapporteuse spéciale 306

2. Résumé du débat 310

a) Observations d'ordre général 311

b) Observations portant sur le résumé du débat relatif au projet d'article 7 312

c) Observations portant sur les aspects procéduraux examinés dans le sixième rapport 312

d) Observations portant sur les garanties procédurales 315

e) Travaux futurs 315

XII. Célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission 317

A. Introduction 317

B. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international 317

XIII. Autres décisions et conclusions de la Commission 322

A. Principes généraux du droit 322

B. Demandes faites par la Commission au secrétariat en vue de la préparation et de la mise à jour d'études sur des sujets à l'ordre du jour de la Commission 322

C. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission 322

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme 322

2. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission 323

3. Examen de la résolution 72/119 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative à l'état de droit aux niveaux national et international 323

4. Examen des paragraphes 13 et 14 de la résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session 324

5. Honoraires 324

6. Documentation et publications 325

7. Annuaire de la Commission du droit international 326

8. Aide de la Division de la codification 326

9. Sites Web 327

10. Médiathèque de droit international des Nations Unies 327

D. Dates et lieu de la soixante et onzième session de la Commission 327

E. Coopération avec d'autres organes 327

F. Représentation à la soixante-treizième session de l'Assemblée générale 328

G. Séminaire de droit international 328

Annexes

A. Compétence pénale universelle 331

B. L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international 352

Chapitre I
Introduction

1. La Commission du droit international a tenu la première partie de sa soixante-dixième session du 30 avril au 1er juin 2018 à New York et la deuxième partie du 2 juillet au 10 août 2018 à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève. La session a été ouverte par M. Georg Nolte, Président de la soixante-neuvième session de la Commission.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

M. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

M. Bogdan Aurescu (Roumanie)

M. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Mme Concepción Escobar Hernández (Espagne)

Mme Patricia Galvão Teles (Portugal)

M. Juan Manuel Gómez Robledo (Mexique)

M. Claudio Grossman Guiloff (Chili)

M. Hussein A. Hassouna (Égypte)

M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)

M. Huikang Huang (Chine)

M. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leone)

M. Ahmed Laraba (Algérie)

Mme Marja Lehto (Finlande)

M. Shinya Murase (Japon)

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

M. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

M. Georg Nolte (Allemagne)

Mme Nilüfer Oral (Turquie)

M. Hassan Ouazzani Chahdi (Maroc)

M. Ki Gab Park (République de Corée)

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

M. Ernest Petrič (Slovénie)

M. Aniruddha Rajput (Inde)

M. August Reinisch (Autriche)

M. Juan José Ruda Santolaria (Pérou)

M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)

M. Pavel Šturma (République tchèque)

M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)

M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)

M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)

M. Amos S. Wako (Kenya)

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

M. Evgeny Zagaynov (Fédération de Russie)

B. Nomination à un siège devenu vacant après élection

3. À sa 3391e séance, le 1er mai 2018, la Commission a élu M. Evgeny Zagaynov (Fédération de Russie) afin de pourvoir le siège rendu vacant par la démission de M. Roman A. Kolodkin.

C. Membres du Bureau et Bureau élargi

4. À sa 3390e séance, le 30 avril 2018, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)
Premier Vice-Président :	M. Pavel Šturma (République tchèque)
Deuxième Vice-Président :	M. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)
Président du Comité de rédaction :	M. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leone)
Rapporteuse :	Mme Patricia Galvão Teles (Portugal)

5. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens Présidents de la Commission[1] et des rapporteurs spéciaux[2].

6. À sa 3390e séance, tenue le 30 avril 2018, la Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants : M. Pavel Šturma (Président), M. Yacouba Cissé, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, Mme Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, Mme Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et Mme Patrícia Galvão Teles (membre de droit).

D. Comité de rédaction

7. À ses 3391e, 3395e, 3401e, 3409e, 3413e, 3431e et 3435e séances, tenues respectivement les 1er, 4, 11, 22 et 29 mai et les 17 et 24 juillet 2018, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

a) *Normes impératives du droit international général (jus cogens)* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M. Dire D. Tladi (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, Mme Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M. Hong Thao Nguyen, Mme Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et Mme Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

[1] M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič.

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

b) *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M. Georg Nolte (Rapporteur spécial), M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

c) *Détermination du droit international coutumier* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Bogdan Aurescu, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M^me^ Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

d) *Application provisoire des traités* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M. Juan Manuel Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Huikang Huang, M^me^ Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

e) *Protection de l'atmosphère* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M. Shinya Murase (Rapporteur spécial), M. Bogdan Aurescu, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Huikang Huang, M^me^ Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

f) *Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M^me^ Marja Lehto (Rapporteuse spéciale), M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit) ;

g) *Succession d'États en matière de responsabilité de l'État* : M. Charles Chernor Jalloh (Président), M. Pavel Šturma (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Bogdan Aurescu, M^me^ Concepción Escobar Hernández, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M^me^ Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit).

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 32 séances sur les 7 sujets susmentionnés.

E. Groupes de travail

9. À sa 3394^e^ séance, tenue le 3 mai 2018, la Commission a constitué un Groupe de travail sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Président), M^me^ Marja Lehto (Rapporteuse spéciale), M. Yacouba Cissé, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^me^ Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Aniruddha Rajput, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood et M^me^ Patrícia Galvão Teles (membre de droit).

10. À sa 3404e séance, tenue le 16 mai 2018, la Commission a constitué un Groupe de travail sur la détermination du droit international coutumier : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Président), Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, Mme Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, Mme Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Juan José Ruda Santolaria, M. Gilberto Vergne Saboia et Mme Patrícia Galvão Teles (membre de droit).

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

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

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

F. Secrétariat

12. M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, représentait le Secrétaire général. M. Huw Llewellyn, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général. M. Arnold Pronto et Mme Jessica Elbaz, juristes principaux, assumaient les fonctions de sous-secrétaires principaux, M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, celles de secrétaire assistant principal et M. David Nanopoulos et M. Francesco Messineo, juristes, et Mme Christiane Ahlborn et M. Bart Smit Duijzentkunst, juristes adjoints de première classe, celles de secrétaires assistants de la Commission.

G. Ordre du jour

13. À sa 3390e séance, tenue le 30 avril 2018, la Commission a adopté pour sa soixante-dixième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Attribution de sièges vacants.
3. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
4. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.
5. Application provisoire des traités.
6. Détermination du droit international coutumier.
7. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.
8. Protection de l'atmosphère.

9. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

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

11. Célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission.

12. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.

13. Date et lieu de la soixante et onzième session.

14. Coopération avec d'autres organes.

15. Questions diverses.

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

14. Pour l'examen du sujet « **Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités** », la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/715), ainsi que des commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/712 et Add.1). Le cinquième rapport rendait compte des commentaires et des observations des États sur les projets de conclusion et les commentaires y relatifs adoptés en première lecture, et présentait des recommandations pour chaque projet de conclusion.

15. La Commission a adopté, en seconde lecture, un ensemble de 13 projets de conclusion, assortis de commentaires, sur les accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Conformément à l'article 23 de son statut, la Commission a recommandé à l'Assemblée générale de prendre note du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités dans une résolution, de l'annexer à celle-ci et d'en assurer la plus large diffusion possible, et de recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de toutes les personnes qui peuvent être appelées à interpréter des traités (chap. IV).

16. Pour l'examen du sujet « **Détermination du droit international coutumier** », la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/717), qui rendait compte des commentaires et des observations des États sur les projets de conclusion et les commentaires y relatifs adoptés en première lecture, et examinait les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier.

17. La Commission était aussi saisie d'une bibliographie actualisée sur le sujet, publiée dans un additif au rapport (A/CN.4/717/Add.1), des commentaires et des observations présentés par les États (A/CN.4/716), et de l'étude du Secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710).

18. La Commission a adopté, en seconde lecture, un ensemble de 16 projets de conclusion, assortis de commentaires, sur la détermination du droit international coutumier. Conformément à l'article 23 de son statut, la Commission a recommandé à l'Assemblée générale, entre autres, de prendre note du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, de l'annexer à celle-ci et d'en assurer la plus large diffusion possible, et de recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de toutes les personnes qui peuvent être appelées à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier, et de donner suite aux propositions formulées dans l'étude du Secrétariat (chap. V).

19. Pour l'examen du sujet « **Protection de l'atmosphère** », la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), qui était consacré aux questions relatives à la mise en œuvre, au contrôle du respect et au règlement des différends.

20. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les trois projets de directive tels qu'ils figuraient dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial. Après avoir examiné le sujet à la présente session, la Commission a adopté, en première lecture, un projet de préambule et 12 projets de directive, assortis de commentaires, sur la protection de l'atmosphère. Conformément aux articles 16 à 21 de son statut, elle a décidé de transmettre le projet de directives, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements et aux organisations internationales, en les priant de faire parvenir leurs commentaires et observations au Secrétaire général d'ici au 15 décembre 2019 (chap. VI).

21. Pour l'examen du sujet « **Application provisoire des traités** », la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/718), qui contenait la suite de l'analyse des vues exprimées par les États membres ainsi que des renseignements complémentaires sur la pratique des organisations internationales, et traitait des questions de la cessation ou de la suspension de l'application provisoire d'un traité comme

conséquence de sa violation, de la formulation de réserves, et des modifications. Une bibliographie sur le sujet était fournie dans un additif au rapport (A/CN.4/718/Add.1). De plus, la Commission était saisie de l'étude du Secrétariat sur la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux), déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives (A/CN.4/707).

22. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directive et les clauses types proposés par le Rapporteur spécial, ainsi que les projets de directive précédemment adoptés par la Commission. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction, la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 12 projets de directive, assortis de commentaires, sous le titre « Guide de l'application à titre provisoire des traités ». Conformément aux articles 16 à 21 de son statut, elle a décidé de transmettre les projets de directive, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements et aux organisations internationales, en les priant de faire parvenir leurs commentaires et observations au Secrétaire général d'ici au 15 décembre 2019 (chap. VII).

23. Pour l'examen du sujet « **Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)** », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/714 et Corr.1), qui revenait sur l'examen antérieur du sujet par la Commission du droit international et la Sixième Commission, et traitait des conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), en général, pour le droit des traités et pour le droit de la responsabilité de l'État, ainsi que des autres effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). La Commission a ensuite décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 10 à 23 proposés dans le rapport. Elle a pris note des rapports intérimaires du Président du Comité de rédaction portant sur les projets de conclusions 8 et 9 et sur les projets de conclusions 10 à 14, provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avaient été présentés pour information seulement (chap. VIII).

24. Pour l'examen du sujet « **Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés** », la Commission était saisie du premier rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/720 et Corr.1), qui traitait de la protection de l'environnement dans les situations d'occupation. Ce rapport offrait une présentation générale de la protection de l'environnement au regard du droit de l'occupation et traitait de la complémentarité du droit de l'occupation, du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement. Il contenait trois projets de principe relatifs à la protection de l'environnement dans les situations d'occupation. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de principe tels qu'ils figuraient dans le rapport de la Rapporteuse spéciale. Elle a ensuite reçu le rapport du Comité de rédaction et pris note des projets de principes 19 à 21, provisoirement adoptés par le Comité. De plus, la Commission a adopté provisoirement les projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-huitième session, ainsi que les commentaires s'y rapportant (chap. IX).

25. Pour l'examen du sujet « **Succession d'États en matière de responsabilité de l'État** », la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/719), qui traitait de la légalité de la succession, des règles générales relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, et de certaines catégories particulières de successions d'État aux obligations découlant de la responsabilité. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 11 tels qu'ils figuraient dans le rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction concernant le paragraphe 2 du projet d'article 1er et les projets d'articles 5 et 6, provisoirement adoptés par le Comité ; ce rapport lui avait été soumis uniquement pour information (chap. X).

26. Pour l'examen du sujet « **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** », la Commission était saisie du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/722), qui concernait les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère et, en particulier, la manière dont ces aspects avaient été précédemment traités par la Commission dans le cadre de ses travaux, la manière dont ils s'inscrivaient

dans le cadre général du sujet et la méthode que la Rapporteuse spéciale entendait suivre aux fins de la poursuite de leur analyse, et qui examinait les trois éléments de ces aspects procéduraux liés à la notion de juridiction, à savoir : a) l'élément temporel ; b) les catégories d'actes visées ; c) la détermination de l'immunité. Aucun projet d'article n'a été proposé pour examen à la présente session. Les débats de la Commission sur le sixième rapport ne sont pas terminés et s'achèveront l'année prochaine (chap. XI).

27. En ce qui concerne le **soixante-dixième anniversaire de la Commission**, des manifestations commémoratives ont été organisées à New York, le 21 mai 2018, et à Genève, les 5 et 6 juillet 2018, sur le thème « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir ». À New York comme à Genève, elles ont pris la forme d'une séance solennelle, suivie de tables rondes. À New York, le discours liminaire a été prononcé par M. Nico Schrijver, professeur de droit international public au Grotius Centre for International Legal Studies (Université de Leyde) et Président de l'Institut de Droit international. À Genève, le discours liminaire a été prononcé par M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice (chap. XII).

28. Dans le cadre des « **Autres décisions et conclusions de la Commission** », la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail et de désigner M. Marcelo Vázquez-Bermúdez Rapporteur spécial pour ce sujet (chap. XIII, sect. A).

29. La Commission a reconstitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, lequel a décidé, à son tour, de reconstituer un groupe de travail sur le programme de travail à long terme, présidé par M. Mahmoud D. Hmoud, et un groupe de travail sur les méthodes de travail, présidé par M. Hussein A. Hassouna (chap. XIII, sect. C). La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme les sujets suivants : a) Compétence pénale universelle et b) L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international (chap. XIII, sect. C.1, et annexes A et B).

30. La Commission a poursuivi ses échanges d'informations habituels avec le Comité juridique interaméricain et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe. Les membres de la Commission ont aussi eu un échange de vues informel avec le Comité international de la Croix-Rouge (chap. XIII, sect. E).

31. La Commission a décidé que sa soixante et onzième session se tiendrait à Genève, du 29 avril au 7 juin 2019 et du 8 juillet au 9 août 2019 (chap. XIII, sect. D).

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

32. La Commission souhaiterait que toute information concernant les points ci-après lui soit communiquée le 31 décembre 2018 au plus tard, pour qu'elle puisse être prise en compte dans les rapports respectifs des Rapporteurs spéciaux.

A. Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

33. La Commission estime toujours pertinentes les demandes d'informations qu'elle a formulées au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante-septième session (2015) concernant le sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »[3], et accueillerait avec intérêt toute information complémentaire.

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

34. La Commission saurait gré aux États de lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire, administrative et autre, relativement aux aspects procéduraux de l'immunité, en particulier l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, ainsi que sur les mécanismes de communication, de consultation, de coopération et d'entraide judiciaire internationale dont les États disposent lorsque leurs autorités nationales examinent ou sont susceptibles d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. De la même manière, lui serait utile toute information que pourraient lui fournir les organisations internationales concernant les mécanismes de coopération internationale qui, dans le cadre de leurs compétences, peuvent avoir des incidences sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

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

35. La Commission estime toujours pertinentes les demandes d'informations qu'elle a formulées au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante-septième session (2015) concernant ce sujet[4], et accueillerait avec intérêt toute information complémentaire. Elle accueillerait aussi avec intérêt toute information que pourraient lui fournir les États concernant la responsabilité, les obligations qui en découlent et la réparation des dommages causés à l'environnement en relation avec un conflit armé, notamment la jurisprudence ou les accords ou arrangements conclus entre les parties.

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

36. La Commission saurait gré aux États de lui fournir des informations sur leur pratique concernant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Elle apprécierait en particulier de recevoir des exemples :

a) De traités, notamment de traités multilatéraux ou bilatéraux pertinents ;

b) De législation nationale pertinente pour le sujet, y compris de législation donnant effet à des traités multilatéraux ou bilatéraux ;

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 31.

[4] Ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 27.

c) De décisions rendues par des juridictions nationales, régionales ou sous-régionales concernant des questions liées à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

E. Nouveaux sujets

37. La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme deux nouveaux sujets, à savoir : a) Compétence pénale universelle et b) L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international. Dans le choix de ces sujets, la Commission s'est appuyée sur les critères suivants, convenus à sa cinquantième session (1998) : a) les sujets devraient correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; b) les sujets devraient être suffisamment mûrs sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à un développement progressif et à une codification ; c) les sujets devraient être concrets et suffisamment faciles à traiter aux fins du développement progressif et de la codification ; d) la Commission ne devrait pas se cantonner à des sujets classiques mais peut au contraire envisager également des sujets qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale. La Commission accueillerait avec intérêt l'avis des États sur ces nouveaux sujets.

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

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

A. Introduction

39. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cette fin à sa session suivante[5]. À sa soixante et unième session (2009), elle a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, placé sous la présidence de Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est attaché à recenser les questions à examiner et à réfléchir à ses méthodes de travail, ainsi qu'à la forme que pourrait prendre le résultat des travaux menés par la Commission sur le sujet[6].

40. De la soixante-deuxième à la soixante-quatrième session (2010-2012), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Nolte. Il a examiné trois rapports, présentés oralement par ce dernier, qui portaient respectivement sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée[7], les décisions de mécanismes mis en place au titre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs[8] et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires[9].

41. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude[10], la Commission a décidé : a) de modifier les modalités de ses travaux sur le sujet à compter de sa soixante-cinquième session (2013), comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré ; b) de nommer M. Nolte Rapporteur spécial pour le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »[11].

42. De sa soixante-cinquième session (2013) à sa soixante-huitième session (2016), la Commission a examiné le sujet en se fondant sur quatre rapports successifs du Rapporteur spécial[12].

43. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 13 projets de conclusion concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, ainsi que les commentaires y relatifs[13]. Conformément aux dispositions des articles 16 à 21 de son statut, elle a décidé de

---

[5] À sa 2997e séance, le 8 août 2008. Voir *Annuaire … 2008*, vol. II (deuxième partie), par. 353 ; et pour le plan d'étude du sujet, ibid., annexe I. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

[6] *Annuaire … 2009*, vol. II (deuxième partie), par. 220 à 226.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément no 10* (A/65/10), par. 344 à 354 ; et ibid., *soixante-sixième session, Supplément no 10* (A/66/10), par. 337.

[8] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément no 10* (A/66/10), par. 338 à 341 ; et ibid., *soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 230 et 231.

[9] Ibid., *soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 232 à 234. À la soixante-troisième session (2011), le Président du Groupe d'étude a présenté neuf conclusions préliminaires, remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude (ibid., *soixante-sixième session, Supplément no 10* (A/66/10), par. 344). À la soixante-quatrième session (2012), le Président a présenté le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière de ces débats (ibid., *soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 240). Le Groupe d'étude s'est également penché sur la question des modalités et du résultat des futurs travaux sur le sujet. Plusieurs propositions ont été faites par le Président et acceptées par le Groupe d'étude (ibid., par. 235 à 239).

[10] Ibid., *soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 226 et 239.

[11] Ibid., par. 227.

[12] A/CN.4/660 (premier rapport), A/CN.4/671 (deuxième rapport), A/CN.4/683 (troisième rapport) et A/CN.4/694 (quatrième rapport).

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10), par. 75 et 76.

transmettre les projets de conclusion aux gouvernements pour commentaires et observations, par l'intermédiaire du Secrétaire général[14].

B. Examen du sujet à la présente session

44. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/715), ainsi que des commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/712 et Add.1).

45. À ses 3390e et 3391e séances, puis de sa 3393e à 3396e sa séance, tenues entre le 30 avril et le 7 mai 2018, la Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial et a chargé le Comité de rédaction de procéder à la seconde lecture de l'ensemble du projet de conclusions sur la base des propositions du Rapporteur spécial, en tenant compte des commentaires et observations des gouvernements, ainsi que du débat tenu en séance plénière sur le rapport du Rapporteur spécial.

46. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.907) à sa 3406e séance, le 18 mai 2018, et a adopté l'ensemble du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, en seconde lecture (sect. E.1 ci-dessous).

47. De sa 3444e à sa 3448e séance, tenues entre le 6 et le 8 août 2018, la Commission a adopté les commentaires se rapportant au projet de conclusions susmentionné (sect. E.2 ci−dessous).

48. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet de conclusions à l'Assemblée générale, assorti de la recommandation énoncée ci-après.

C. Recommandation de la Commission

49. À sa 3448e séance, le 8 août 2018, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son Statut, de recommander à l'Assemblée générale :

a) De prendre note du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités dans une résolution, de l'annexer à celle-ci et d'en assurer la plus large diffusion possible ;

b) De recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de toutes les personnes qui peuvent être appelées à interpréter des traités.

D. Hommage au Rapporteur spécial

50. À sa 3448e séance, le 8 août 2018, la Commission, après avoir adopté le projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, a adopté la résolution ci-après par acclamation :

« *La Commission du droit international*,

Ayant adopté le projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités,

Exprime à M. Georg Nolte, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée, par son dévouement et ses efforts inlassables, à l'élaboration du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, et pour les résultats qu'il a obtenus à cet égard. ».

[14] Ibid., par. 73.

E. Texte du projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

1. Texte du projet de conclusions

51. Le texte du projet de conclusions adopté par la Commission en seconde lecture, à sa soixante-dixième session, est reproduit ci-après.

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

Première partie
Introduction

Conclusion 1
Champ d'application

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Deuxième partie
Règles et définitions fondamentales

Conclusion 2
Règle générale et moyens d'interprétation des traités

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

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, comme le prévoit l'article 31, paragraphe 1.

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

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

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

Conclusion 3
Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques

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

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

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

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

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

Conclusion 5
La conduite en tant que pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres.

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

Troisième partie
Aspects généraux

Conclusion 6
Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Une telle prise de position n'est pas constituée si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

Conclusion 7
Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, par un accord ou 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. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

Conclusion 8
L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

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

Conclusion 9
Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. En outre, le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), dépend, entre autres, de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

Conclusion 10
Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Un tel accord peut être juridiquement contraignant, mais n'a pas besoin de l'être pour qu'il en soit tenu compte.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

Quatrième partie
Aspects particuliers

Conclusion 11
Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion de parties à un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté lorsque ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond au sujet de l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

Conclusion 12
Actes constitutifs d'organisations internationales

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou la pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31 et 32.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

Conclusion 13
Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de la contribution que les prononcés d'organes conventionnels d'experts apportent à l'interprétation des traités dans le cadre de leurs mandats.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs

52. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en seconde lecture est reproduit ci-après.

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

Première partie
Introduction

Conclusion 1
Champ d'application

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Commentaire

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Le présent projet de conclusions vise à expliquer le rôle joué par les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités. Il est fondé sur la Convention de Vienne

sur le droit des traités de 1969 (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »)[15]. Il situe les accords et la pratique ultérieurs dans le cadre des règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation en recensant et expliquant les aspects pertinents, et en traitant de certaines questions susceptibles de se poser lors de l'application de ces règles.

3) Le projet de conclusions n'envisage pas tous les cas dans lesquels les accords et la pratique ultérieurs peuvent jouer un rôle en matière d'interprétation des traités. Par exemple, il ne traite pas de manière générale de la pertinence des accords et de la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales[16]. La pratique des organisations internationales n'est prise en considération que de manière limitée au paragraphe 3 du projet de conclusion 12. Le projet de conclusions ne traite pas non plus de l'interprétation des règles adoptées par une organisation internationale, de la détermination du droit international coutumier ou des principes généraux du droit. Il est sans préjudice des autres moyens d'interprétation au sens de l'article 31, y compris du paragraphe 3 c) selon lequel il doit être tenu compte, dans l'interprétation d'un traité, de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4) Le projet de conclusions vise à faciliter le travail de ceux qui sont appelés à interpréter des traités. Outre les juridictions internationales, il fournit des indications aux États, y compris à leurs tribunaux, et aux organisations internationales, ainsi qu' à tous ceux qui sont appelés à interpréter des traités.

Deuxième partie
Règles et définitions fondamentales

Conclusion 2
Règle générale et moyens d'interprétation des traités

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

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, comme le prévoit l'article 31, paragraphe 1.

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

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

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 envisage les accords et la pratique ultérieurs comme des moyens d'interprétation des traités dans le cadre des règles relatives à l'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Le titre, « Règle

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

[16] Voir Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après « Convention de Vienne de 1986 ») (Vienne, 21 mars 1986, non encore entré en vigueur) (A/CONF.129/15). Certains éléments relatifs à ces traités, mais qui sont aussi d'application générale, sont utilisés dans les présents commentaires.

générale et moyens d'interprétation des traités », donne deux indications. Premièrement, l'article 31, dans son ensemble, est la « règle générale » d'interprétation des traités[17]. Deuxièmement, les articles 31 et 32 énumèrent tous deux un certain nombre de « moyens d'interprétation » qui doivent (art. 31) ou peuvent (art. 32) être pris en considération dans l'interprétation des traités[18].

Paragraphe 1, première phrase − lien entre les articles 31 et 32

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 2 met l'accent sur le lien réciproque entre les articles 31 et 32 et sur le fait que ces dispositions, ensemble, reflètent le droit international coutumier. La référence aux articles 31 et 32 précise d'emblée le contexte général dans lequel les accords et la pratique ultérieurs sont traités dans le projet de conclusions.

3) Étant donné que l'article 31 énonce la règle générale et que l'article 32 traite du recours aux moyens complémentaires d'interprétation, ces règles[19] doivent être lues ensemble, car elles constituent un cadre intégré pour l'interprétation des traités. L'article 32 fixe les seuils entre l'application des moyens principaux d'interprétation conformément à l'article 31[20], qui doivent tous être pris en compte dans le processus d'interprétation, et des « moyens complémentaires d'interprétation » énoncés à l'article 32. Il peut être fait appel aux moyens complémentaires d'interprétation, soit pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit pour déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens du traité ou de ses termes ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Paragraphe 1, deuxième phrase − les règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités et le droit international coutumier

4) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 confirme que les règles énoncées par les articles 31 et 32 reflètent le droit international coutumier[21]. Les cours et tribunaux internationaux ont reconnu le caractère coutumier de ces règles. Tel a été le cas, par exemple, de la Cour internationale de Justice[22], du Tribunal international du droit

[17] Titre de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969.

[18] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660), par. 8 ; M. E. Villiger, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (ci-après « *Recueil des cours…* »), 2009, vol. 344, p. 9 à 133, aux pages 118 et 119 et 126 à 128.

[19] Sur le sens du terme « règle » dans le présent contexte : voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 237 à 240 (commentaire, introduction) ; R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 36 à 38.

[20] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 243, commentaire du projet d'article 28, par. 19) ; Waldock, Troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59, par. 21 ; M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des cours… 1976-III*, vol. 151, p. 1 à 114, à la page 78 ; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), p. 141 et 142 ; Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra*, note 8), p. 127 et 128.

[21] Y. le Bouthillier, « Commentary on Article 32 of the Vienna Convention » dans *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Corten et P. Klein (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 841 à 865, aux pages 843 à 846, par. 4 à 8 ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8e éd. (Paris, L. G. D. J., 2009), p. 285 et 286 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 13 à 20 ; Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra*, note 18), p. 132 et 133.

[22] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 46, par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, à la page 237, par. 47 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, aux pages 109 et 110, par. 160 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 174, par. 94 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 12, à la page 48, par. 83 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie), arrêt,*

de la mer[23], d'instances arbitrales interétatiques[24], de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »)[25], de la Cour européenne des droits de l'homme[26], de la Cour interaméricaine des droits de l'homme[27], de la Cour de justice de l'Union européenne[28] et de tribunaux internationaux chargés des différends relatifs à l'investissement, notamment ceux établis par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »)[29] conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États[30]. Par conséquent, les règles énoncées dans les articles 31 et 32 s'appliquent au titre du droit des traités en ce qui concerne les États qui sont parties à la Convention de Vienne

C.I.J. Recueil 2002, p. 625, à la page 645, par. 37 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, à la page 501, par. 99 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana / Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045, à la page 1059, par. 18 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, aux pages 21 et 22, par. 41 (Convention de Vienne de 1969, art. 31, sans mentionner expressément l'article 32 mais en faisant référence aux moyens complémentaires d'interprétation).

[23] *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, affaire nº 17, *avis consultatif*, 1er février 2011, *TIDM Recueil2011*, p. 10, par. 57.

[24] *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente : E/F.06.V.8), p. 35 à 125, par. 45 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

[25] L'article 3 2) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC dispose qu'« il a pour objet […] de clarifier les dispositions existantes [des] accords [couverts par l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public » (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, nº 31874, p. 402), mais ne renvoie pas expressément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, l'Organe d'appel a régulièrement reconnu que les articles 31 et 32 reflètent des règles de droit international coutumier et a eu recours à leurs dispositions par référence à l'article 3 2) du Mémorandum d'accord. Voir, par exemple, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (États-Unis − Essence)*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, sect. III, B (Convention de Vienne de 1969, art. 31 1)) ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon − Taxes sur les boissons alcooliques (Japon − Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, sect. D (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32). Voir aussi G. Nolte, « Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second Report for the ILC Study Group on treaties over time » dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 210 à 240, à la page 215.

[26] *Golder c. Royaume-Uni*, nº 4451/70, 21 février 1975, série A nº 18, par. 29 ; *Witold Litwa c. Pologne*, nº 26629/95, 4 avril 2000, CEDH 2000-III, par. 58 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], nº 34503/97, 12 novembre 2008, CEDH 2008, par. 65 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33) ; *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], nº 29750/09, 16 septembre 2014, CEDH 2014, par. 100.

[27] *The effect of reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A nº 2, par. 19 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens), 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 94, par. 19 (Convention de Vienne, art. 31 1)) ; d'autres décisions sont mentionnées par C. E. Arévalo Narváez et P. A. Patarroyo Ramírez dans "Treaties over time and human rights: a case law analysis of the Inter-American Court of Human Rights", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2017), p. 295 à 331, à la page 315, note 88.

[28] Arrêt du 25 février 2010, affaire C-386/08, *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, *ECR 2010 I-01289*, par. 41 à 43 (Convention de Vienne de 1969, art. 31).

[29] *National Grid plc v. The Argentine Republic*, décision sur la compétence (CNUDCI), 20 juin 2006, par. 51 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec et al. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, ordonnance de jonction, 7 septembre 2005, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; voir *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru*, sentence partielle sur la compétence, 15 juillet 2016, CIRDI, affaire nº UNCT/13/1, par. 69 ; *Venezuela US, S. R. L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, sentence intérimaire sur la compétence, 26 juillet 2016, CPA, affaire nº 2013-34, par. 49.

[30] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, nº 8359, p. 159.

de 1969, et au titre du droit international coutumier entre tous les États, y compris s'agissant de traités conclus avant l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne pour les États parties concernés.

5) L'article 33 peut également être pertinent pour le projet de conclusions sur le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Un « accord ultérieur » au sens du paragraphe 3 a) de l'article 31, par exemple, pourrait être formulé dans deux ou plusieurs langues, et il pourrait y avoir des questions concernant la relation de tout accord ultérieur avec les différentes versions linguistiques du traité lui-même. La Commission a néanmoins décidé de ne pas traiter ces questions, y compris celle de savoir dans quelle mesure l'article 33 est l'expression du droit international coutumier[31].

Paragraphe 2 − article 31, paragraphe 1

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 reprend le texte du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, compte tenu de son importance pour le sujet. Le paragraphe 1 de l'article 31 est le point de départ de toute interprétation des traités conformément à la règle générale énoncée par l'article 31 dans son intégralité. Il y est fait référence pour assurer l'équilibre dans le processus d'interprétation entre l'évaluation des termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument, d'une part, et les considérations concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le présent projet de conclusions, d'autre part. La réaffirmation du paragraphe 1 de l'article 31 sous forme de paragraphe distinct n'a cependant pas pour objet de laisser entendre que ce paragraphe et les moyens d'interprétation qui y sont mentionnés priment sur le fond dans le contexte de l'article 31. Tous les moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, y compris les éléments de contexte mentionnés au paragraphe 2, font partie d'une règle unique et intégrée[32].

Paragraphe 3 − article 31, paragraphe 3

7) Le paragraphe 3 reprend les termes des alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, afin d'inscrire les accords et la pratique ultérieurs, qui sont le thème principal du sujet, dans le cadre juridique général de l'interprétation des traités. En conséquence, le texte introductif du paragraphe 3 de l'article 31 − « [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte » − est conservé de façon à souligner que l'évaluation des moyens d'interprétation mentionnés des alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 31 fait partie intégrante de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[33].

---

[31] La Cour internationale de Justice a reconnu que le paragraphe 4 de l'article 33 reflète le droit international coutumier, *LaGrand* (voir *supra*, note 22), p. 502, par. 101 ; l'Organe d'appel de l'OMC a affirmé que les règles énoncées aux paragraphes 3 et 4 reflètent le droit international coutumier, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (États-Unis − Bois d'œuvre résineux IV)*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 3) ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Chili − Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R et Corr.1, adopté le 23 octobre 2002, par. 271 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 4) ; le Tribunal international du droit de la mer et la Cour européenne des droits de l'homme sont allés plus loin et ont indiqué que l'article 33 dans son intégralité reflète le droit coutumier, voir *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra*, note 23) ; *Golder c. Royaume-Uni* (voir *supra*, note 26), par. 29 ; *Witold Litwa c. Pologne*, (voir *supra*, note 26), par. 59 ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra*, note 26), par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33).

[32] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8). Voir en détail *infra*, par. 12) du commentaire relatif au paragraphe 5 du projet de conclusion 2.

[33] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8) ; et G. Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of ad hoc jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 169, à la page 177.

Paragraphe 4 − la pratique ultérieure au sens de l'article 32

8) Le paragraphe 4 précise que la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui ne satisfait pas à tous les critères du paragraphe 3 b) de l'article 31 relève néanmoins de l'article 32. L'article 32 contient une liste non exhaustive de moyens complémentaires d'interprétation[34]. Le paragraphe 4 emprunte à l'article 32 les termes « il peut être fait appel » afin de conserver la distinction entre le caractère obligatoire que revêt le fait de tenir compte des moyens d'interprétation qui sont mentionnés à l'article 31 et le caractère discrétionnaire du recours à des moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32.

9) En particulier, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, qui n'établit pas l'accord de toutes les parties au traité mais seulement celui d'une ou de plusieurs parties, peut être utilisée comme un moyen complémentaire d'interprétation. C'est ce qu'a déclaré la Commission[35] et ce qu'ont reconnu depuis des cours et tribunaux internationaux[36] et la doctrine[37] (voir plus en détail les paragraphes 23) à 35) du commentaire du projet de conclusion 4).

10) La Commission n'a cependant pas considéré qu'il convenait de traiter, dans le présent projet de conclusions, de la pratique ultérieurement suivie qui n'est pas « dans l'application du traité » en tant que moyen complémentaire d'interprétation. Cette pratique peut, dans certaines circonstances, constituer aussi un moyen complémentaire d'interprétation possible[38]. Mais elle n'entre pas dans le cadre de ce dont la Commission s'occupe actuellement dans le présent sujet, sauf dans la mesure où elle peut contribuer à « évaluer » la pratique pertinente ultérieurement suivie dans l'application d'un traité (voir le projet de conclusion 5 et le commentaire y relatif). En conséquence, le paragraphe 4 du projet de conclusion 2 vise toute pratique ultérieurement suivie « dans l'application du traité », comme le fait le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, qui définit « la "pratique ultérieure" au sens de l'article 32 ».

---

[34] Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 79.

[35] *Annuaire ... 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, commentaire du projet d'article 69, par. 13).

[36] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1096, par. 79 et 80 ; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), nº 15318/89, 23 mars 1995, CEDH, série A nº 310, par. 79 à 81 ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (voir *supra*, note 27), par. 92 ; *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil1999*, p. 280, par. 50 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes − Classement tarifaire de certains matériels informatiques (CE − Matériels informatiques)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, par. 90 ; voir aussi Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (États-Unis − EPO)*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, adopté le 23 juillet 2012, par. 452.

[37] Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 52 (« la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. […] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne* » (non souligné dans l'original) ; Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 138 : « le paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention [couvre] uniquement une forme particulière de pratique ultérieure − à savoir, *la pratique ultérieure concordante commune à toutes les parties*. *La pratique ultérieure qui n'entre pas dans cette définition étroite peut néanmoins être un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention* » (non souligné dans l'original) ; S. Torres Bernárdez, « Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties » dans *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, G. Hafner *et al.* (dir. publ.) (La Haye, Kluwer Law International, 1998), p. 721, à la page 726 ; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2009), p. 431 et 432.

[38] L. Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu » dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 53 à 63, aux pages 59 à 62.

Paragraphe 5 − « une seule opération complexe »

11) La Commission a estimé qu'il importait, pour conclure le projet de conclusion 2, de souligner au paragraphe 5[39] que, nonobstant la structure du projet de conclusion 2, qui va du général au particulier, le processus d'interprétation est une « seule opération complexe », qui prévoit que « l'attention qu'il convient » est accordée aux divers moyens d'interprétation[40]. L'expression « seule opération complexe » est tirée du commentaire de 1966 de la Commission relatif aux articles sur le droit des traités[41]. Dans ce commentaire, la Commission a également indiqué qu'elle avait voulu « souligner que le processus d'interprétation constitue un tout »[42].

12) Le paragraphe 5 du projet de conclusion 2 explique également que l'attention qu'il convient doit être accordée, dans le cadre du processus d'interprétation considéré comme une « seule opération complexe », aux divers moyens d'interprétation qui sont mentionnés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission n'a cependant pas jugé nécessaire d'insérer une référence, sous forme d'exemple, à un ou plusieurs moyens particuliers d'interprétation dans le texte du paragraphe 5 du projet de conclusion 2[43]. Cela permet d'éviter tout malentendu éventuel quant au fait que l'un quelconque des différents moyens d'interprétation aurait la priorité sur les autres, quelle que soit la disposition particulière du traité ou l'affaire concernée.

13) L'expression « moyens d'interprétation » est employée au paragraphe 5. Elle couvre non seulement les « moyens complémentaires d'interprétation » qui sont visés à l'article 32 mais aussi les éléments mentionnés à l'article 31[44]. Alors que la Commission, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des traités, a employé indifféremment les termes « moyens d'interprétation » et « éléments d'interprétation », aux fins du présent sujet elle a retenu le terme « moyens d'interprétation » qui renvoie aussi à la fonction d'outil ou d'instrument que remplissent ces moyens dans le processus d'interprétation[45]. Le terme « moyens » ne distingue pas entre les différents éléments mentionnés dans les articles 31 et 32. Il indique plutôt que ces éléments ont chacun une fonction dans le processus d'interprétation, qui est « unique » tout en étant aussi une opération « complexe »[46]. De même que les tribunaux commencent généralement leur raisonnement en examinant les termes du traité pour ensuite, dans un processus interactif[47], analyser ces termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument[48], il faut d'abord analyser la pertinence exacte des différents moyens d'interprétation dans tous les cas d'interprétation des traités avant que ces moyens soient « jetés dans le creuset »[49] pour parvenir à une bonne interprétation, en accordant à chacun le poids qu'il convient par rapport aux autres.

---

[39] A/CN.4/660, par. 64 ; et Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (voir *supra*, note 33),p. 171 et 177.

[40] Sur la fonction différente des accords et de la pratique ultérieurs par rapport aux autres moyens d'interprétation, voir A/CN.4/660, par. 42 à 57 ; et Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (voir *supra*, note 33), p. 183.

[41] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8).

[42] Ibid.

[43] Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660), par. 8 à 28.

[44] Voir aussi *supra*, commentaire du projet de conclusion 2, par. 1) ; et Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra*, note 18), p. 129 ; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public* (voir *supra*, note 21), p. 284 à 289.

[45] Compte rendu analytique provisoire de la 3172e séance, 31 mai 2013 (A/CN.4/SR.3172), p. 4.

[46] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8).

[47] Ibid.

[48] Ibid., p. 238 et 239, par. 6). Voir aussi Yasseen, « L'interprétation des traités… » (*supra*, note 20), p. 58 ; Sinclair, *The Vienna Convention…* (*supra*, note 20), p.130 ; J. Klabbers, « Treaties, Object and Purpose », *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (www.mpepil.com), par. 7 ; Villiger, *Commentary…* (*supra*, note 37), p. 427, par. 11 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 69, à la page 89, par. 45 et 46 ; *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F 80.V.7), p. 3 à 413, aux pages 32 à 35, par. 39.

[49] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239.

14) L'obligation d'accorder « l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation » peut, lors de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause[50]. Cela ne veut pas dire qu'un tribunal ou un autre interprète est plus ou moins libre de choisir comment utiliser et appliquer les différents moyens d'interprétation. L'interprète doit apprécier la pertinence des différents moyens d'interprétation dans un cas particulier et déterminer leur interaction avec les autres moyens d'interprétation, en leur accordant de bonne foi l'attention qu'il convient, comme le prévoit la règle conventionnelle qui doit être appliquée[51]. Le projet de conclusion 9 relatif au poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation, et le commentaire s'y rapportant, fournissent des indications pour l'évaluation requise.

15) Le projet de conclusion 2 ne fait pas référence à la « nature » du traité en tant que facteur qui serait généralement pertinent pour déterminer s'il faut accorder plus ou moins de poids à certains moyens d'interprétation[52]. La jurisprudence de plusieurs cours et tribunaux internationaux porte toutefois à croire que la nature du traité peut parfois être pertinente pour l'interprétation de celui-ci[53]. La notion de nature d'un traité n'est pas étrangère à la Convention de Vienne de 1969 (voir, par exemple, le paragraphe 1 a) de l'article 56)[54] et une référence à la nature du traité ou de ses dispositions figure dans d'autres travaux de la Commission[55]. La Commission, cependant, a décidé que le projet de conclusion ne devait pas faire référence à la nature du traité pour éviter de mettre en cause

[50] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le document A/CN.4/660, par. 28, et, de manière générale, par. 10 à 27.

[51] Les décisions des juridictions nationales ne sont pas uniformes pour ce qui est du poids relatif à accorder aux accords et pratique ultérieurs dans le processus d'interprétation d'un traité, voir Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn) ; *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, par. 31 (Lord Steyn). États-Unis d'Amérique, Cour suprême : *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), p. 183 à 185 ; *O'Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), p. 31 et 32 ; *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), lorsque dans son opinion dissidente, un juge (le juge Scalia) a reproché à la majorité de la Cour de se fonder sur « la pratique des signataires du traité », alors que, selon lui, elle n'a pas à être examinée lorsque, « les termes utilisés par le traité permettant de résoudre le problème posé, il n'y a pas lieu d'approfondir la question », à la page 371. Suisse : Tribunal administratif fédéral, arrêt du 21 janvier 2010, BVGE 2010/7, par 3.7.11 ; Tribunal fédéral, *A. v. B.*, arrêt rendu en appel le 8 avril 2004, nº 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, p. 430, à la page 439.

[52] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le premier rapport (A/CN.4/660), par. 28, et analyse aux paragraphes 8 à 28.

[53] Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC, par exemple, semblent mettre l'accent davantage sur les clauses de l'accord couvert par l'OMC (par exemple, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Brésil − Programme de financement des exportations pour les aéronefs − Recours du Canada à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, adopté le 4 août 2000, par. 45), alors que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme soulignent le caractère de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme (voir par exemple *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 111 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99 du 1er octobre 1999, série A nº 16, par. 58) ; voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10 et Add.1), p. 299 et 300, et Nolte, « Jurisprudence under special regimes … » (voir *supra*, note 25), p. 210, aux pages 216, 244 à 246, 249 à 262 et 270 à 275.

[54] M. Forteau, « Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice », *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), p. 399, aux pages 406, 407 et 416 ; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, opinion individuelle de M. Dillard, p. 138, à la page 154, note 1.

[55] Articles sur les effets des conflits armés sur les traités (art. 6 a)), résolution 66/99 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; voir aussi le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10 et Add.1) ; la directive 4.2.5 fait référence à la nature des obligations prévues par le traité plutôt qu'à la nature du traité lui-même.

l'unité du processus d'interprétation et prévenir toute catégorisation des traités. En tout état de cause, il est difficile de distinguer la « nature du traité » de l'objet et du but du traité[56].

Conclusion 3
Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques

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

Commentaire

1) En qualifiant de moyens d'interprétation « authentiques » les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), de la Convention de Vienne de 1969, la Commission indique pourquoi ces moyens jouent un rôle important pour l'interprétation des traités[57]. Elle suit ainsi son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, dans lequel elle a décrit ces accords et cette pratique comme étant des « moyens d'interprétation authentiques », et a souligné que :

> L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité[58].

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), ne sont toutefois pas les seuls « moyens d'interprétation authentiques ». Ainsi que l'a expliqué la Commission :

> la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties, […] en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[59].

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

---

[56] Voir, par exemple, le commentaire relatif à la directive 4.2.5 (par. 3)) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10 et Add.1). Cela étant, l'article 6 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités fait état d'« une série de facteurs relatifs à la nature du traité, en particulier sa matière, son objet et son but, son contenu et le nombre de parties au traité », ibid., commentaire relatif à l'article 6, par. 3).

[57] Voir R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law,* 9e éd., vol. 1 (Harlow, Longman, 1992), p. 1268, par. 630 ; G. Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points », *British Yearbook of International Law 1957*, vol. 33, p. 203 à 293, aux pages 223 à 225 ; OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) (États-Unis − Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte)*, WT/DS353/R, adopté le 23 mars 2012, par. 7.953.

[58] Voir *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 15).

[59] *Annuaire … 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15) ; voir aussi ibid., p. 215, par. 13) : « Le paragraphe 3 énumère comme *autres* (non souligné dans l'original) éléments authentiques d'interprétation : a) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et b) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité. » ; de son côté, Sir Humphrey Waldock a expliqué dans son troisième rapport que « les travaux préparatoires ne sont pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation ». Voir ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59, par. 21).

3) En décrivant les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), comme étant des moyens d'interprétation « authentiques », la Commission reconnaît que la volonté commune des parties, qui sous-tend le traité, revêt une autorité particulière en ce qui concerne la détermination du sens du traité, même après la conclusion de celui-ci. La Convention de Vienne de 1969 confère ainsi aux parties à un traité un rôle qui pourrait être inhabituel s'agissant d'interpréter des instruments juridiques dans certains systèmes de droit interne.

4) Le fait de qualifier de « moyens d'interprétation authentiques » les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), n'implique pas, cependant, que ces moyens soient nécessairement concluants. Après tout, selon le chapeau du paragraphe 3 de l'article 31, il sera seulement « tenu compte » des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans l'interprétation d'un traité, laquelle consiste en « une seule opération complexe », sans aucune hiérarchie entre les moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31 (voir le projet de conclusion 2, paragraphe 5)[60]. Pour cette raison, et malgré les suggestions de certains commentateurs[61], les accords ultérieurs et la pratique ultérieure qui établissent l'accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité ne sont pas nécessairement juridiquement contraignants[62]. Cela est confirmé au projet de conclusion 10, paragraphe 1. Ainsi, lorsque la Commission a dit qu'un « accord ultérieur » « constitu[ait] une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »[63], elle n'est pas allée jusqu'à dire que cette interprétation était nécessairement concluante au sens de l'emporter sur tous les autres moyens d'interprétation.

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

> La pratique ultérieure, s'il s'agit d'une pratique constante et qui est le fait de toutes les parties, semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens qu'il convient d'attacher au traité, *en tout cas* lorsqu'il en ressort que les parties considèrent l'interprétation qu'elle traduit comme s'imposant à elles avec force obligatoire. En pareil cas, le rôle de la pratique ultérieure en tant qu'élément d'interprétation des traités et son rôle en tant qu'élément de formation d'un accord tacite tendent à se

[60] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8) et 9).

[61] M. E. Villiger, « The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission », dans *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 105 à 122, à la page 111 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), à la page 34 ; O. Dörr, « Article 31, general rule of interpretation », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, 2e éd., O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Berlin, Springer, 2018), p. 559 à 616, aux pages 593 à 595, par. 72 à 76 ; K. Skubiszewski, « Remarks on the interpretation of the United Nations Charter », dans *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte − Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt *et al*. (dir. publ.) (Berlin, Springer, 1983), p. 891 à 902, à la page 898.

[62] H. Fox, « Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili Sedudu Island Case* », dans *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (dir. publ.) (Leyde, Martinus Nijhoff, 2010), p. 59 à 74, aux pages 61 et 62 ; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruxelles, Bruylant, 2013), p. 313 à 315 ; M. Benatar, « From probative value to authentic interpretation: the legal effects of interpretative declarations », *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170 à 195, aux pages 194 et 195 ; J. M. Sorel et B. Eveno, « 1969 Vienna Convention, Article 31 : General rule of interpretation », dans Corten et Klein, *The Vienna Conventions…* (voir *supra*, note 21), p. 804 à 837, à la page 825, par. 42 et 43 ; voir aussi G. Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 307 à 385, à la page 375, par. 16.4.3.

[63] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 14).

recouvrir, et le sens des termes, tel qu'il ressort de la pratique, devient interprétation authentique consacrée par voie d'accord[64]. (non souligné dans l'original).

6) La possibilité de parvenir à un accord ultérieur contraignant concernant l'interprétation est expressément reconnue dans certains traités. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose à son article 1131, paragraphe 2, qu'« [u]ne interprétation par la Commission [intergouvernementale] d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section »[65]. L'existence d'une procédure spéciale de cette sorte ou d'un accord concernant une interprétation faisant autorité que les parties considèrent comme contraignante peut ou non exclure le recours supplémentaire aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), de la Convention de Vienne de 1969[66].

7) La Commission a conservé l'expression « moyens d'interprétation authentiques » pour expliquer que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), ne sont pas nécessairement concluants mais font autorité. Elle ne parle pas d'« interprétation authentique » ou d'« interprétation faisant autorité » dans le projet de conclusion 3, car ces notions sont souvent comprises comme impliquant l'existence, entre les parties, d'un accord nécessairement concluant, ou contraignant, à l'égard de l'interprétation d'un traité[67].

8) Les juridictions nationales ont parfois expressément reconnu que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), constituaient des moyens d'interprétation « authentiques »[68]. Elles n'ont toutefois pas toujours été du même avis quant aux conséquences juridiques de cette qualification. Si certains tribunaux ont supposé que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties en vertu du traité pouvaient produire certains effets contraignants[69], d'autres ont souligné avec juste raison

[64] *Annuaire … 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 61, par. 25).

[65] Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique (1992) (Washington, United States Government Printing Office, 1993) ; *Mesa Power Group, LLC v Government of Canada*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence, 24 mars 2016, CPA, affaire nº 2012-17, par. 478 à 480.

[66] Voir aussi l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, nº 31874, p. 3, art. IX, par. 2 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes − Classification douanière des morceaux de poulet désossés et décongelés (Communautés européennes − Morceaux de poulet)*, WT/DS269/AB/R et Corr.1, WT/DS286/AB/R et Corr.1, adopté le 27 septembre 2005, par. 273 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes − Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Communautés européennes − Bananes III)*, deuxième recours de l'Équateur à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1, adopté le 11 décembre 2008, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008, par. 383 et 390.

[67] Voir, par exemple, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence définitive sur la compétence et sur le fond, 3 août 2005, partie II, chap. H, par. 23 (faisant référence à Jennings et Watts, voir *supra*, note 57), p. 1268, par. 630) ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 34 ; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), p. 153 ; Skubiszewski, « Remarks on the interpretation of the United Nations Charter » (voir *supra*, note 61), p. 898 ; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973), p. 43 ; voir aussi Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (voir *supra*, note 25), p. 210, à la page 240, par. 4.5.

[68] Suisse, Tribunal fédéral *A. v. B*, arrêt rendu en appel le 8 avril 2004, nº 4C.140/2003, BGE, vol. 130 III, p. 430, à la page 439 (où le Tribunal parle des parties en tant que « maîtres du traité » (« Herren der Verträge ») ; arrêt du 12 septembre 2012, nº 2C_743/2011, BGE, vol. 138 II, p. 524, aux pages 527 et 528. Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, vol. 90, p. 286, à la page 362. Voir aussi Inde, Cour suprême, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32. À consulter à l'adresse http://indiankanoon.org/doc/737188 (consulté le 8 juin 2016).

[69] Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BFHE, vol. 215, p. 237, à la page 241 ; ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161.

que le paragraphe 3 de l'article 31 exigeait seulement que ces accords et cette pratique soient pris en compte[70].

9) L'expression « moyens d'interprétation authentiques » recouvre un élément factuel et un élément juridique. L'élément factuel est exprimé par l'expression « preuve objective », alors que l'élément juridique est contenu dans la notion d'« accord des parties ». Ainsi, la Commission a dit qu'un « accord ultérieur » « constitu[ait] une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »[71], et que « de façon analogue » la pratique ultérieure « constitu[ait] une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité »[72]. Un traité étant l'expression même de la volonté commune des parties qui l'ont conclu, la « preuve objective » de l'« accord des parties » revêt une autorité considérable comme moyen d'interprétation[73].

10) La distinction qui est faite entre « tout accord ultérieur » (art. 31, par. 3 a)) et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » (art. 31, par. 3 b)) ne traduit pas une différence entre le caractère authentique de l'un et de l'autre[74]. La Commission considère plutôt qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, alors que la « pratique ultérieure » n'a cet effet que si elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes »[75]. Ainsi, la différence entre un « accord ultérieur intervenu entre les parties » et une « pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » tient à la manière dont est établi l'accord entre les parties concernant l'interprétation du traité, et précisément au degré de facilité avec lequel un accord est établi[76].

11) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques ne doivent pas être confondus avec l'interprétation qui est faite des traités par les juridictions internationales ou les organes conventionnels d'experts dans des cas précis. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), sont des moyens d'interprétation « authentiques » parce qu'ils sont l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes. L'autorité des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts découle d'autres sources, notamment du traité à interpréter. Les décisions et autres déclarations de juridictions internationales et d'organes conventionnels d'experts peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques si elles reflètent ou suscitent de tels accords ultérieurs et une telle pratique ultérieure des parties elles-mêmes ou si elles s'y réfèrent[77].

12) Les projets de conclusions 2 et 4 font une distinction entre la « pratique ultérieure » par laquelle est établi l'accord des parties au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 et la pratique ultérieure (au sens large) suivie par une ou plusieurs parties au traité − mais pas toutes − et qui peut être pertinente comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[78]. Cette pratique ultérieure relevant de l'article 32 qui n'établit pas un accord de toutes les parties ne peut constituer un moyen

[70] Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *Zaoui v. Attorney-General (No.2)* [2005] 1 NZLR 690, par. 130 ; Hong Kong, Chine, Cour d'appel final, *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354 ; Autriche, Cour administrative, VwGH, arrêt du 30 mars 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

[71] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 14).

[72] Ibid., par. 15).

[73] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 32, 354 et 355 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 152 et 153.

[74] A/CN.4/660, par. 69.

[75] *Annuaire … 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 15) ; voir aussi W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1983), p. 294.

[76] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), à la page 1087, par. 63 ; voir aussi projet de conclusion 4 et commentaire y relatif.

[77] Voir *infra*, le projet de conclusion 13, et Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (voir *supra*, note 62), p. 307, aux pages 381 et suiv., par. 17.3.1.

[78] Voir notamment *infra*, les paragraphes 23) à 35) du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

« authentique » d'interprétation du traité par toutes les parties et n'a donc pas le même poids aux fins de l'interprétation (voir le projet de conclusion 9)[79].

13) Il est dit clairement à la fin du projet de conclusion 3 que c'est toujours dans le cadre de l'application de la règle générale d'interprétation des traités, telle qu'énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure seront considérés comme des moyens d'interprétation authentiques.

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

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

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

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

Commentaire

Généralités

1) Le projet de conclusion 4 définit les trois différents moyens « ultérieurs » d'interprétation des traités qui sont mentionnés dans le projet de conclusion 2, paragraphes 3 et 4, à savoir l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), la « pratique ultérieurement suivie » (ou « pratique ultérieure ») au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et la « pratique ultérieurement suivie » (ou « pratique ultérieure ») relevant de l'article 32.

2) Dans les trois cas, le terme « ultérieur » (ou l'expression « ultérieurement suivie ») renvoie à des actes qui se produisent « après la conclusion d'un traité »[80]. Ce moment est souvent antérieur à celui où le traité entre en vigueur (art. 24 de la Convention de Vienne de 1969). Plusieurs dispositions de la Convention de Vienne de 1969 (par exemple l'article 18) montrent qu'un traité peut être « conclu » avant son entrée en vigueur effective[81]. Aux fins du présent sujet, la conclusion intervient dès lors que le texte définitif du traité a été établi au sens de l'article 10 de la Convention de Vienne. C'est après la conclusion d'un traité, et non uniquement après son entrée en vigueur, que des accords et une pratique ultérieurs peuvent intervenir. En effet, on ne voit pas pour quelle raison un accord ou une pratique intervenant entre le moment où le texte définitif d'un traité est établi et l'entrée en vigueur de ce traité ne devraient pas être pertinents aux fins de l'interprétation[82].

[79] Voir aussi *infra*, le paragraphe 33) du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[80] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 221, par. 14).

[81] Voir J. L. Brierly, deuxième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1951*, vol. II, document A/CN.4/43, p. 70 et suiv. ; et G. G. Fitzmaurice, premier rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 112 ; voir aussi S. Rosenne, « Treaties, conclusion and entry into force » dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, R. Bernhardt (dir. publ.) (Amsterdam, North Holland, 2000), p. 933 (« Strictly speaking it is the negotiation that is concluded through a treaty ») [« au sens strict, c'est la négociation qui est conclue au moyen d'un traité »] ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 78 à 80, par. 9 à 14.

[82] Voir, par exemple, la Déclaration sur le mécanisme européen de stabilité dont sont convenues les parties au Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité, 27 septembre 2012.

3) L'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 dispose que le « contexte » du traité comprend certains « accords » et « instruments »[83] qui « sont intervenus » ou « ont été établis » « à l'occasion de la conclusion du traité ». L'expression « à l'occasion de la conclusion du traité » s'entend des accords et instruments qui sont intervenus ou ont été établis en étroite relation, temporelle et contextuelle, avec la conclusion du traité[84]. S'ils sont intervenus ou ont été établis après cette période, ces « accords » et « instruments » convenus constituent des « accords ultérieurs » ou de la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3[85].

Paragraphe 1 − définition de l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a)

4) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 4 donne la définition de l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a). Les mots « les parties » indiquent que cet accord doit être établi entre toutes les parties au traité.

5) À l'article 31, paragraphe 3 a), les termes « accord ultérieur », et non « traité ultérieur », ont été employés. Cela étant, un « accord ultérieur » n'est pas nécessairement moins solennel qu'un « traité ». Alors qu'un traité au sens de la Convention de Vienne de 1969 doit être « par écrit » (art. 2, par. 1 a)), le droit international coutumier relatif aux traités ne contient aucune prescription à ce sujet[86]. Le terme « accord » dans la Convention de Vienne de 1969[87] et dans le droit international coutumier ne suppose aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, qui édicte la règle générale conformément à laquelle « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties », a été expliqué par la Commission comme signifiant qu'« [u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité »[88]. De la même manière, la Convention de Vienne de 1969 ne prévoit aucune condition de forme particulière pour les accords et la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b)[89].

[83] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 13) ; la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé que ce terme peut s'entendre de déclarations unilatérales si l'autre partie ne s'y oppose pas, voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, *BVerfGE*, vol. 40, p.141, à la page 176 ; voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 240 à 242.

[84] Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 38 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law* (voir *supra*, note 57), p. 1274, par. 632 (« but, on the other hand, too long a lapse of time between the treaty and the additional agreement might prevent it being regarded as made in connection with the conclusion of the treaty » [mais, d'un autre côté, un laps de temps trop long entre le traité et l'accord supplémentaire pourrait empêcher celui-ci d'être considéré comme étant intervenu à l'occasion de « la conclusion du » traité]).

[85] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 14 ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (*supra*, note 37), p. 431, par. 20 et 21 ; voir également K. J. Heller, « The uncertain legal status of the aggression understandings », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 229 à 248, à la page 237.

[86] Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 80, par. 15 ; P. Gautier, « Commentary on article 2 of the Vienna Convention » dans Corten et Klein, *The Vienna Conventions...* (voir *supra*, note 21), vol. II, p. 38 à 40, par. 14 à 18 ; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 49 et 50 ; voir aussi A. Aust, « The theory and practice of informal international instruments », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 4 (1986), p. 787 à 812, aux pages 794 et suiv.

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

[88] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 253 et 254 ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (*supra*, note 37), p. 513, par. 7 ; P. Sands, « Commentary on article 39 of the Vienna Convention » dans Corten et Klein, *The Vienna Conventions...* (voir *supra*, note 21), p. 971 et 972, par. 31 à 34.

[89] Le paragraphe 3 b) du projet d'article 27 de la Commission, qui allait devenir le paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne, contenait le terme « *understanding* », auquel « *agreement* » a été substitué à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Cette modification était « de pure forme », voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968* (A/CONF.39/11, numéro de vente : F.68.V.7), p. 184 ; Fox, « Article 31 (3) (a) and (b)… » (voir *supra*, note 62), p. 63.

6) S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. En effet, un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), est un élément dont il « sera » uniquement « tenu compte » aux fins de l'interprétation d'un traité. Par conséquent, cet accord n'a pas nécessairement un caractère contraignant. La question est envisagée plus précisément dans le projet de conclusion 10.

7) La Convention de Vienne de 1969 fait une distinction entre un « accord ultérieur » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 a), et « toute pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 b). Cette distinction n'est pas toujours claire et la jurisprudence des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à la faire valoir. Dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, la Cour internationale de Justice a employé l'expression « attitudes […] adoptées par la suite » pour désigner à la fois ce qu'elle qualifie par la suite d'« accords ultérieurs » et d'« attitudes » unilatérales ultérieures[90]. Dans l'affaire concernant la *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan*, elle ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'utilisation d'une carte particulière pouvait être considérée comme un accord ultérieur ou une pratique suivie ultérieurement[91]. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'ont pas toujours distingué nettement entre les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b)[92].

8) En revanche, le Tribunal constitué conformément à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dans l'affaire *Canadian Cattlemen for Fair Trade* (*CCFT) v. United States of America*[93] a traité de cette distinction. En l'espèce, les États-Unis d'Amérique soutenaient qu'un certain nombre de mesures unilatérales prises par les trois parties à l'ALENA pouvaient, si elles étaient prises ensemble, constituer un accord ultérieur[94]. Dans un premier temps, le Tribunal a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a)[95]. Dans un second temps, cependant, le Tribunal a conclu que ces mêmes éléments constituaient une pratique ultérieurement suivie pertinente qui établissait un accord entre les parties au sujet de l'interprétation :

> Reste à savoir s'il existe une "pratique ultérieurement suivie" par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31,

[90] Voir *Différend territorial* (voir *supra*, note 22), p. 6, aux pages 34 et suiv., par. 66 et suiv.

[91] *Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan* (voir *supra*, note 22), p. 656, par. 61 ; dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour parle de « positions adoptées ultérieurement » pour établir que « [l]es parties ont donc reconnu en pratique que les termes exprès du traité lui-même étaient négociables », *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 77, par. 138 ; voir aussi *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 6, à la page 16, par. 28 (« conduite ultérieure »).

[92] Voir « Lignes directrices pour l'établissement des listes » dans OMC, Rapport du Groupe spécial *Mexique − Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, adopté le 1er juin 2004, et dans Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R et Corr.1, adopté le 20 avril 2005 ; pour l'interprétation de « Texte de conciliation de 1981 », dans Rapport du Groupe spécial *États-Unis − Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »*, WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000 ; de « Code SMC du Tokyo Round », dans Rapport du Groupe spécial *Brésil − Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, adopté le 20 mars 1997, et de « dérogation », dans Rapport de l'Organe d'appel, *CE − Bananes III* (voir *supra*, note 66).

[93] *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (*Award on Jurisdiction*), arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (28 janvier 2008) ; voir aussi *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (Décision sur la demande de récusation du Président du Comité), CIRDI, affaire nº ARB/97/3 (3 octobre 2001), *ICSID Reports 2004*, vol. 6 (2004), p. 168, à la page 174, par. 12 ; P. Merkouris et M. Fitzmaurice, « Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement » dans Fitzmaurice, Elias et Merkouris, *Treaty Interpretation...* (voir *supra*, note 62), p. 153 à 238, aux pages 217 à 233.

[94] *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (voir *supra*, note 93), par. 174 à 177.

[95] Ibid., par. 184 à 187.

paragraphe 3 b). Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique. Si, de l'avis du Tribunal, les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir l'existence d'un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions", les preuves produites par le défendeur démontrent qu'il existe néanmoins une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties" à l'égard de [l'interprétation du traité][96].

9) Cette jurisprudence peut conduire à penser qu'une des différences entre l'« accord ultérieur » et la « pratique ultérieurement suivie » au sens de l'article 31, paragraphe 3, se trouve dans les diverses formes que peut prendre l'expression « authentique » de la volonté des parties. En effet, en faisant une distinction entre « tout accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), et la « pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne de 1969, la Commission n'avait pas entendu distinguer entre leurs effets juridiques possibles[97]. En réalité, la différence entre ces deux notions tient au fait qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties » a pour effet *ipso facto* de constituer un moyen d'interprétation authentique du traité, alors qu'une « pratique ultérieurement suivie » n'a cet effet que si ses différents éléments, pris ensemble, traduisent « les vues communes aux parties sur le sens des termes »[98].

10) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont donc distingués selon que l'on peut déceler l'accord des parties en tant que tel dans un acte ou engagement commun ou qu'il est nécessaire de l'identifier en se fondant sur des actes distincts qui, pris ensemble, attestent une position commune. Un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), doit donc être « conclu » et présuppose un acte ou engagement délibéré commun des parties, même s'il consiste en des actes individuels, par lequel les parties manifestent leurs vues communes au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions[99].

11) La « pratique ultérieurement suivie » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), quant à elle, regroupe toutes les (autres) formes de conduite ultérieure pertinente des parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord, ou des « vues »[100], des parties au sujet de l'interprétation du traité. Il arrive cependant que la « pratique » et l'« accord » coïncident dans des cas particuliers et ne puissent pas être distingués. C'est pourquoi l'expression « pratique ultérieurement suivie » est parfois employée dans un sens plus général qui englobe les deux moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, paragraphe 3 a) et b)[101].

12) Un groupe d'accords ultérieurs distincts, intervenus chacun entre un nombre limité de parties, mais qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation du traité, n'est pas nécessairement « un » accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a). Le terme « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), est réservé à un acte ou un engagement commun entre toutes les parties (voir *supra*, par. 10))[102]. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un

[96] Ibid., par. 188, voir aussi par. 189 ; et dans un sens analogue : *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie* (TBI Pays-Bas/Bolivie), Décision relative aux exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur, CIRDI, affaire nº ARB/02/3, 21 octobre 2005, *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 2 (2005), p. 450, aux pages 528 et suiv., par. 251 et suiv.

[97] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241 et 242, par. 15).

[98] Ibid. ; voir aussi Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (*supra*, note 75), p. 294.

[99] Un acte ou un engagement commun peut consister en un échange de lettres ou une autre forme d'accord.

[100] Le terme « *understanding* » avait été employé par la Commission au paragraphe 3 b) du projet d'article 27, sur le droit des traités (voir *supra*, note 89).

[101] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006*, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, aux pages 127 et 128, par. 53 : dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de « pratique ultérieure ».

[102] Voir Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012, par. 371.

traité constituent une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, même pris ensemble, n'établissent pas un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 (voir *infra*, par. 23) et 24)).

13) Un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), est un accord « au sujet de » l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. Les parties doivent donc viser, éventuellement entre autres objectifs, à clarifier le sens d'un traité ou la façon dont il doit être appliqué[103].

14) Le fait qu'un accord soit ou non « au sujet de » l'interprétation ou de l'application d'un traité peut parfois être déterminé par une référence qui lie l'« accord ultérieur » au traité en question. Cette référence peut être explicite, mais peut aussi figurer dans un traité ultérieur[104]. Dans l'affaire *Jan Mayen* opposant le Danemark et la Norvège, par exemple, la Cour internationale de Justice semble avoir accepté qu'un « traité signé par la suite » par les parties « dans le même domaine » puisse être utilisé aux fins de l'interprétation d'un traité antérieur. En l'espèce, toutefois, la Cour a finalement refusé de retenir à ces fins le traité signé par la suite parce qu'il ne « contenait aucune mention » du traité précédent[105].

15) La Cour d'appel final de Hong Kong (Chine) a suivi une approche assez stricte lorsqu'elle a été amenée à interpréter la Déclaration commune sino-britannique dans le cadre de l'affaire *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration*[106], dans laquelle une partie soutenait que le groupe de liaison sino-britannique, créé en application de l'article 5 de la Déclaration et composé de représentants de la Chine et du Royaume-Uni, était parvenu à un accord concernant l'interprétation de la Déclaration. À titre de preuve, la partie en question mettait en avant une brochure dans laquelle on pouvait lire que celle-ci avait été élaborée « sur la base de la réglementation et de la pratique existantes en matière d'immigration et de l'avis commun des membres britanniques et chinois du groupe ». La Cour n'a pas estimé que l'objectif de la brochure était d'« interpréter ou d'appliquer » la Déclaration au sens du paragraphe 3 a) de l'article 31[107].

Paragraphe 2 − définition de la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)

16) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ne vise pas à donner une définition générale de toute forme de pratique ultérieure susceptible d'être pertinente aux fins de l'interprétation des traités. Ce paragraphe se limite à la pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation authentique, par laquelle est établi l'accord de toutes les parties au traité, comme indiqué à l'article 31, paragraphe 3 b). Cette pratique ultérieure (au sens étroit) se distingue de la pratique ultérieure (ou pratique ultérieurement suivie) (au sens large) d'une ou de plusieurs parties, pratique relevant de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969, par laquelle l'accord des parties n'est pas établi mais qui peut néanmoins

[103] Ibid., par. 366 à 378, en particulier par. 372 ; par exemple les accords intervenus en vertu d'une clause contenue dans un traité fiscal bilatéral et s'inspirant de l'article 25, paragraphe 3, du Modèle de Convention fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 164 et suiv.

[104] *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. République algérienne démocratique et populaire*, sentence, 25 mai 2017, CIRDI, affaire nº ARB/12/35, par. 302 et 303.

[105] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 51, par. 28. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* opposant le Costa Rica et le Nicaragua, le juge ad hoc Guillaume a fait référence à un mémorandum d'accord entre les deux États. (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), déclaration du juge *ad hoc* Guillaume, p. 290, aux pages 298 et 299, par. 16. Rien n'indique clairement, cependant, si l'intention des parties était que ce mémorandum d'accord particulier constitue une interprétation du traité de délimitation à l'examen.

[106] Voir *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration* (*supra*, note 70).

[107] Ibid., par. 152 et 153.

être pertinente en tant que moyen complémentaire d'interprétation (voir projet de conclusion 4, par. 3)[108].

17) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut consister en un « comportement ». Le terme « comportement » est employé au sens de l'article 2 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[109]. Il peut donc s'agir non seulement d'actions mais aussi d'omissions, y compris un silence pertinent, qui contribuent à établir l'accord[110]. La question de savoir dans quelles circonstances des omissions, ou le silence, peuvent contribuer à établir l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité est envisagée dans le projet de conclusion 10, paragraphe 2.

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

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

> Enfin, comme les deux Parties contestantes ont fait mention de leurs législations respectives concernant les transports terrestres, le Groupe spécial juge nécessaire de rappeler le principe énoncé à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, selon lequel "[u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Cette disposition prescrit au Groupe spécial d'examiner, non pas les lois nationales, mais le droit international applicable. Par conséquent, il ne devrait être fait appel ni au droit interne des États-Unis ni aux lois mexicaines pour interpréter l'ALENA. Recourir au droit interne aux fins de l'interprétation reviendrait à appliquer un cadre juridique impropre à ces fins[111].

Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est assurément valide et importante, elle ne signifie pas que la législation nationale ne puisse être prise en compte comme élément de la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité. Il y a une différence entre le fait d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité, d'une part, et le fait de se référer au droit interne pour interpréter les dispositions d'un traité, d'autre part. Les organes juridictionnels internationaux, en particulier l'Organe d'appel de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont d'ailleurs reconnu et établissent régulièrement une distinction entre, d'une part, les dispositions législatives internes (et autres mesures d'application prises à l'échelle nationale) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes ou autres mesures adoptés au plan

---

[108] Sur la distinction entre les deux formes de pratique ultérieure, voir *infra*, par. 23) et 24) du présent commentaire.

[109] *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, p. 35 et 36, par. 2) à 4) du commentaire.

[110] Waldock, troisième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 63 et 64, par. 32) et 33) ; *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), Fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, à la page 23 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, à la page 410, par. 39 ; *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente : E/F.95.V2), p. 53 à 264, aux pages 185 à 187, par. 168 et 169.

[111] ALENA, Rapport final du Groupe spécial *Services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, nº USA-MEX-98-2008-01, adopté le 6 février 2001, par. 224 (notes omises).

interne qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité[112]. Il convient de noter, toutefois, qu'un élément de bonne foi est nécessairement associé à toute « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité ». À la différence d'une application de bonne foi (même erronée), une application fautive manifeste du traité ne constitue donc pas une « application du traité » au sens des articles 31 et 32.

20) En vertu de l'article 31, paragraphe 3 b), la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité doit établir un accord « à l'égard de l'interprétation du traité » ; cette disposition revêt le même sens que l'exigence parallèle énoncée à l'article 31, paragraphe 3 a) (voir *supra*, par. 13) et 14)). Il est souvent difficile de distinguer la pratique ultérieurement suivie qui comprend une contribution à l'interprétation d'un traité de toute autre pratique suivie « dans l'application du traité ».

21) La question de savoir dans quelles circonstances un « accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » est établi est envisagée dans le projet de conclusion 10.

22) L'article 31, paragraphe 3 b), n'exige pas expressément que la pratique soit la conduite des parties au traité elles-mêmes. Toutefois, ce sont les parties elles-mêmes qui, agissant par l'intermédiaire de leurs organes[113], ou par la voie d'une conduite adoptée dans l'application du traité, sont à l'origine de la pratique par laquelle peut être établi leur accord. La question de savoir si d'autres acteurs peuvent établir une pratique ultérieure pertinente est abordée dans le projet de conclusion 5[114].

Paragraphe 3 − la pratique ultérieure relevant de l'article 32

23) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 porte sur la pratique ultérieure relevant de l'article 32, c'est-à-dire toute pratique ultérieure autre que celle dont il est question à l'article 31, paragraphe 3 b). Il s'agit de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 », comme indiqué au paragraphe 4 du projet de conclusion 2. Cette forme de pratique ultérieure, qui n'exige pas l'accord de toutes les parties, a été initialement mentionnée par la Commission dans son commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des traités en ces termes :

> Mais, en général, la pratique d'une seule partie ou de certaines parties seulement se situe, en tant qu'élément d'interprétation, sur un plan entièrement différent de la pratique concordante de toutes les parties indiquant leurs vues communes sur le sens d'un traité. La pratique ultérieure concordante de toutes les parties prouve l'accord de celles-ci concernant l'interprétation du traité et est analogue à un accord interprétatif. C'est la raison pour laquelle la Commission a jugé que la pratique ultérieure établissant les vues communes de toutes les parties sur l'interprétation d'un traité devait être mentionnée au paragraphe 3 [de ce qui est devenu par la suite l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969] comme constituant un moyen authentique d'interprétation au même titre que les accords interprétatifs. En revanche, la pratique suivie par des États particuliers dans l'application d'un traité ne peut être considérée que comme l'un des « autres » moyens d'interprétation mentionnés à l'article 70 [devenu l'article 32][115].

---

[112] Par exemple, OMC, Rapport du Groupe spécial *États-Unis − Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000, par. 6.55 ; Rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, adopté le 19 février 2009, par. 7.173 ; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011, par. 335 et 336 ; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (TBI États-Unis/Argentine), décision sur les exceptions d'incompétence, 17 juillet 2003, CIRDI, affaire nº ARB/01/8, *ICSID Reports 2003*, vol. 7, p. 492, par. 47 ; *V. c. Royaume-Uni* [GC], nº 24888/94, 16 décembre 1999, CEDH 1999-IX, par. 73 ; *Kart c. Turquie* [GC], nº 8917/05, 3 décembre 2009, CEDH 2009-VI, par. 54 ; *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, nº 16130/90, 30 juin 1993, CDEH, série A nº 264, par. 35.

[113] Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 115 et suiv.

[114] Voir projet de conclusion 5, par. 2.

[115] *Annuaire ... 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, par. 13) ; voir aussi *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, par. 15).

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

25) Depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, la pratique ultérieure relevant de l'article 32 est reconnue et utilisée par les tribunaux internationaux et d'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels en tant que moyen d'interprétation (voir *infra*, par. 26) à 32)). Il convient toutefois de noter que l'Organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II*[116], a formulé une définition de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité qui laisse entendre que seule la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité » « par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » peut être utile aux fins de l'interprétation du traité, contrairement à toute autre forme de pratique ultérieure d'une ou de plusieurs parties :

> une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité[117].

Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours ou tribunaux internationaux, et même de celle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (voir *infra*, par. 31) et 32)), que la pratique ultérieure qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui puisse être utile aux fins de l'interprétation du traité.

26) Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait « toujours conservé un caractère interne »[118], s'il ne pouvait être considéré comme constitutif d'une pratique ultérieurement suivie par laquelle était établi l'accord des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention, « n'en étay[ait] pas moins les conclusions » auxquelles elle était parvenue par d'autres moyens d'interprétation[119].

27) La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, que sa manière de voir se trouvait « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes »[120], c'est-à-dire par « la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 […] de la Convention ne permett[aient] pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »[121]. Plus souvent, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur la pratique ultérieure (pas nécessairement uniforme) des parties et s'est à cet égard référée à la législation et à la pratique administrative nationales en tant que moyen d'interprétation. Dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, par exemple, elle a estimé que « [q]uant à la pratique des États européens, on [pouvait] observer que, dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les

[116] Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon − Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, et Rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R, adopté le 1er novembre 1996.

[117] Ibid., (Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC), sect. E, p. 16.

[118] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), à la page 1078, par. 55.

[119] Ibid., p. 1096, par. 80.

[120] *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), nº 15318/89, 23 mars 1995, CEDH, série A nº 310, par. 79.

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

administrations [avait] été reconnu »[122] et que « les exceptions existantes ne [pouvaient] être justifiées que par des circonstances particulières »[123].

28) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, lorsqu'elle tient compte de la pratique ultérieure des parties, ne considère pas seulement les cas dans lesquels la pratique établit l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago*, elle a estimé que l'imposition automatique de la peine de mort pour toute forme de comportement ayant entraîné la mort d'une autre personne était incompatible avec l'article 4, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui limite l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves). À l'appui de cette interprétation, la Cour a indiqué qu'il était « utile de considérer des exemples à cet égard, tirés de la législation des pays américains qui appliquent encore la peine de mort »[124].

29) Le Comité des droits de l'homme, créé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure au sens large (relevant de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969) lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'atteintes aux droits énoncés dans le Pacte[125]. Interprétant les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte (restrictions licites à la liberté d'expression), il a observé qu'on pouvait « trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions »[126], et conclu que l'objectif poursuivi par la loi contestée ne sortait pas, en tant que tel, du cadre des buts envisagés à l'article 19, paragraphe 3, du Pacte[127].

30) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, se référant à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[128], a noté ce qui suit dans le jugement *Jelisić* :

> [l]a Chambre de première instance […] interprète les termes de la Convention conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités […] La Chambre a tenu par ailleurs compte de la pratique ultérieure à laquelle la Convention a donné lieu. Une importance particulière a été accordée aux jugements rendus par le Tribunal pour le Rwanda […] La pratique des États, notamment par l'intermédiaire de leurs juridictions internes, ainsi que les travaux effectués en ce domaine par les instances internationales, ont aussi été pris en compte[129].

31) Les organes de règlement des différends de l'OMC établissent parfois, eux aussi, une distinction entre la « pratique ultérieure » qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne de 1969 et les autres formes de pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, dont ils reconnaissent aussi la pertinence aux fins de l'interprétation du traité. Dans l'affaire *États-Unis − Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*[130] (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une « doctrine des exceptions mineures »

---

[122] *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], nº 34503/97, 12 novembre 2008, CEDH 2008, par. 52.

[123] Ibid., par. 151 ; également *Jorgic c. Allemagne*, nº 74613/01, 12 juillet 2007, CEDH 2007-III, par. 69.

[124] *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (voir *supra*, note 27), opinion individuelle concordante du juge Sergio García Ramírez, par. 12 ; *Case of Artavia Murillo et al. (« In vitro fertilization ») v. Costa Rica, arrêt (objections préliminaires, fond, réparations et dépens)*, 28 novembre 2012, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 257, par. 245 à 256.

[125] *Jong-Cheol* c. *République de Corée*, constatations, 27 juillet 2005, communication nº 968/2001, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément nº 40* (A/60/40), vol. II, annexe V, G.

[126] Ibid., par. 8.3.

[127] Ibid. ; voir aussi *Yoon et Choi* c. *République de Corée*, constatations, 3 novembre 2006, communications nºs 1321/2004 et 1322/2004, ibid., *soixante-deuxième session, Supplément nº 40* (A/62/40), vol. II, annexe VII, V, par. 8.4.

[128] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277.

[129] *Le Procureur c. Goran Jelisić*, Chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10-T, par. 61 (notes omises) ; voir aussi *Le Procureur c. Radislav Krstić*, Chambre de première instance, jugement du 2 août 2001, IT-98-33-T, par. 541.

[130] OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000.

concernant le paiement des droits d'auteur[131]. Ayant trouvé des preuves de l'existence d'une telle doctrine dans la législation nationale de plusieurs États membres, le Groupe spécial a noté ce qui suit :

> [n]ous rappelons que l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du contexte a) de tout accord ultérieur et b) de toute pratique ultérieure ou c) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures. À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparaît dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures[132].

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

> « En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une "pratique ultérieure" au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne de 1969 »[133].

32) Dans l'affaire *Communautés européennes − Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, l'Organe d'appel de l'OMC a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir pris en considération les décisions du Comité du système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) en tant que pratique ultérieure pertinente :

> Pour formuler une interprétation correcte, il aurait fallu aussi examiner l'existence et la pertinence d'une pratique ultérieure. Nous notons que les États-Unis se sont référés, devant le Groupe spécial, aux décisions prises par le Comité du système harmonisé de l'OMD en avril 1997 concernant le classement de certains matériels de réseau local comme MATI. Singapour, tierce partie dans la procédure de groupe spécial, s'est également référée à ces décisions. Les Communautés européennes ont fait observer qu'elles avaient formulé des réserves au sujet de ces décisions [...] Toutefois, nous considérons que pour interpréter les concessions tarifaires reprises dans la Liste LXXX, les décisions de [l'OMD] peuvent être pertinentes[134].

Ainsi, à y regarder de plus près, les organes de règlement des différends de l'OMC admettent également qu'il existe une distinction entre la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et une notion plus large de pratique ultérieure (relevant de l'article 32) qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité[135].

33) Lorsqu'on utilise la pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à un traité, et non par toutes, comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32, il est impératif de se rappeler que « l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international »[136]. En tout état de cause, la distinction entre la pratique ultérieure convenue,

---

131 Voir Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, art. 9, par. 1.

132 OMC, Rapport du Groupe spécial *États-Unis − Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000, par. 6.55 (notes omises).

133 Ibid., note 69.

134 Voir Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *CE − Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, par. 90. Voir aussi I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford, Oxford University Press, 2009), p. 342.

135 Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − EPO*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, adopté le 23 juillet 2012, par. 452.

136 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, sentence, 28 septembre 2007, CIRDI, affaire nº ARB/02/16, par. 385 ; voir aussi *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, sentence, 22 mai 2007, CIRDI, affaire nº ARB/01/3, par. 337 ; OMC, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte)*, WT/DS353/R, adopté le 23 mars 2012,

au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), en tant que moyen authentique d'interprétation, et d'autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) au sens de l'article 32 suppose qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative. Les juridictions internes n'ont pas toujours clairement distingué les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, des autres éléments de la pratique ultérieure au sens de l'article 32[137].

34) La distinction entre la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 apporte également des éléments de réponse à la question de savoir si la pratique ultérieure exige une action répétée à une certaine fréquence[138] ou si une application ponctuelle du traité suffit[139]. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit :

> Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération[140].

Toutefois, si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation du traité et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de « pratique ultérieure » au sens large (relevant de l'article 32)[141].

35) La « pratique ultérieure » au sens large (relevant de l'article 32) désigne donc toute application du traité par une ou plusieurs parties (mais pas toutes). Elle peut revêtir différentes formes[142]. Cette « conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité » peut être constituée, en particulier, par une application directe du traité en question, conduite qui sera attribuable à un État partie en tant qu'application du traité, ou par une déclaration ou décision juridictionnelle au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité. Elle peut être constituée par des déclarations officielles au sujet du sens du traité, des objections quant à sa non-exécution ou une acceptation tacite des déclarations ou des actes d'autres parties[143].

Conclusion 5
La conduite en tant que pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres.

---

par. 7.953, note 2420 ; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, CIRDI, affaire n° ARB/10/7, sentence, 28 juin 2016, par. 476.

137 Voir, par exemple, Royaume-Uni, Chambre des lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* [2005] UKHL 72, par. 54, 55 et 66 à 85 (Lord Mance) ; Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, par. 38 ; Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 18, par. 47 (Lord Steyn) ; Royaume-Uni, Chambre des lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, par. 80 (Lord Hope) ; Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *Zaoui v. Attorney-General (n° 2)* [2005] 1 NZLR 690, par. 130 (Glazebrook J.) ; Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, par. 61 (Glazebrook J.) ; Allemagne, Tribunal administratif fédéral, BVerwGE, vol. 104, p. 254, aux pages 256 et 257 ; jugement du 29 novembre 1988, 1 C 75/86 [1988], *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1989, p. 765, à la page 766.

138 Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 431, par. 22.

139 Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 166.

140 Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon − Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, sect. E, p. 13.

141 Voir *infra*, le paragraphe 11) du commentaire du paragraphe 2 du projet de conclusion 9 ; Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruxelles, Bruylant, 2006), p. 506 et 507.

142 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd. (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press), 2013, p. 239.

143 Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 114 et suiv.

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 5 concerne la question des auteurs d'une pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. L'expression « en vertu des articles 31 et 32 » indique clairement que ce projet de conclusion vise la pratique ultérieure aussi bien en tant que moyen authentique d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) qu'en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 définit positivement l'auteur de la conduite dans l'application du traité pouvant constituer une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32, tandis que le paragraphe 2 indique négativement quelle conduite ne constitue pas une conduite ultérieure mais peut néanmoins être pertinente dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties au traité. Le projet de conclusions ne traitant pas spécifiquement des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, la pratique des organisations internationales n'est prise en considération que de manière limitée dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 12, et ne l'est pas du tout dans le projet de conclusion 5[144].

Paragraphe 1 − conduite constituant une pratique ultérieure

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 emprunte le membre de phrase « toute conduite … suivie par une partie» à l'article 2 a) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[145]. Ainsi, l'expression « toute conduite » s'entend des actes et des omissions. Elle ne désigne pas uniquement la conduite des organes de l'État mais peut aussi englober toute conduite d'acteurs privés agissant en vertu d'une autorité qui leur est déléguée par l'État. L'expression « dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres » met l'accent sur les fonctions de l'État plutôt que sur ses organes[146]. La conduite pertinente doit se situer « dans l'application d'un traité »[147]. L'emprunt d'une partie du libellé des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'inclut pas la notion d'attribution ni l'exigence que la conduite en question soit « internationalement illicite ». La notion d' « application du traité » sous-entendant une conduite inspirée par la bonne foi, une application fautive manifeste n'entre pas dans le champ de cette notion[148].

3) Un exemple de conduite pertinente qui découle seulement indirectement de la conduite des parties mais peut néanmoins constituer une pratique étatique a été identifié par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à l'*Île de Kasikili/Sedudu*. Dans cette affaire, la Cour a examiné la question de savoir si l'utilisation régulière d'une île située à la frontière entre la Namibie (ex-Sud-Ouest africain) et le Botswana (ex-Bechuanaland) par des membres d'une tribu locale, les Masubia, pouvait être considérée comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne de 1969. La Cour a conclu qu'une pratique ultérieure pouvait être établie pour autant que cette conduite

> ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le Traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe ; et, d'autre part, que ce fait ait

[144] Voir *supra*, paragraphe 3) du commentaire du projet de conclusion 1.

[145] Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, p. 35 et 36, par. 4) du commentaire ; la question de l'attribution aux organisations internationales d'une conduite ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation des traités est envisagée dans le projet de conclusion 12.

[146] Voir les articles 4 et 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

[147] Voir *supra*, paragraphe 18) du commentaire du projet de conclusion 4.

[148] Voir *supra*, paragraphe 19) du commentaire du projet de conclusion 4.

été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité[149].

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

5) L'organisation interne des États pouvant varier considérablement, il est difficile de déterminer les conditions dans lesquelles la conduite d'organes inférieurs de l'État est une pratique ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. Le critère pertinent est moins la position de l'organe dans la hiérarchie de l'État que la fonction qui est la sienne dans l'interprétation et l'application d'un traité particulier.

6) La pratique ultérieure dans l'application d'un traité peut assurément être le fait des hauts représentants de l'État mentionnés à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Néanmoins, comme la plupart des traités ne sont généralement pas appliqués par ces hauts représentants, des juridictions internationales ont jugé que la conduite d'agents de l'État de rang moindre pouvait aussi, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. C'est ainsi que, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'article 95 de l'Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras (1906)[150] appelait une interprétation souple parce que la pratique des autorités douanières locales n'était pas toujours cohérente[151]. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente peut être celle d'agents de l'État de rang inférieur. Dans sa décision relative à la *Dette extérieure allemande*, le Tribunal arbitral a considéré qu'une lettre de la Banque d'Angleterre à l'Administration fédérale allemande de la dette constituait une pratique pertinente[152]. Et dans l'affaire du *Régime fiscal applicable aux pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le Tribunal arbitral a accepté, dans son principe, la pratique de l'administration fiscale française de ne pas prélever d'impôt sur les pensions des fonctionnaires de l'UNESCO retraités comme constituant une pratique ultérieure pertinente. Le Tribunal a toutefois finalement considéré comme décisive la position officielle contraire exprimée par des autorités supérieures, à savoir le Gouvernement français[153].

7) La pratique de fonctionnaires de rang inférieur ou locaux peut donc constituer une pratique ultérieure d'une partie « dans l'application d'un traité » si elle est suffisamment univoque, s'il est légitime de considérer que le Gouvernement en avait connaissance et s'il ne l'a pas contredite dans un délai raisonnable[154].

---

[149] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1094, par. 74.

[150] 34 Stat. 2905 (1902-1907).

[151] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 211.

[152] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p. 67 à 145, aux page 103 et 104, par. 31.

[153] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 231 à 266, à la page 257, par. 66, et à la page 259, par. 74.

[154] Voir Chanaki, *L'adaptation des traités…* (voir *supra*, note 62), p. 323 à 328 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 269 et 270 ; M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », *Recueil des cours… 2004*, vol. 310, p. 9 à 428, aux pages 142 à 144 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 597, par. 79.

Paragraphe 2 − conduite ne constituant pas une pratique ultérieure

8) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 comporte deux phrases. La première indique qu'une conduite autre que celle envisagée au paragraphe 1, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32. Les mots « autre conduite » ont été utilisés pour faire une distinction nette entre la conduite envisagée au paragraphe 2 et celle envisagée au paragraphe 1. Dans le même temps, une conduite ne relevant pas du paragraphe 1 peut être pertinente lors de « l'évaluation » de la pratique ultérieure des parties à un traité[155].

9) La « pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité » sera le fait de ceux qui sont appelés à appliquer le traité, normalement les États parties eux-mêmes. La règle générale a été formulée dans les termes suivants par le Tribunal des différends irano-américains :

> Un principe reconnu de l'interprétation des traités veut que l'on tienne compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieure dans l'application d'un traité international. Cette pratique doit toutefois être une pratique des parties au traité et établir leur accord au sujet de l'interprétation de ce traité.
>
> Si l'un des participants aux négociations de règlement, à savoir la Banque Markazi, est une entité de l'Iran dont la pratique peut donc être attribuée à l'Iran en sa qualité de partie aux Déclarations d'Alger, les autres participants aux négociations de règlement et aux règlements eux-mêmes, à savoir les banques des États-Unis, ne sont pas des entités du Gouvernement des États-Unis, et leur pratique ne peut en tant que telle être attribuée aux États-Unis en leur qualité d'autre partie aux Déclarations d'Alger[156].

10) La première phrase du second paragraphe du projet de conclusion 5 énonce cette règle générale. Elle souligne le rôle de premier plan des États parties à un traité, qui sont maîtres de celui-ci et responsables en dernier ressort de son application. Ceci n'exclut pas que la conduite d'acteurs non étatiques puisse constituer une forme d'application du traité si elle équivaut à l'exercice de fonctions exécutives ou autres d'un État partie. Par exemple, un État partie peut agir par l'intermédiaire d'entités privées, appartenant ou non à l'État, ou les autoriser à exercer l'autorité gouvernementale pour ce qui a trait à l'application d'un traité.

11) Au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, l'« autre conduite » peut être celle de différents acteurs. Elle peut en particulier être la pratique des parties qui ne s'inscrit pas « dans l'application du traité » ou être constituée par des déclarations d'un État qui n'est pas partie au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci[157], par une position adoptée

---

[155] La Commission a adopté la même approche au paragraphe 3 du projet de conclusion 4 sur la détermination du droit international coutumier. Selon ce projet de conclusion : « [l]a conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2. »

[156] Voir Tribunal des différends irano-américains, *United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, sentence nº 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 57, à la page 71 ; également Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *The Islamic Republic of Iran v. United States of America*, ibid., vol. 38 (2004-2009), p. 77, aux pages 124 et 125, par. 127 et 128 ; voir aussi Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire nº ITL 37-111-FT, *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, ibid., vol. 5 (1984), p. 338, opinion dissidente du Président Lagergren, p. 348, à la page 353 : « La disposition de la Convention de Vienne relative aux accords ultérieurs vise les accords entre les États parties à un traité, et un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut guère être considéré comme équivalant à un accord entre les deux États qui sont parties au traité, même si la République islamique d'Iran était en l'espèce l'une des parties à l'arbitrage ». Pour les Déclarations d'Alger (Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie et Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie concernant le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran), voir *International Legal Materials*, vol. 20 (1981), p. 224 et 230 (respectivement), aux pages 232 et 233.

[157] Voir, par exemple, *Observations des États-Unis d'Amérique sur l'observation générale nº 33 du Comité des droits de l'homme : Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif*

par un organe indépendant de surveillance de l'application du traité concerné au sujet de l'interprétation de celui-ci[158], par des actes d'organes techniques chargés par une conférence des États parties de donner des avis sur l'application des dispositions conventionnelles, ou par différentes formes de conduite ou déclarations d'acteurs non étatiques.

12) L'expression « évaluation de la pratique ultérieure » figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 2 doit être entendue au sens large à la fois comme l'identification de l'existence d'une pratique ultérieure et la détermination de son importance juridique. Des déclarations ou la conduite d'autres acteurs, par exemple d'autres États, des organisations internationales ou des acteurs non étatiques, peuvent traduire, ou instaurer, une pratique ultérieure pertinente des parties à un traité[159]. Cette traduction ou instauration d'une pratique ultérieure des parties par la conduite d'autres acteurs ne devrait toutefois pas être assimilée à la pratique des parties au traité elles-mêmes. Les activités d'acteurs autres que les parties à un traité peuvent cependant être pertinentes lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des États parties à un traité.

13) Les décisions, résolutions et autres manifestations de la pratique des organisations internationales peuvent en elles-mêmes être pertinentes pour l'interprétation des traités. C'est ce qu'atteste, par exemple, l'article 2 j) de la Convention de Vienne de 1986, qui mentionne la « pratique établie de l'organisation » comme l'une des formes des « règles de l'organisation »[160]. Le projet de conclusion 5 ne concerne que la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des États parties à un traité. La pratique des organisations internationales dans l'application de leur acte constitutif est traitée au paragraphe 3 du projet de conclusion 12.

14) Les rapports d'organisations internationales, qui sont établis sur la base d'un mandat prescrivant à ces organisations de rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier, peuvent être très importants lors de l'évaluation de cette pratique. Par exemple, le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* établi par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (le « Guide du HCR ») est un document important qui rend compte de la pratique des États et fournit donc des indications en ce qui la concerne[161]. Il en va de même du tableau 1540, qui est une compilation systématique, par le Comité du Conseil de sécurité de l'ONU créé par la résolution 1540 (2004) du Conseil en date du 24 avril 2004, des mesures prises par les États Membres pour

---

se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 22 décembre 2008, p. 1, par. 3 (à consulter à l'adresse www.state.gov/documents/organization/138852.pdf). Dans la mesure où la déclaration des États-Unis a trait à l'interprétation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 171), par rapport auquel les États-Unis ne sont ni une partie ni un État contractant, cette déclaration constitue une « autre conduite » au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

158 Voir, par exemple, Association de droit international, Comité du droit international des droits de l'homme et de la pratique en la matière, « Rapport final sur l'impact des conclusions des organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme », *Rapport de la soixante et onzième Conférence, Berlin, 16-21 août 2004* (Londres, 2004), p. 621, par. 21 et suiv.

159 Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 270.

160 Voir *infra*, paragraphes 40) à 42) du commentaire du projet de conclusion 12.

161 Voir HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (décembre 2011), HCR/1P/4/FRE/REV.3 (www.refworld.org/pdfid/4fc5db782.pdf), préface ; l'opinion selon laquelle le Guide du HCR lui-même exprime la pratique des États a à juste titre été rejetée par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), arrêt, 14 avril 1999, par. 5 à 13. Le Guide du HCR n'en a pas moins une valeur probante considérable en tant qu'énoncé exact de la pratique ultérieure des États. Il tire son autorité de l'article 35, paragraphe 1) de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, nº 2545, p. 137), aux termes duquel « [l]es États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette convention ».

appliquer cette résolution[162]. Dans la mesure où le tableau 1540 a trait à l'application de la Convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction[163], et de la Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction[164], il atteste la pratique ultérieure des États parties à ces traités et vaut évaluation de cette pratique[165].

15) D'autres acteurs non étatiques peuvent également jouer un rôle lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties dans l'application d'un traité. Un exemple pertinent est celui du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)[166]. Outre qu'il s'acquitte du mandat d'ordre général qui lui a été conféré par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et les Statuts du Mouvement international de la Croix−Rouge et du Croissant-Rouge[167], le CICR donne à l'occasion des indications sur l'interprétation des Conventions de Genève de 1949[168] et de leurs Protocoles facultatifs[169], sur la base d'un mandat qu'il tient des Statuts du Mouvement[170]. L'article 4, paragraphe 1 g), des Statuts du Comité international de la Croix-Rouge et l'article 5, paragraphe 2 g), des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge disposent que le Comité international a notamment pour rôle :

> « de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels. ».

Dans le cadre de ce mandat, le CICR a par exemple publié en 2009 un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*[171]. Ce guide est l'aboutissement d'un « processus de consultations d'experts » qui repose sur l'analyse de la pratique conventionnelle et coutumière des États, et « il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le droit international humanitaire existant

---

[162] Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité en date du 24 avril 2004, par. 8 c) ; on peut lire sur le site Internet du Comité 1540 : « Le tableau 1540 est le principal outil dont se sert le Comité 1540 pour organiser les informations reçues sur l'application par les États Membres de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité. » (www.un.org/fr/sc/1540/national-implementation/matrix.shtml) (consulté le 11 mai 2016).

[163] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, nº 14860, p. 163.

[164] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1974, nº 33757, p. 45.

[165] Voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 270.

[166] H.-P. Gasser, « International Committee of the Red Cross (ICRC) », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 20.

[167] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 970, p. 31 (« Première Convention de Genève »), art. 3 et art. 9 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 971, p. 85 (« Deuxième Convention de Genève »), art. 3 et art. 9 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 972, p. 135 (« Troisième Convention de Genève »), art. 3 et art. 9 ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 973, p. 287 (« Quatrième Convention de Genève »), art. 3 et art. 10 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1977, ibid., vol. 1125, nº 17512, p. 3, art. 81 ; Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006. À consulter à l'adresse www.icrc.org/fre/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf (consultés le 9 août 2018).

[168] Première, Deuxième, Troisième et Quatrième Conventions de Genève, ibid.

[169] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, nº 17512, p. 3 ; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 1977, ibid., nº 17513, p. 609.

[170] Adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006. À consulter à l'adresse www.icrc.org/fre/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf (consultés le 17 mai 2016).

[171] Genève, 2009, p. 10. À consulter à l'adresse : www.icrc.org/.

devrait être interprété »[172]. Il importe toutefois de noter dans ce contexte que les États ont réaffirmé que c'est à eux qu'incombait au premier chef le développement du droit international humanitaire. La résolution 1 adoptée lors de la XXXI[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, tenue en 2011, tout en rappelant les « rôles importants » du CICR, a « soulign[é] le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire »[173].

16) Un autre exemple de conduite d'acteurs non étatiques pouvant être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des États parties est fourni par l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions, une initiative de la Campagne internationale pour interdire les mines terrestres − Coalition internationale contre les bombes à sous-munitions. L'Observatoire fait fonction de mécanisme de surveillance de facto[174] de l'application de la Convention de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Convention d'Ottawa)[175] et de la Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions (Convention d'Oslo)[176]. L'Observatoire reproduit les déclarations et la pratique des États parties et des signataires en la matière et recense notamment les questions d'interprétation concernant la Convention d'Oslo[177].

17) Les exemples du CICR et de l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions montrent que des acteurs non étatiques peuvent fournir des éléments d'information précieux quant à la pratique ultérieure des parties, contribuer à l'évaluation de ces éléments et même solliciter l'instauration d'une pratique. Mais ils peuvent aussi poursuivre leurs propres objectifs, parfois différents de ceux des États parties. Leurs documents et leurs évaluations doivent donc être examinés d'un œil critique.

18) Le texte du projet de conclusion 5 ne mentionne pas la « pratique sociale » comme exemple d'« autre conduite [qui] peut [...] être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité »[178]. La Cour européenne des droits de l'homme a à l'occasion considéré qu'« une acceptation sociale accrue »[179] et « l'évolution de la société »[180] étaient pertinentes aux fins de l'interprétation des traités. Toutefois, en dernière analyse, l'invocation de « l'évolution de la société » ou d'« une acceptation sociale accrue » par la Cour est restée liée à la pratique des États parties[181]. Ceci est vrai en particulier des arrêts de principe que la Cour a rendus dans des affaires comme *Dudgeon c. Royaume-Uni*[182] et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*[183]. Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé qu'il y avait « plus de tolérance envers » « le comportement homosexuel » en soulignant que « dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on av[ait] cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale », et que « la législation interne y av[ait] subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne pouv[ait] négliger »[184]. La Cour a de plus relevé qu'« [e]n Irlande du Nord même, les autorités [avaient] évité ces dernières années d'engager des poursuites »[185]. Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné l'importance qu'elle attachait « à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des

[172] Ibid., p. 9.
[173] Résolution 1 sur le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés, 1[er] décembre 2011.
[174] Voir www.the-monitor.org.
[175] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, n° 35597, p. 211.
[176] Ibid, vol. 2688, n° 47713, p. 39.
[177] Voir, par exemple, *Cluster Munitions Monitor 2011*, p. 24 à 31.
[178] Voir A/CN.4/660, par. 129 et suiv.
[179] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, 11 juillet 2002, CEDH 2002-VI, par. 85.
[180] Ibid., par. 100.
[181] Voir aussi *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, 11 juillet 2002, par. 65 ; *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, 12 décembre 2006, par. 57 ; *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45851/99, 27 avril 2000, par. 1 ; *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010, par. 58.
[182] *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, CEDH, série A n° 45, en particulier par. 60.
[183] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra*, note 179), en particulier par. 85.
[184] Voir *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981, CEDH, série A n° 45, par. 60.
[185] Ibid.

transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »[186].

19) Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si la pratique des États parties rend effectivement compte de l'évolution sociale. Tel a été le cas, par exemple, dans des affaires concernant le statut d'enfants nés hors mariage[187], ou dans lesquelles il était allégué que certains Roms avaient le droit d'avoir un lieu de résidence temporaire assigné par les municipalités pour pouvoir mener leur style de vie itinérant[188].

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

Troisième partie
Aspects généraux

Conclusion 6
Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Une telle prise de position n'est pas constituée si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 a pour objet d'indiquer comment les accords et la pratique ultérieurs, en tant que moyens d'interprétation, doivent être identifiés.

Paragraphe 1, première phrase − l'expression « au sujet de l'interprétation »

2) La première phrase du paragraphe 1 rappelle que l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), exige de porter une attention particulière à la question de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou si elles ont été motivées par d'autres considérations.

3) En vertu de l'article 31, paragraphe 3 a), les accords ultérieurs doivent être intervenus « au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et, en vertu de l' article 31, paragraphe 3 b), la pratique ultérieurement suivie doit l'être « dans l'application du traité », établissant ainsi un accord « à l'égard de [son] interprétation »[189]. La relation entre les termes « interprétation » et « application » à l'article 31, paragraphe 3,

[186] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra*, note 179), par. 85 ; voir aussi ibid., par. 90.

[187] *Mazurek c. France*, nº 34406/97, 1er février 2000, CEDH 2000-II, par. 52 ; voir aussi *Marckx c. Belgique*, nº 6833/74, 13 juin 1979, CEDH, série A nº 31, par. 41 ; *Inze c. Autriche*, nº 8695/79, 28 octobre 1987, CEDH, série A nº 126, par. 44 ; *Brauer c. Allemagne*, nº 3545/04, 28 mai 2009, par. 40.

[188] *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], nº 27238/95, 18 janvier 2001, CEDH 2001-I, par. 70 et 93 ; voir aussi *Lee c. Royaume-Uni* [GC], nº 25289/94, 18 janvier 2001, par. 95 et 96 ; *Beard c. Royaume-Uni* [GC], nº 24882/94, 18 janvier 2001, par. 104 et 105 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], nº 24876/94, 18 janvier 2001, par. 107 et 108 ; *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], nº 25154/94, 18 janvier 2001, par. 100 et 101.

[189] Voir *supra*, projet de conclusion 4, par. 1 à 3, et commentaire y relatif, par. 17) à 20).

n'est pas très nette. L'« interprétation » est le processus par lequel le sens d'un traité, notamment de l'une ou de plusieurs de ses dispositions, est clarifié. L'« application » désigne toute conduite par laquelle les droits en vertu d'un traité sont exercés ou ses obligations sont respectées, en tout ou en partie. L'« interprétation » renvoie à un processus mental, alors que l'« application » vise un comportement effectif (actes et omissions). En ce sens, les deux notions doivent être distinguées, et peuvent servir à des fins différentes en vertu de l'article 31, paragraphe 3, (voir *infra*, par. 4) à 6)), mais elles sont aussi étroitement liées et imbriquées.

4) Tandis que certains aspects de l'« interprétation » peuvent être sans rapport avec l'« application » d'un traité[190], l'application d'un traité comporte presque inévitablement une part d'interprétation − même si la règle en question peut paraître claire à première vue[191]. C'est pourquoi un accord ou une conduite « à l'égard de l'interprétation » du traité et un accord ou une conduite « dans l'application » du traité supposent dans l'un et l'autre cas que les parties prennent position quant à l'interprétation du traité[192]. Alors que dans le cas d'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité » au sens de de l'article 31, paragraphe 3 a), (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée par les parties, cette position peut être moins clairement identifiable dans le cas d'un « accord ultérieur […] au sujet […] de l'application de ses dispositions » au sens de de l'article 31, paragraphe 3 a), (seconde branche de l'alternative)[193]. Une prise de position au sujet de l'interprétation à partir de « l'application » résulte aussi implicitement de simples actes d'application du traité en vertu de de l'article 31, paragraphe 3 b), c'est-à-dire de « toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation »[194]. La conjonction « ou » à l'article 31, paragraphe 3 a), ne vise donc pas une relation mutuellement exclusive entre « interprétation » et « application ».

5) La portée d'une « application » d'un traité, aux fins de son interprétation, ne se limite cependant pas à l'identification de la position que prend ainsi l'État partie concerné au sujet de son interprétation. De fait, la manière dont un traité est appliqué contribue non seulement à déterminer le sens du traité mais aussi à constater dans quelle mesure l'interprétation que les États parties ont assumée est « fondée » et donc plus ou moins fermement établie.

---

190 Selon G. Haraszti, « l'interprétation vise à élucider le sens du texte tandis que l'application implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes (voir Haraszti, *Some Fundamental Problems…* (*supra*, note 67), p. 18) ; il considère cependant qu'« il n'est possible d'appliquer une règle juridique, quelle qu'en soit la forme, que si son contenu a été élucidé » (ibid., p. 15).

191 Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law Supp.*, vol. 29 (1935), p. 653, aux pages 938 et 939 ; A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), p. 372 ; Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 116 ; Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, 2006 (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 423 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 28 à 30 et 238 ; Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 47 ; U. Linderfalk, « Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation », *Netherlands International Law Review*, vol. 54 (2007), p. 133 à 154, aux pages 141 à 144 et p. 147 ; G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 44 ; Villiger, « The rules on interpretation… » (voir *supra*, note 61), p. 111.

192 Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 266 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 162 ; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 114 et 118 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 598 et 599, par. 81 et 83.

193 Cette seconde possibilité a été introduite sur la proposition du Pakistan, mais son champ d'application et son but n'ont jamais été explicités ni clarifiés, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), 31e séance, 19 avril 1968, p. 183, par. 53.

194 Voir Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (*supra*, note 67), p. 164, 165 et 167 ; voir aussi projets de conclusion 2, par. 4, et 4, par. 3.

6) Il convient de noter qu'une « application » du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie selon laquelle cette application est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances[195]. En outre, la notion d'« application » n'exclut pas certains comportements d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application[196] et qui peuvent donc constituer une pratique établissant l'accord des parties. Enfin, la portée juridique d'un comportement particulier dans l'application d'un traité ne se limite pas nécessairement à sa contribution éventuelle à l'interprétation en vertu de l'article 31, mais peut aussi contribuer à l'administration de la preuve[197] ou au respect des conditions énoncées dans d'autres règles[198].

7) Une conduite ultérieure qui n'est pas motivée par une obligation conventionnelle n'est pas suivie « dans l'application du traité » ou « à l'égard » de son interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3. S'agissant par exemple de l'avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine pratique de l'Organisation[199]. À cet égard, Sir Fitzmaurice a formulé une mise en garde célèbre selon laquelle « [s']il est poussé trop loin, l'argument tiré de la pratique peut aboutir à une pétition de principe »[200]. Selon Fitzmaurice, il « n'est guère possible de conclure du simple fait que les États Membres paient, qu'ils admettent nécessairement être en tout cas dans l'obligation juridique positive de le faire »[201].

8) De même, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a considéré que la démarche entreprise par les parties à l'Accord de 1987 (concernant la saisine de la Cour de tout litige entre elles) en vue de la conclusion d'un compromis (qui aurait précisé l'objet du différend) ne signifiait pas que les parties aient considéré que c'était là une condition nécessaire à l'établissement de la compétence de la Cour[202].

9) Un autre exemple de pratique volontaire qui n'est pas censée être suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité concerne la « protection complémentaire » dans le contexte du droit des réfugiés. Des personnes à qui le statut de réfugié en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés a été refusé se voient néanmoins souvent accorder une « protection complémentaire » équivalente à celle accordée au titre de la Convention. Les États qui accordent une protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention ou « à l'égard de son interprétation »[203].

---

195 Voir *infra*, projet de conclusion 7, par. 1.

196 Voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices,… » (*supra*, note 38), p. 53, aux pages 54, 56, 59 et 60.

197 Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011*, p. 70, à la page 117, par. 105, la Cour internationale de Justice a refusé de considérer certains comportements (déclarations) comme constituant des preuves quant au respect par la Fédération de Russie de ses obligations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale durant la période allant de 1999 à juillet 2008, en particulier parce que ces comportements n'avaient pas trait spécifiquement à la Convention. Selon M. le juge Simma, la preuve avait été dans une certaine mesure apportée, voir opinion individuelle de M. le juge Simma, ibid., p. 199 à 223, par. 23 à 57.

198 Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), la Cour internationale de Justice a analysé la pratique ultérieure non seulement dans le contexte de l'interprétation du traité mais aussi dans celui de la prescription acquisitive (voir p. 1092, par. 71, p. 1096, par. 79, et p. 1105, par. 97).

199 *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, aux pages 201 et 202 (opinion individuelle du juge Fitzmaurice) et aux pages 189 à 195 (opinion individuelle du juge Spender).

200 Ibid., p. 201.

201 Ibid.

202 *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 6, à la page 16, par. 28.

203 Voir A. Skordas, « General provisions: article 5 », dans *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A. Zimmermann (dir. publ.) (Oxford, Oxford

10) Il est parfois difficile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs pertinents à l'égard de l'interprétation ou dans l'application d'un traité au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), d'autres conduites ou d'évolution dans le contexte plus général du traité, notamment d'« évolution contemporaine » dans le domaine faisant l'objet du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante car seule la conduite des parties à l'égard de l'interprétation acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. La règle générale semble être que la valeur interprétative conférée à un accord ou une pratique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le traité[204].

11) Pour déterminer qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), représente une prise de position quant à l'interprétation d'un traité, il est souvent nécessaire de procéder à une soigneuse analyse factuelle et juridique. Ce point peut être illustré par des exemples tirés de la pratique juridictionnelle et étatique.

12) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples. D'une part, la Cour a considéré que les « communiqués ministériels conjoints » de deux États « ne sauraient être englobés dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » étant donné que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »[205]. Elle a aussi estimé, cependant, que l'absence de certaines précisions quant à l'interprétation d'un traité, ou l'absence de certaines formes d'application de celui-ci, constituait une pratique qui indiquait la position juridique des parties selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit sur la base de différents traités relatifs aux armes empoisonnées[206]. En tout état de cause, la portée exacte d'une expression collective des vues de parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure cette expression est censée être entendue « au sujet de l'interprétation » du traité. C'est pourquoi la Cour a conclu, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, que « les résolutions et lignes directrices pertinentes [de la Commission baleinière internationale] qui ont été adoptées par consensus invitent les États parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution »[207].

13) Lorsqu'il a eu à trancher la question de savoir si la Déclaration sur le règlement des différends obligeait les États-Unis à restituer des biens militaires à l'Iran, le Tribunal des différends irano-américains a conclu, en se référant à la pratique ultérieurement suivie par les parties, que ce traité comportait une obligation implicite d'indemnisation en cas de non-restitution[208] :

University Press, 2011), p. 682, par. 30 ; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 21.

[204] Sur le « poids » d'un accord ou d'une pratique en tant que moyen d'interprétation, voir *infra*, le projet de conclusion 9, paragraphes 1 à 3 ; pour un exemple illustrant la nécessité, et aussi parfois la difficulté, de distinguer une conduite spécifique des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité et une évolution plus générale, voir *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, aux pages 41 à 58, par. 103 à 151.

[205] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 234, par. 40 ; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu* (*supra*, note 22), p. 1091, par. 68, arrêt dans lequel la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérait pas que certaines formes de coopération pratique étaient juridiquement pertinentes s'agissant de la question de la frontière en cause et ne souscrivait donc pas à la position contraire de l'autre partie.

[206] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 248, par. 55 et 56 ; voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 262 à 264.

[207] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

[208] Voir Tribunal des différends irano-américains, *Islamic Republic of Iran and United States of America, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, sentence partielle nº 382-B1-FT, vol. 19 (1989), p. 294 et 295.

> 66. [...] Bien que le paragraphe 9 de la Déclaration générale ne prévoie expressément aucune obligation de dédommager l'Iran pour le cas où certains articles ne seraient pas restitués en raison des dispositions de la loi américaine applicables avant le 14 novembre 1979, le Tribunal considère qu'une telle obligation est implicitement contenue dans ce paragraphe.
>
> [...]
>
> 68. De plus, le Tribunal note que l'interprétation énoncée au paragraphe 66 ci-dessus est conforme à la pratique ultérieurement suivie par les Parties dans l'application des Accords d'Alger et, en particulier, à la conduite des États-Unis. Cette pratique, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, doit aussi être prise en considération pour l'interprétation d'un traité. Dans la communication qu'ils ont adressée à l'Iran le 26 mars 1981 pour l'informer que l'exportation d'articles de défense ne serait pas approuvée, les États-Unis ont expressément indiqué que le coût des équipements serait remboursé à l'Iran dans la mesure du possible.

Cette position a été critiquée par le juge Holtzmann dans son opinion dissidente :

> La conduite ultérieure d'un État partie ne peut servir de base à l'interprétation d'un traité que s'il apparaît que cette conduite a été motivée par le traité. En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni même aucun argument, permettant d'affirmer que les États-Unis étaient disposés à dédommager l'Iran pour donner suite à une supposée obligation imposée par le paragraphe 9. Une telle conduite pourrait tout autant correspondre à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de paiement. En l'absence de toute indication selon laquelle cette conduite était motivée par le traité, il est erroné d'utiliser celle-ci pour interpréter le traité[209].

Rapprochées l'une de l'autre, l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente font clairement ressortir la nécessité d'analyser soigneusement si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position « au sujet de l'interprétation » d'un traité.

14) Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière[210]. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée de conduites de différents organes de l'État (exécutif, législatif, judiciaire ou autre) dans l'application consciente d'un traité à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde le plus souvent pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique établit un accord « à l'égard de l'interprétation » de la Convention[211]. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si une situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. Elle suppose plutôt que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États membres sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de leurs obligations[212]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a parfois aussi recouru à la pratique législative comme moyen d'interprétation[213]. À l'instar de la Cour internationale

---

209 Opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, ibid., à la page 304.

210 Voir deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/671), par. 15.

211 Voir, par exemple, *Soering c. Royaume-Uni*, nº 14038/88, 7 juillet 1989, CEDH, série A nº 161, par. 103 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, nº 7525/76, 22 octobre 1981, CEDH, série A nº 45, par. 60 ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], nº 34503/97, 12 novembre 2008, CEDH 2008, par. 48 ; comparer, par contre, avec *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], nºs 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 146 ; *Cruz Varas et autres c. Suède*, nº 15576/89, 20 mars 1991, CEDH, série A nº 201, par. 100.

212 Voir *supra*, note 211 ; voir en outre *Marckx c. Belgique*, nº 6833/74, 13 juin 1979, CEDH, série A nº 31, par. 41 ; *Jorgic c. Allemagne*, nº 74613/01, 12 juillet 2007, CEDH 2007-III, par. 69 ; *Mazurek c. France*, nº 34406/97, 1er février 2000, CEDH 2000-II, par. 52.

213 Voir, par exemple, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (voir *supra*, note 27), par. 12.

de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme a même dans certains cas considéré que le fait que les parties « ne redoutaient pas » une certaine interprétation de la Convention pouvait indiquer une prise de position de leur part à l'égard de l'interprétation du traité[214].

15) L'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre[215] dispose que les « prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». C'est intentionnellement que les États parties n'ont pas affirmé la pertinence de la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié, afin que des États ne puissent invoquer abusivement la volonté des prisonniers de guerre pour différer leur rapatriement[216]. Le CICR a néanmoins toujours subordonné sa participation à la condition qu'il puisse évaluer de manière indépendante la volonté d'un prisonnier de guerre d'être rapatrié[217]. Cette approche, dans la mesure où elle a été reflétée dans la pratique des États parties, porte à croire que l'article 118 n'impose pas d'obligation absolue de rapatrier. Elle ne signifie cependant pas nécessairement que l'article 118 doive être interprété de manière encore plus restrictive, comme exigeant qu'aucun prisonnier de guerre ne soit rapatrié contre son gré. L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier précise dans son commentaire de la règle 128 A :

> Selon la Quatrième Convention de Genève, une personne protégée ne peut être transférée dans un pays "où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses" [art. 45, al. 4 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre]. Bien que la Troisième Convention de Genève ne contienne pas de disposition similaire, la pratique depuis 1949 s'est développée de telle manière que dans tous les rapatriements où le CICR a joué un rôle d'intermédiaire neutre, les parties au conflit − que celui-ci soit international ou non international − ont accepté les conditions posées par le CICR pour sa participation, y compris le principe selon lequel le CICR doit pouvoir vérifier, avant le rapatriement (ou avant la libération dans le cas d'un conflit armé non international), au moyen d'un entretien confidentiel avec les personnes concernées, qu'elles souhaitent bien être rapatriées (ou libérées)[218].

16) Cette formulation porte à croire que les États ont accepté que la volonté du prisonnier de guerre soit vérifiée dans les cas où le CICR intervient et où l'organisation a posé une telle condition. Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique[219]. Selon le Manuel du Royaume-Uni de 2004 :

> Une question plus litigieuse est celle de savoir si les prisonniers de guerre doivent être rapatriés même contre leur gré. Il ressort de la pratique récente des États qu'ils ne devraient pas l'être. Le Royaume-Uni applique le principe selon lequel les prisonniers de guerre ne devraient pas être rapatriés contre leur volonté[220].

---

[214] *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* (déc.) [GC], nº 52207/99, CEDH 2001-XII, par. 62.

[215] Voir *supra*, note 168.

[216] C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Zurich, Schulthess, 1977), p. 145 à 156 et p. 171 à 175 ; voir, de façon générale, sur l'obligation de rapatrier, S. Krähenmann, « Protection of prisoners in armed conflict », dans *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3e éd., D. Fleck (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 359 à 412, aux pages 409 et 410.

[217] Ainsi, par sa participation, le CICR s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre (voir Krähenmann, « Protection of prisoners in armed conflict » (*supra*, note 216), p. 409 et 410).

[218] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier, vol. 1 : Règles* (Cambridge, Comité international de la Croix-Rouge et Cambridge University Press, 2005), p. 599 (notes omises).

[219] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law, vol. 2 : Practice* (Cambridge, Comité international de la Croix-Rouge et Cambridge University Press, 2005), p. 2893 et 2894, par. 844 à 855, et mise à jour en ligne pour l'Australie, l'Espagne, Israël et les Pays-Bas, à consulter à l'adresse www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rule128_sectiond.

[220] Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), p. 205 et 206, par. 8.170 (note omise).

17) Cette combinaison particulière des verbes « must » (doivent) et « should » (devraient) montre que, comme d'autres États, le Royaume-Uni considère que la pratique ultérieure établit une interprétation de la Convention selon laquelle la volonté déclarée du prisonnier de guerre peut, mais ne doit pas nécessairement, être respectée[221].

18) Les exemples précités tirés de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations[222].

Paragraphe 1, seconde phrase − non-application temporaire d'un traité ou modus vivendi

19) La seconde phrase du paragraphe 1 a un caractère seulement illustratif. Elle renvoie spécifiquement à deux types de cas qu'il convient de distinguer de la pratique à l'égard de l'interprétation d'un traité, et ménage la possibilité que d'autres cas semblables se présentent.

20) Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité ; elle peut notamment signifier leur accord sur la non-application temporaire du traité[223], ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*)[224]. C'est ce qu'illustre l'exemple ci-après.

21) Aux termes de l'article 7 de la Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, « [u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. […] Le drapeau […] porter[a] une croix rouge sur fond blanc »[225]. Lors du conflit russo-turc de 1877-1878, l'Empire ottoman a déclaré que, tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances de l'armée ennemie, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge sur fond blanc pour la protection de ses propres ambulances, et a affirmé que « dans l'exercice des droits découlant de la Convention, la Turquie avait été, jusqu'à présent, paralysée par la nature même du signe distinctif de la Convention qui blessait les susceptibilités du soldat musulman »[226]. Cette déclaration a donné lieu à un échange de correspondance entre l'Empire ottoman, la Suisse, agissant en sa qualité d'État dépositaire de la Convention, et les autres États parties à celle-ci. En définitive, le signe du croissant rouge ne fut accepté que pour la durée de la guerre en cours[227]. Lors des Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et de 1907 et lors de la Conférence de 1906 de révision de la Convention de Genève de 1864, les délégations de l'Empire ottoman, de la Perse et du Siam ont demandé en vain l'inclusion du croissant rouge, du lion-et-soleil rouge et de la flamme rouge dans la Convention[228].

---

[221] Voir aussi États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Law of War Manual* (2015, mis à jour en 2016), art. 9.37.4.2, où il est indiqué que la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ne modifie pas en elle-même les principes de droit international en vertu desquels l'asile est applicable aux prisonniers de guerre et la Puissance détentrice peut accorder l'asile sans en avoir l'obligation. À consulter à l'adresse www.defense.gov.

[222] A/CN.4/671, par. 11 à 18. Voir aussi L. Crema, « Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 25 et 26.

[223] Voir A/CN.4/671, p. 37, par. 71.

[224] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 234 et 235, par. 40 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 22), p. 14, aux pages 65 et 66, par. 138 à 140 ; J. Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 32 ; pour un autre exemple, voir A/CN.4/671, par. 72 ; et J. R. Crook « Contemporary practice of the United States », *American Journal of International Law*, vol. 105 (2011), p. 775 et suiv., aux pages 809 à 812.

[225] Voir CICR, *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, 12e éd. (Genève, 1983), p. 20.

[226] « Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés », nº 29 (janvier 1877), p. 35 à 37, cité dans F. Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge − Aperçu historique* (Genève, CICR, 1977), p. 15.

[227] Ibid., nº 31 (juillet 1877), p. 89, cité dans Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge*… (voir *supra*, note 226), p. 18.

[228] Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge*... (voir *supra*, note 226), p. 19 à 31.

L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des « réserves » qu'ils avaient formulées à cet effet en 1906[229]. Cette acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906 ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une interprétation particulière de la Convention de Genève de 1864 avant 1906 par une pratique ultérieure n'ayant rencontré aucune objection. La pratique suivie par l'Empire ottoman et la Perse a plutôt été considérée, au moins jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de Genève de 1864, mais elle a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

Paragraphe 2 − diversité des formes

22) L'objet du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 est de tenir compte des diverses formes que peuvent prendre les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b). La Commission a estimé que la pratique ultérieure au sens de de l'article 31, paragraphe 3 b), consiste en tout « comportement » dans l'application d'un traité, y compris, dans certaines circonstances, l'inaction, qui peut contribuer à établir un accord au sujet de l'interprétation du traité[230]. Selon le traité considéré, il peut s'agir non seulement d'un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes au niveau international, mais aussi d'actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, et même de comportements d'acteurs non étatiques pour le compte d'un ou de plusieurs des États parties et qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application[231]. Ainsi, la conduite individuelle qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de de l'article 31, paragraphe 3 b), n'a pas à satisfaire à un quelconque critère particulier[232].

23) La pratique ultérieure au niveau international ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe[233]. Une conduite parallèle des parties peut être suffisante. Une question distincte est celle de savoir si une activité parallèle exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) au sujet de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir *infra*, projet de conclusion 10, par. 1)[234]. Des accords ultérieurs peuvent se trouver dans des traités juridiquement contraignants ainsi que dans des instruments non contraignants comme des mémorandums d'accord[235]. Ils peuvent aussi se trouver dans certaines décisions d'une conférence des Parties (voir *infra*, projet de conclusion 11, par. 1, 2 et 3).

[229] Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923, voir Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge…* (*supra*, note 226), p. 23 à 26. Ce fut seulement à l'occasion de la révision de la Convention de Genève en 1929, lorsque les délégués de la Turquie, de la Perse et de l'Égypte firent valoir que l'utilisation d'autres emblèmes était devenue un fait accompli et que cette pratique n'avait rencontré aucune objection, que le Croissant-Rouge et le Lion-et-Soleil Rouge furent finalement admis comme signes distinctifs par l'article 19 (al. 2) de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne de 1929 (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 118, nº 2733, p. 303).

[230] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 17) à 20).

[231] Voir, par exemple, *supra*, commentaire du projet de conclusion 5 ; Boisson de Chazournes, « Subsequent practice… » (*supra*, note 38), p. 54, 56, 59 et 60 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 257 à 259 ; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, aux pages 42 à 45, par. 103 à 111, aux pages 48 et 49, par. 119 à 122, et à la page 50, par. 126 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 597 et 598, par. 79.

[232] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 254 et 255.

[233] *Affaire du temple de Préah Vihéar* (voir *supra*, note 110), p. 33 ; *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1213, par. 17, opinion dissidente du juge Parra-Aranguren.

[234] *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 659, à la page 737, par. 258 ; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, aux pages 83 et 84, par. 117, affaire dans laquelle la Cour a considéré les concessions accordées par les parties au différend comme une preuve de leur accord tacite ; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* (*supra*, note 231).

[235] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 244 et 250.

Paragraphe 3 − identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32

24) Le paragraphe 3 de ce projet de conclusion prévoit que pour identifier la pratique ultérieure en vertu de l'article 32, l'interprète doit déterminer, en particulier, si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité[236]. La Commission a décidé de traiter dans un paragraphe distinct la question de toute pratique ultérieure relevant de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, par. 3)[237] pour la clarté de l'analyse (voir *infra*, projet de conclusion 7, par. 2, et projet de conclusion 9, par. 3,), sans pour autant remettre en question l'unité du processus d'interprétation. Les considérations pertinentes pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, à l'identification d'une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Ainsi, un accord qui intervient entre certaines seulement des parties à un traité au sujet de l'interprétation de celui-ci ou de son application constitue une forme de pratique ultérieure au sens de l'article 32.

25) Un exemple d'arrangement pratique convenu entre certaines des parties à un traité seulement est le mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Department of transportation des États-Unis d'Amérique et le Secretaría de Comunicaciones y Transportes des États-Unis du Mexique concernant les services de transport international transfrontalier de fret routier[238]. Le mémorandum d'accord ne vise pas le Canada, le troisième État partie à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), et précise qu'il « est sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA ». Ces circonstances portent à croire que le mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b), et de l'article 32, mais qu'il reste seulement un arrangement pratique entre un nombre restreint de parties.

Conclusion 7
Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, par un accord ou 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. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne de 1969 et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

[236] Voir *supra*, par. 1) à 4) du présent commentaire ; et A/CN.4/671, par. 3 à 5.

[237] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 2, par. 10).

[238] Crook, « Contemporary practice of the United States » (voir *supra*, note 224), p. 809 à 812 ; voir aussi : Mexique, *Diario Oficial de la Federación* (7 juillet 2011), « Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte », *publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América* (www.dof.gob.mx).

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − clarification du sens d'un traité

1) Le projet de conclusion 7 traite des effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure sur l'interprétation d'un traité. Son objet est d'indiquer comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à la clarification du sens d'un traité. Le paragraphe 1 souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure doivent être envisagés dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (voir projet de conclusion 2, par. 5)[239]. Ils ne sont donc pas nécessairement en eux-mêmes déterminants.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir différents effets sur le processus interactif d'interprétation d'un traité, qui consiste, dans tout cas particulier, à accorder l'attention qui convient aux divers moyens d'interprétation dans le cadre d'« une seule opération complexe »[240]. Prendre en considération les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en application des articles 31, paragraphe 3, et 32 peut ainsi contribuer à clarifier le sens d'un traité[241] en limitant (en précisant) les sens possibles d'un terme particulier ou d'une disposition particulière, ou la portée du traité dans son ensemble (voir *infra*, paragraphes 4), 6), 7), 10) et 11)). Par ailleurs, cette prise en considération peut contribuer à une clarification en confirmant une interprétation plus large. Enfin, elle peut aider à comprendre la gamme des interprétations possibles à la disposition des parties, y compris quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les parties exercent dans le cadre du traité (voir *infra*, paragraphes 12) à 15)).

3) Lorsqu'ils examinent une affaire donnée, les cours et tribunaux internationaux commencent habituellement par déterminer le « sens ordinaire » des termes du traité[242]. C'est surtout par la suite qu'ils se penchent sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, lorsqu'ils se demandent si une telle conduite confirme ou modifie le résultat auquel ils ont abouti dans le cadre de l'interprétation initiale du sens ordinaire (ou par d'autres moyens d'interprétation)[243]. Si les parties ne souhaitent pas donner à un terme son sens ordinaire mais veulent qu'il soit entendu dans un sens particulier au sens de l'article 31, paragraphe 4, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à mettre ce sens particulier en lumière. Les exemples ci-après[244] illustrent comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, dans leur interaction avec d'autres moyens dans le processus d'interprétation, à clarifier le sens d'un traité.

4) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aider à déterminer le « sens ordinaire » d'un terme particulier en confirmant une interprétation étroite parmi différentes nuances possibles du sens d'un terme. Tel a été le cas, par exemple[245], dans la l'avis

[239] Voir *supra*, commentaire du paragraphe 5 du projet de conclusion 2, par. 12) à 15).

[240] Ibid.

[241] La terminologie utilisée suit la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission : « L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale [...] par laquelle [un] État ou [une] organisation [internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions. ». (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), Chap. IV, directive 1.2) ; voir aussi commentaire de la directive 1.2, par. 18) (A/66/10/Add.1).

[242] Voir *supra*, commentaire du paragraphe 5 du projet de conclusion 2, par. 14) ; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 8.

[243] Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (*supra*, note 22), p. 656, par. 59 à 61 et p. 665, par. 80 ; *Différend territorial* (*supra*, note 22), p. 34, par. 66 à 71 ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 22), p. 290, Déclaration du juge ad hoc Guillaume.

[244] Pour davantage d'exemples, voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes » (*supra*, note 25), p. 210 à 306.

[245] Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*,

consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour internationale de Justice a estimé que les termes « du poison ou des armes empoisonnées » :

> avaient été entendus, dans la pratique des États, dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, était d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments n'ont pas considéré ces termes comme visant les armes nucléaires[246].

5) D'autre part, une pratique ultérieure peut éviter que le sens d'un terme général soit limité à un seul de ses différents sens possibles[247]. Par exemple, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour a déclaré :

> L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes […] ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition.
>
> Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des parties en litige[248].

6) Différentes formes de pratique peuvent contribuer à la fois à restreindre et à élargir l'interprétation de différents termes du même traité[249].

7) Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire de ses termes « dans leur contexte » (article 31, paragraphe 1). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, dans leur interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, peuvent aussi contribuer à identifier une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme du traité[250]. Dans son avis consultatif relatif à l'*Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, par exemple, la Cour internationale de Justice devait déterminer le sens de l'expression « huit [...] pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » figurant à l'article 28 a) de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (OMI)[251]. Comme l'expression « pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » se prête à différentes interprétations (l'« importance » pouvant être déterminée par « le tonnage enregistré » ou par « la nationalité des propriétaires »), et comme il n'y avait pas de pratique pertinente de l'Organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 a) lui-même, la Cour s'est penchée sur la pratique au titre d'autres dispositions de la Convention et a déclaré :

> Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention [...] amène […] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 a) et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage

p. 275, à la page 306, par. 67 ; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 9.

246 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 248, par. 55.

247 *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 25.

248 *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 211.

249 Voir, *mutatis mutandis*, *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, avis dans lequel la Cour internationale de Justice a donné une interprétation large du terme « dépenses » et une interprétation étroite du terme « action » à la lumière de la pratique ultérieure de l'ONU concernant chacun de ces termes, aux pages 158 à 161 (« dépenses ») et aux pages 164 et 165 (« action »).

250 Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 69, à la page 87, par. 40.

251 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 289, nº 4214, p. 3.

immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importante[252].

8) À côté du texte et du contexte, le paragraphe l de l'article 31 accorde une importance à « l'objet et [au] but » d'un traité pour interpréter celui-ci[253]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à clarifier l'objet et le but d'un traité[254], ou à concilier les invocations de « l'objet et [du] but » d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

9) Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*[255] et des *Plates-formes pétrolières*[256], par exemple, la Cour internationale de Justice a clarifié l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Et dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a déclaré :

> Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée ; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte[257].

Paragraphe 1, seconde phrase − détermination de la gamme des interprétations possibles par restriction, par élargissement ou par une quelconque autre manière

10) La pratique des États confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent non seulement contribuer à préciser le sens d'un terme en limitant les sens possibles des droits et obligations énoncés dans le traité, mais aussi indiquer une plus large gamme d'interprétations possibles ou l'étendue de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le traité accorde aux États[258].

---

[252] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1960*, p. 150, à la page 169 ; voir aussi p. 167 à 169 ; *obiter dicta*: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)*, 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 59 à 151, à la page 99, par. 141.

[253] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 211 et 219.

[254] Ibid., p. 212 à 215 ; voir aussi *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution nº 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la page 31, par. 53 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109 ; R. Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », dans *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk (dir. publ.) (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 173 à 181, à la page 180 ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra*, note 191), p. 52 à 54 ; Crema, « Subsequent agreements and subsequent pratice… » (*supra*, note 222), p. 21.

[255] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 50, par. 27.

[256] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, aux pages 813 et 815, par. 27 et 30.

[257] Voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, à la page 306, par. 67.

[258] Ceci ne veut pas dire qu'il peut exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais signifie que le traité peut accorder aux parties la possibilité de choisir dans une gamme de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 32 et 33 et p. 268, citant la Chambre des lords dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477 : « Il est nécessaire de déterminer le sens autonome de la disposition conventionnelle pertinente. [...] Il en découle que, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, la Convention sur les réfugiés doit se voir accorder un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne de 1969] et sans que les caractéristiques distinctives du système juridique de tel ou tel État contractant interviennent. En principe, cependant, il ne peut y avoir qu'une interprétation exacte d'un traité. [...] En pratique, il incombe aux tribunaux nationaux, confrontés

11) Par exemple, si le sens ordinaire des termes de l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale[259] de 1944 ne semble pas exiger qu'un vol charter obtienne une autorisation pour atterrir alors qu'il est en transit, il est généralement admis, dans le cadre d'une pratique des États établie de longue date consistant à exiger une telle autorisation, que cette disposition doit être interprétée comme exigeant une autorisation[260]. Un autre exemple est donné par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[261] de 1961, qui dispose que les moyens de transport utilisés par une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si les mesures de police prises contre les locaux des missions diplomatiques ou l'immobilisation et la fouille des moyens de transport suscitent habituellement des protestations des États[262], l'enlèvement des véhicules diplomatiques en infraction à la réglementation sur la circulation et le stationnement a généralement été considéré comme autorisé dans la pratique[263]. Cette pratique porte à croire que, si les mesures punitives sont interdites à l'encontre des véhicules diplomatiques, ceux-ci peuvent être contrôlés ou enlevés s'ils constituent un danger immédiat ou un obstacle à la circulation et/ou menacent la sécurité publique[264]. En ce sens, la signification du terme « mesure d'exécution » et donc l'étendue de la protection accordée aux moyens de transport est précisée par la pratique ultérieure des parties.

12) Un autre exemple concerne l'article 12 du Protocole II[265] aux Conventions de Genève de 1949, qui dispose :

> Sous le contrôle de l'autorité compétente concernée, le signe distinctif de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge ou du Lion-et-Soleil Rouge, sur fond blanc, sera arboré par le personnel sanitaire et religieux, les unités et moyens de transport sanitaires. Il doit être respecté en toutes circonstances. Il ne doit pas être employé abusivement.

Bien que l'emploi du futur (« sera ») porte à croire qu'il est obligatoire pour les États d'utiliser le signe distinctif pour identifier le personnel et les moyens de transport sanitaires en toutes circonstances, la pratique ultérieure semble indiquer que les États peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de cette disposition[266]. Les groupes armés ayant ces dernières années délibérément attaqué des convois sanitaires qui étaient

---

à un désaccord important sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, ils doivent rechercher, sans être entravés par les notions de leur culture juridique nationale, le sens exact, international et autonome du traité. Et il ne peut y avoir qu'un sens exact. » (The Law Reports, *Appeal Cases 2001*, vol. 2, aux pages 515 à 517 (Lord Steyn)).

259 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, nº 102, p. 2.

260 S. D. Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 85 ; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 215.

261 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, nº 7310, p. 95.

262 E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 4e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 131 à 133 ; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruxelles, Bruylant, 1994), p. 208, par. 315.

263 Voir, par exemple, Australie, Département des affaires étrangères et du commerce, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf) ; Islande, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF) ; Royaume-Uni, voir la déclaration du Sous-Secrétaire d'État parlementaire, Home Office (Lord Elton) devant la Chambre des lords, HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446 cc3-4 ; États-Unis, voir M. Nash (Leich), « Contemporary Practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 88 (avril 1994), p. 312, aux pages 312 et 313.

264 Denza, *Diplomatic Law…* (voir *supra*, note 262), p. 132 et 133 ; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2e éd. (Baden-Baden, Allemagne, Nomos, 2010), p. 70.

265 Voir *supra*, note 169.

266 Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, CICR et Martinus Nijhoff, 1987), p. 1440, par. 4742 à 4744 ; H. Spieker, « Medical transportation », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 7 à 12 ; voir aussi l'expression « *shall be displayed* », plus rigoureuse, utilisée dans la version anglaise.

tout à fait reconnaissables parce qu'ils arboraient le signe protecteur, des États se sont abstenus dans certaines situations d'arborer le signe distinctif sur leurs convois. Répondant à une question parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

> Comme ceux d'autres États fournissant des contingents à la FIAS, les véhicules sanitaires marqués des Forces armées fédérales ont été pris pour cible. À l'occasion, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiés comme tels par leur signe protecteur, ont même constitué des cibles privilégiées. C'est pourquoi les Forces armées fédérales, comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, ont décidé dans le cadre de la FIAS, de masquer le signe protecteur sur leurs véhicules sanitaires[267].

13) Une telle pratique des États peut confirmer une interprétation de l'article 12 dans le cadre de laquelle l'obligation d'arborer le signe protecteur[268] permet aux parties, dans des circonstances exceptionnelles, de jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire.

14) Lorsqu'une disposition conventionnelle accorde aux États parties un droit apparemment inconditionnel, on peut se demander si leur pouvoir dans l'exercice de ce droit est limité par l'objet de la règle. Par exemple, en vertu de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Les États font de telles déclarations le plus souvent lorsque des membres de la mission se sont livrés à des activités d'espionnage ou sont soupçonnés de le faire, ou ont commis d'autres violations graves de la législation de l'État accréditant, ou causé des tensions politiques importantes[269]. Toutefois, ils font également de telles déclarations dans d'autres circonstances, par exemple lorsque des diplomates causent un grave dommage à un tiers[270] ou ont commis des infractions répétées[271], voire pour donner effet à leur législation sur la conduite en état d'ivresse[272]. Il est même concevable que des déclarations soient faites sans raisons claires ou pour des motifs purement politiques. D'autres États ne semblent pas avoir considéré qu'une telle pratique, consistant à déclarer des membres d'une mission *persona non grata*, constitue un abus de pouvoir. Ainsi, cette pratique confirme que l'article 9 confère un droit inconditionnel[273].

---

[267] Parlement allemand, « Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan », 9 avril 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (traduction anglaise du Rapporteur spécial).

[268] Spieker, « Medical transportation » (voir *supra*, note 266), par. 12.

[269] Voir Denza, *Diplomatic Law…* (*supra*, note 262), p. 64 à 73, avec d'autres références à des déclarations en relation avec des activités d'espionnage ; voir aussi Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (*supra*, note 262), p. 484, par. 630 ; et Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische…* (*supra*, note 264), p. 30.

[270] Pays-Bas, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, Guide protocolaire à l'intention des missions diplomatiques et postconsulaires. À consulter à l'adresse www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.

[271] France, Ministère des affaires étrangères et du développement, *Guide for Foreign Diplomats Serving in France: Immunities − Respect for Local Laws and Regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and) ; Turquie, Ministère des affaires étrangères, traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note 63552, Traffic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 avril 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa) ; Royaume-Uni, Foreign and Commonwealth Office, circulaire datée du 19 avril 1985 adressée aux Chefs des missions diplomatiques à Londres, reproduit dans G. Marston, « United Kingdom materials on international law 1985 », *British Yearbook of International Law, 1985*, vol. 56, p. 437.

[272] Voir Canada, Affaires étrangères, commerce et développement, Politique révisée sur la conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng) ; États-Unis, Département d'État, Diplomatic Note 10-181 of the Department of State (24 septembre 2010) (www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), p. 8 et 9.

[273] Voir G. Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 105,

Paragraphe 2 − pratique ultérieure au sens de l'article 32

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 concerne les effets possibles d'une pratique ultérieure au sens de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, par. 3) qui ne reflète pas l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. Une telle pratique, en tant que moyen complémentaire d'interprétation, peut confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31, ou déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article laisse ce sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'article 32 fait ainsi une distinction entre le recours aux travaux préparatoires ou à une pratique ultérieure pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, et l'utilisation de cette pratique pour « déterminer » le sens. De ce fait, on peut avoir recours à une pratique ultérieure au sens de l'article 32 non seulement pour déterminer le sens d'un traité dans certaines circonstances, mais aussi − et toujours − pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31[274].

16) La pratique ultérieure visée à l'article 32 peut contribuer, par exemple, à réduire la possibilité de conflits lorsque l'« objet et le but » d'un traité dans son ensemble semblent être en conflit avec les buts spécifiques de certaines des règles qu'il énonce[275]. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a souligné que « les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives »[276]. On pourrait considérer que la Cour a ainsi éliminé une contradiction possible en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure de l'une des parties seulement[277].

17) Un autre exemple de pratique ultérieure relevant de l'article 32 concerne l'expression « précautions pratiquement possibles » utilisée à l'article 57, paragraphe 2 ii), du Protocole I[278] aux Conventions de Genève de 1949. Cette expression a été en fait employée à l'article 3, paragraphe 4, du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) du 10 octobre 1980[279], qui dispose que « [p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire ». Cette formule en est venue à être reprise, dans le cadre d'une pratique ultérieure, dans de nombreux manuels

à la page 112, pour un cas encore plus extrême relevant de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

274 OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *Chine − Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Chine − publications et produits audiovisuels)*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010, par. 403 ; « Bien que l'application par le Groupe spécial de l'article 31 de la Convention de Vienne à l'inscription "Services de distribution d'enregistrements sonores" l'ait amené à une "conclusion préliminaire" quant au sens de cette inscription, le Groupe spécial a néanmoins décidé de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour *confirmer* ce sens. Nous notons à cet égard que l'argument de la Chine en appel paraît supposer que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 32 de la *Convention de Vienne* aurait *nécessairement* été différente si le Groupe spécial avait constaté que l'application de l'article 31 avait laissé le sens de l'expression "Services de distribution d'enregistrements sonores" ambigu ou obscur et si le Groupe spécial avait donc recouru à l'article 32 pour *déterminer*, plutôt que pour *confirmer*, le sens de cette expression. Nous ne partageons pas cette opinion. Les éléments à examiner dans le cadre de l'article 32 sont distincts de ceux qui doivent être analysés dans le cadre de l'article 31, mais ce sont les mêmes éléments qui sont examinés dans le cadre de l'article 32 quel que soit le résultat de l'analyse au titre de l'article 31. Ce qui peut en revanche différer, en fonction des résultats de l'application de l'article 31, c'est le poids attribué aux éléments analysés au titre de l'article 32 ». Voir aussi Villiger, *Commentary…* (*supra*, note 37), p. 447, par. 11.

275 Voir Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes − AB-1998-4*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 17 (« la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents ») ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 216.

276 *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1074, par. 45.

277 Ibid., p. 1096, par. 80.

278 Ibid.

279 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1342, nº 22495, p. 137.

militaires en tant que définition générale des « précautions possibles » aux fins de l'article 57, paragraphe 2 ii), du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949[280].

18) La détermination de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à retenir une interprétation tantôt large, tantôt étroite des traités. Ainsi, la Chambre des lords du Royaume-Uni a interprété le terme « avarie » employé à l'article 26, paragraphe 2, de la Convention de Varsovie comme incluant plus généralement la « perte », en invoquant la conduite ultérieure des parties[281]. En revanche, la Cour suprême des États-Unis, eu égard à la pratique ultérieure des parties, a jugé que le terme « accident » figurant à l'article 17 de la Convention de Varsovie de 1929 devait être interprété strictement comme excluant les événements qui n'étaient pas causés par un fait inattendu ou inhabituel[282]. Autre exemple d'interprétation restrictive : dans un de ses arrêts, la Cour fédérale australienne a considéré que l'expression « dignité amoindrie » utilisée dans l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques imposait uniquement à l'État accréditaire de prévenir les atteintes à l'ordre public et la perturbation des fonctions essentielles des ambassades, et non toutes les formes de nuisance ou d'insultes[283].

19) Les juridictions nationales, en particulier, font parfois référence à des décisions d'autres juridictions nationales et engagent ainsi un « dialogue judiciaire » même si l'accord des parties ne peut être établi de cette manière[284]. Outre qu'elles appliquent donc l'article 32, de telles références, tout comme les décisions d'autres juridictions nationales, peuvent enrichir le développement d'une pratique ultérieure[285]. Lord Hope (Chambre des lords du Royaume-Uni), citant les règles d'interprétation qui figurent dans la Convention de Vienne, a présenté une orientation générale lorsqu'il a déclaré :

> Si le monde était idéal, toutes les Parties à la Convention devraient lui donner le même sens. C'est pour cela que la jurisprudence peut être instructive. Il convient donc d'examiner attentivement le raisonnement suivi par les tribunaux d'autres pays qui ont été appelés à se pencher sur le point litigieux, en particulier lorsqu'il s'agit d'une juridiction dont la réputation est prestigieuse. Il y a lieu d'accorder un poids considérable à une interprétation qui a généralement été acceptée dans d'autres

[280] Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989), du Canada (2001) et du Royaume-Uni (2004), voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, volume 2*… (*supra*, note 219), p. 359 et 360, par. 160 à 164, et le manuel militaire actualisé de l'Australie (2006) à consulter en ligne à l'adresse www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc ; voir aussi Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols…* (*supra*, note 266), p. 683, par. 2202.

[281] Royaume Uni, Chambre des lords, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, à la page 278 (Lord Wilberforce) et p. 279 (Lord Diplock) ; dans le même sens, Allemagne, Cour fédérale de justice (affaires civiles), Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), vol. 84, p. 339, aux pages 343 et 344.

[282] États-Unis, Cour suprême, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, p. 403 et 404.

[283] Australie, Cour fédérale australienne, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida*, [1992], FCA 566, par. 30 à 35 (juge Einfeld) ; voir aussi Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004], UKHL 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn).

[284] Voir, par exemple, États-Unis, Cour suprême, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, p. 397 à 407 ; États−Unis, Cour suprême, *Abbott v. Abbott* 560 U.S. (2010), opinion (juge Kennedy), résumé de l'arrêt à consulter à l'adresse www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf (consulté le 9 juin 2016), aux pages 12 à 16 ; Allemagne, Tribunal administratif fédéral : BVerwGE vol. 139, p. 272, aux pages 288 et 289 ; Australie, High Court, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, aux pages 75 à 82 ; P. Wall, "A marked improvement: The High Court of Australia's approach to treaty interpretation in *Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44" (case note), *Melbourne Journal of International Law*, vol. 17 (2016), p. 170 à 188.

[285] A. Tzanakopulos, « Judicial dialogue as a means of interpretation », dans *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, H. P. Aust et G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 72, à la page 94 ; E. Benvenisti, « Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts », *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), p. 241 à 274.

États. En revanche, il convient de faire preuve de discernement lorsque les décisions sont contradictoires ou ne sont manifestement pas en accord »[286].

20) Dans une situation où les pratiques suivies dans différents pays divergent, il peut être judicieux de privilégier la pratique d'un groupe d'États représentatif et d'accorder plus de poids aux décisions des juridictions supérieures[287].

Paragraphe 3 − opposition entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité

21) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 traite de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation d'un traité peut être influencée par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure tout en restant dans le domaine de ce qui est considéré comme l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b). Ce paragraphe rappelle à l'interprète que des accords peuvent servir à amender ou modifier un traité, mais que de tels accords sont soumis à l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969 et doivent être distingués des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a). La deuxième phrase, tout en reconnaissant qu'il existe des exemples en sens contraire dans la jurisprudence et des opinions divergentes dans la doctrine, dispose que la possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue.

22) Aux termes de l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties ». D'autre part, l'article 31, paragraphe 3 a), vise les accords ultérieurs « intervenu[s] entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions », et ne semble pas envisager la question de l'amendement ou de la modification. Ainsi que l'Organe d'appel de l'OMC l'a déclaré :

> le terme « application » employé à l'article 31 3) a) se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être « appliquées » ; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle[288].

23) Lus ensemble, l'article 31, paragraphe 3 a), et l'article 39 démontrent que les accords que les parties concluent postérieurement à la conclusion d'un traité peuvent interpréter et amender ou modifier celui-ci[289]. Un accord au sens de l'article 39 ne doit pas nécessairement revêtir la même forme que le traité qu'il amende[290]. Comme l'a jugé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* :

> Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (un procès-verbal de la commission [administrative du fleuve Uruguay]), cet « arrangement » liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à

[286] Royaume-Uni, Chambre des lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [2002] UKHL 7, par. 81. Voir aussi Royaume-Uni, Cour suprême, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, par. 17 (Lord Philips) (« [c]ette pratique, suivie uniquement par un des nombreux signataires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne permet pas d'éclairer le sens de l'article 14, paragraphe 6, […] Il n'a pas été avancé qu'il existait une pratique constamment suivie par les signataires qui puisse contribuer à déterminer le sens de ce paragraphe. »).

[287] Royaume-Uni, Chambre des lords, *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, à la page 453 (Lord Hope) ; *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1981] AC 251, p. 275 et 276 (Lord Wilberforce). Voir aussi Canada, Cour suprême, *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.* [2010] 1 SCR 649, par. 21 (juge Rothstein).

[288] OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *CE − Bananes III* (voir *supra*, note 66), par. 391 à 393.

[289] Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra*, note 260), p. 88.

[290] Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 107, renvoyant à Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités…* (A/CONF.39/11) (voir *supra*, note 193), 37e séance, 24 avril 1968, p. 207, par. 49 à 52 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 513, par. 7, 9 et 11 ; K. Odendahl, « Article 39. General rule regarding the amendment of treaties », dans Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra*, note 61), p. 706, par. 16.

s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié[291].

24) Il peut parfois être difficile de distinguer entre les accords conclus par les parties en vertu d'une disposition conventionnelle spécifique qui confère force obligatoire aux accords ultérieurs, les accords ultérieurs simples visés à l'article 31, paragraphe 3 a), qui ne sont pas nécessairement contraignants en tant que tels et, enfin, les accords portant amendement ou modification d'un traité visés aux articles 39 à 41[292]. Il ne semble pas exister d'autres critères formels que ceux énoncés à l'article 39, s'ils sont applicables, excepté ceux qui peuvent être énoncés dans le traité applicable lui-même, qui soient reconnus comme permettant de distinguer ces différentes formes d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont généralement disposés à accorder aux parties une assez large latitude pour l'interprétation d'un traité au moyen d'un accord ultérieur. Cette latitude peut même aller au-delà du sens ordinaire des termes du traité. La reconnaissance d'une telle latitude pour l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord relatif à l'application d'un traité a effectivement pour effet d'amender ou de modifier le traité[293]. Ainsi, un accord visant à modifier un traité n'est pas exclu, mais il ne doit pas non plus être présumé[294].

25) S'agissant de savoir si les parties peuvent amender ou modifier un traité par une pratique ultérieure commune, la Commission avait initialement proposé, dans son projet d'articles sur le droit des traités, d'inclure la disposition suivante dans la Convention de Vienne de 1969, qui aurait explicitement reconnu la possibilité d'une modification des traités par une pratique ultérieure :

> Article 38 : Modification des traités par une pratique ultérieure
>
> Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité»[295].

26) Ce projet d'article a suscité un débat important à la Conférence de Vienne[296]. Un amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence de Vienne, on s'est demandé si le rejet du projet d'article 38 signifiait que la possibilité d'une modification d'un traité par une pratique ultérieure des parties avait ainsi été exclue. De nombreux auteurs ont conclu que les États qui avaient négocié la Convention de Vienne de 1969 ne souhaitaient tout simplement pas traiter cette question dans celle-ci et que les traités pouvaient, en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, effectivement être modifiés par une

---

[291] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 22), p. 62 et 63, par. 128 et 131 ; la Cour a ensuite conclu, en l'espèce, que ces conditions n'avaient pas été remplies, p. 62 à 66, par. 128 à 142.

[292] Dans la pratique judiciaire, il n'est parfois pas nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir *Différend territorial* (*supra*, note 22), p. 29, par. 60 (« de l'avis de la Cour, il n'y a, aux fins du présent arrêt, aucune raison de la qualifier de confirmation ou de modification de la Déclaration ») ; on considère parfois qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), peut aussi avoir pour effet de modifier un traité (voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (*supra*, note 142), p. 212 à 214, avec des exemples).

[293] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 22), p. 63, par. 131 et p. 66, par.140 ; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) … » (voir *supra*, note 224), p. 32 ; Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (voir *supra*, note 156), p. 77, aux pages 125 et 126, par. 132 ; dans des contextes diplomatiques et en dehors des procédures judiciaires, les États tendent à reconnaître plus ouvertement qu'un certain accord ou une pratique commune équivaut à une modification du traité, voir Murphy, « The relevance of subsequent agreement … » (*supra*, note 260), p. 83.

[294] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 22), p. 66, par. 140 ; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (voir *supra*, note 224), p. 32.

[295] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 257 (note omise).

[296] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*… (A/CONF.39/11) (*supra*, note 193), 37e séance, 24 avril 1968, p. 225 à 233 ; A/CN.4/671, par. 119 à 121 ; Distefano, « La pratique subséquente… » (*supra*, note 191), p. 56 à 61.

pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet[297]. Les cours et tribunaux internationaux, par contre, se sont pour la plupart abstenus de reconnaître cette possibilité depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

27) Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, la Cour internationale de Justice a jugé que « la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne, [pouvait] conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite »[298]. Il est difficile de dire si la Cour a ainsi voulu reconnaître que la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 b) de l'article 31 pouvait également avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité, ou si elle a simplement fait une observation sur l'interprétation des traités, à savoir que l'intention « originaire » des parties n'est pas nécessairement déterminante dans l'interprétation d'un traité. De fait, la Commission reconnaît dans le projet de conclusion 8 que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme d'autres moyens d'interprétation, « peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps »[299]. La latitude dont bénéficie « l'interprétation » n'est donc pas nécessairement déterminée par une « intention originaire » immuable, mais doit plutôt être déterminée par la prise en compte d'un ensemble plus large de considérations, y compris certains événements ultérieurs. Ce dictum quelque peu ambigu de la Cour amène à se demander jusqu'où la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 b) de l'article 31 peut contribuer à « l'interprétation », et si cette pratique peut avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité. Effectivement, faire le départ entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité est en pratique parfois « difficile, sinon impossible »[300].

---

[297] Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 138 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 275 à 280 ; Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 51 et 52 ; Kamto, « La volonté de l'État… » (voir *supra*, note 154), p. 134 à 141, à la page 134 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 213 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 432, par. 23 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 595 ET 596, par. 77 (dans le même sens, Odendahl, « Article 39 … » (voir *supra*, note 290), p. 702, par. 10 et 11) ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra*, note 191), p. 62 à 67 ; H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 − part three », *British Yearbook of International Law 2006*, vol. 77, p. 1 à 82, à la page 65 ; M. N. Shaw, *International Law*, 7e éd. (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2014), p. 677 ; I. Buga, « Subsequent practice and treaty modification », dans *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman et D. Kritsiotis (dir. publ.) (à paraître), note 73 et d'autres références ; en désaccord avec cette position, en particulier, et soulignant la solennité de la conclusion d'un traité par opposition au caractère informel de la pratique, Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra*, note 260), p. 89 et 90 ; voir aussi Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 115 à 117 (distinguant entre les positions des tribunaux et des États, et soulignant l'importance des dispositions relatives à l'amendement dans ce contexte).

[298] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 242, par. 64 ; voir aussi *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (*supra*, note 153) ; Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 51 ; Kamto, « La volonté de l'État … » (voir *supra*, note 154), p. 134 à 141 ; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, Berlin, Heymanns, 1963), p. 132.

[299] Voir projet de conclusion 8 et commentaire y relatif, par. 1) à 18).

[300] Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 138 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 275 ; Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra*, note 260, p. 90 ; B. Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 46 ; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 42 et 43 ; Sorel et Boré Eveno, « 1969 Vienna Convention, Article 31… » (voir *supra*, note 62), p. 825, par. 42 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 595 et 596, par. 77 ; ceci est vrai même si les deux processus peuvent théoriquement être considérés comme deux processus juridiques « tout à fait distincts », voir l'opinion dissidente jointe par le juge Parra-Aranguren à l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu* (*supra*, note 22), p. 1212 et 1213, par. 16 ; dans le même sens, Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 114 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 168.

28) Mis à part le fait qu'elle a soulevé la question dans son dictum, dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[301], la Cour internationale de Justice n'a pas expressément reconnu qu'une pratique ultérieure particulière avait eu pour effet de modifier un traité. On le constate, en particulier, à la lecture de ses avis consultatifs concernant la *Namibie* et l'*Édification d'un mur*, dans lesquels elle a reconnu qu'une pratique ultérieure avait un effet important sur la détermination du sens du traité mais n'est pas allée jusqu'à reconnaître expressément qu'une telle pratique avait entraîné un amendement ou une modification du traité[302]. Comme ces avis concernaient des traités portant création d'une organisation internationale, il semble difficile d'en déduire une règle générale du droit des traités. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure relatifs aux actes constitutifs d'organisations internationales font l'objet du projet de conclusion 12[303].

29) D'autres affaires importantes dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné la question d'une modification éventuelle d'un traité par la pratique suivie ultérieurement par les parties concernent des traités de frontières. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* :

> Dès lors, la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit[304].

30) La Cour a constaté l'existence d'un tel acquiescement dans l'affaire concernant le *Temple de Préah Vihéar*, dans laquelle elle a accordé un poids décisif au fait qu'une partie (la France) avait clairement affirmé sa souveraineté, ce qui, selon elle, exigeait une réaction de l'autre partie (la Thaïlande)[305]. Cet arrêt a toutefois été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne et donc les États en ont tenu compte, au moins implicitement, dans le cadre de leurs travaux à la Conférence de Vienne[306]. Il ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément la modification d'un traité par une pratique ultérieure, puisque la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française était compatible avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient mis d'accord dans le traité frontalier originaire − bien que l'on suppose souvent que tel n'était pas le cas[307].

31) Ainsi, tout en laissant ouverte la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure des parties, la Cour internationale de Justice n'a pas jusqu'ici expressément reconnu qu'une telle possibilité s'était effectivement réalisée dans une affaire donnée. Elle a préféré retenir des interprétations qui étaient difficiles à concilier avec le sens ordinaire du texte du traité mais qui correspondaient à la pratique identifiée des parties[308].

---

[301] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 242, par. 64.

[302] Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989… » (voir *supra*, note 297), p. 64.

[303] Voir, déjà, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), p. 124, par. 238, et, ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), annexe A, par. 42.

[304] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 353, par. 68.

[305] *Affaire du temple de Préah Vihéar* (voir *supra*, note 110) : « un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande [...] il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler [...] une réaction » (p. 23) ; « [on] pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois », et cela « appelait une réaction » (p. 30).

[306] M. Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice », *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 253, à la page 272.

[307] *Affaire du temple de Préah Vihéar* (voir *supra*, note 110), p. 26 : « fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908 ». Le juge Parra-Aranguren a déclaré que l'*affaire du temple de Préah Vihéar* démontrait « que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité » (voir *Île de Kasikili/Sedudu* (*supra*, note 22), opinion dissidente de M. Parra-Aranguren, p. 1212 et 1213, par. 16) ; Buga, « Subsequent practice and treaty modification » (voir *supra*, note 297), note 120.

[308] En particulier, l'avis consultatif relatif à la *Namibie* (voir *supra*, note 254) a été lu comme impliquant que la pratique ultérieure avait modifié l'Article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, voir A. Pellet, « art. 38 », dans *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2e éd., A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 844, par. 279, note 809 ; cf. A/CN.4/671, par. 124 à 126.

Les décisions en sens contraire de tribunaux arbitraux ont été soit qualifiées d'« exceptions isolées »[309] soit rendues avant la Conférence de Vienne et critiquées lors de celle-ci[310].

32) L'Organe d'appel de l'OMC a indiqué clairement qu'il n'accepterait pas une interprétation entraînant une modification d'une obligation conventionnelle, parce que ceci ne serait pas une « application » d'une disposition conventionnelle existante[311]. La position de l'Organe d'appel est peut-être influencée par l'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, aux termes duquel « [l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »[312].

33) La Cour européenne des droits de l'homme a, à l'occasion, reconnu que la pratique ultérieurement suivie par les parties pouvait être à l'origine d'une modification de la Convention. Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, la Cour a confirmé :

> qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2, paragraphe 1, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 (ibid., p. 40 et 41, par. 103)[313].

34) Appliquant ce raisonnement, la Cour est parvenue à la conclusion suivante dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* :

> On voit donc que dans l'affaire *Öcalan* (précitée), la Grande Chambre n'a pas exclu la possibilité que l'article 2 de la Convention se trouve déjà modifié de telle manière qu'il ne ménage plus d'exception autorisant la peine de mort. De plus, comme indiqué ci-dessus, la situation a encore évolué depuis. Tous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13 à la Convention, et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le

---

309 M. Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 34 et suiv., à la page 43 au sujet de la *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 83 à 195, aux pages 110 et 111, par. 3.6 à 3.10 ; voir aussi *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba entre l'Égypte et Israël*, 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 1 à 118, aux pages 56 et 57, par. 209 et 210, dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé, dans un *obiter dictum*, « qu'en cas de contradiction, la ligne frontière démarquée prévaudrait sur l'Accord » (ibid., p. 57) ; mais voir R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), p. 9 à 32, à la page 20.

310 *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* (Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France), 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 5 à 74, aux pages 62 et 63 ; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités…* (A/CONF.39/11) (voir *supra*, note 193), 37e séance, 24 avril 1968, p. 208, par. 58 (Japon) ; Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (*supra*, note 260), p. 89.

311 OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *CE − Bananes III* (voir *supra*, note 66), deuxième recours à l'article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1, adopté le 11 décembre 2008, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008, par. 391 à 393.

312 Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (voir *supra*, note 66), Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, annexe 2, à la page 401.

313 *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, 12 mai 2005, CEDH 2005-IV, par. 163, citant *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7 juillet 1989, CEDH, série A n° 161, par. 103. Voir aussi *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, 4 octobre 2010, par. 119 et 120.

libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots "peine ou traitement inhumain ou dégradant" de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, par. 102 à 104)[314].

35) La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux autorise les conclusions suivantes. Le contexte de l'OMC porte à croire qu'un traité peut exclure que la pratique ultérieure des parties ait un effet modificateur. À l'inverse, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme portent à croire qu'un traité peut permettre à la pratique ultérieure des parties d'avoir un effet modificateur. Ainsi, en dernière analyse, c'est le traité lui-même qui, au premier chef, régit la question, et cela dépend beaucoup du traité ou des dispositions conventionnelles concernées[315].

36) La situation est plus compliquée dans le cas des traités qui ne donnent aucune indication en la matière. Aucune règle résiduelle claire ne peut être déduite de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne de tels cas. Toutefois, on pourrait peut-être conclure que la Cour, tout en estimant que la possibilité qu'un traité soit modifié par la pratique ultérieure des parties « ne peut être entièrement exclue en droit »[316], considère qu'il convient, dans la mesure du possible, d'éviter de conclure à une telle modification. La Cour semble préférer retenir des interprétations larges du sens ordinaire des termes du traité.

37) Cette conclusion à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice correspond à certaines considérations exprimées lors des débats qu'ont tenus les États sur le projet d'article 38 de la Convention de Vienne de 1969[317]. Aujourd'hui, l'idée que les procédures d'amendement prévues dans un traité ne doivent pas être contournées par des moyens informels semble avoir pris le pas sur l'observation générale, également vraie, voulant que souvent le droit international n'est pas aussi formaliste que le droit interne[318]. La préoccupation exprimée par plusieurs États à la Conférence de Vienne, à savoir que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure risquait de créer des difficultés en droit constitutionnel interne, a depuis lors également gagné en pertinence[319]. De plus, si le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par un amendement ou une modification d'un traité par la pratique ultérieure qui établit l'accord de toutes les parties, il est également vrai que la stabilité des relations conventionnelles risque d'être compromise si un moyen informel permettant d'identifier un accord comme constituant une pratique ultérieure pouvait aisément modifier un traité[320].

---

[314] *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, nº 61498/08, 4 octobre 2010, par. 120 ; B. Malkani, « The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (2013), p. 523 à 556 ; confirmé dans *Hassan c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra*, note 26), par. 101.

[315] Voir Buga, « Subsequent practice and treaty modification » (*supra*, note 297), notes 126 à 132.

[316] Voir *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria : Guinée équatoriale (intervenant))*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 353, par. 68.

[317] A/CN.4/671, par. 119 à 121.

[318] Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice… » (*supra*, note 260), p. 89 ; Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements… » (*supra*, note 300), p. 47 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 115 à 117 ; J. E. Alvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 130.

[319] Voir *NATO Strategic Concept Case*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt du 19 juin 2001, requête 2 BvE 6/99 (traduction anglaise à consulter à l'adresse www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), par. 19 à 21 ; Allemagne, Cour fédérale des finances, BFHE, vol. 157, p. 39, aux pages 43 et 44 ; ibid., vol. 227, p. 419, à la page 426 ; ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161 ; S. Kadelbach, « Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 145 à 148 ; Alvarez, « Limits of change… » (voir *supra*, note 318), p. 130 ; I. Wuerth, « Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 154 à 159 ; et H. Ruiz Fabri, « Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 165 et 166.

[320] Voir, par exemple, Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente… » (*supra*, note 306), p. 274 (en particulier en ce qui concerne les traités frontaliers).

38) En conclusion, si, en l'absence dans le traité d'indications d'effet contraire, l'idée qu'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties peut théoriquement entraîner des modifications d'un traité jouit d'un certain appui dans la jurisprudence internationale, la réalisation effective de cette possibilité ne saurait être présumée, et la possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue[321].

Conclusion 8
L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 vise le rôle que peuvent jouer les accords ultérieurs et la pratique ultérieure lorsque se pose la question plus générale de savoir si le sens des termes d'un traité est susceptible d'évolution dans le temps.

2) Dans le cas des traités, la question qui se pose habituellement au sujet du droit dit « intertemporel »[322] est celle de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances et du droit existant au moment où il a été conclu (interprétation « contemporaine » ou « statique ») ou des circonstances et du droit existant au moment où il est appliqué (interprétation « évolutive » ou « dynamique »)[323]. La règle énoncée par le juge Max Huber dans la sentence arbitrale rendue en l'affaire de l'*Île de Palmas*, selon laquelle « un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque »[324], a conduit de nombreuses juridictions internationales, ainsi que de nombreux auteurs, à privilégier de

[321] En fait, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière. De tels efforts pour interpréter un traité de manière large sont possibles car l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 n'accorde la primauté à aucun des moyens particuliers d'interprétation qu'il vise, mais exige de l'interprète qu'il tienne compte de tous les moyens d'interprétation selon qu'il est approprié. (Voir *supra*, projet de conclusion 2, par. 5, et le commentaire y relatif ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 117 ; certains auteurs considèrent que l'éventail de ce qui est concevable en tant qu'« interprétation » est plus large dans le cas d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure relevant du paragraphe 3 de l'article 31 que dans le cas des interprétations par d'autres moyens d'interprétation, y compris l'éventail des interprétations évolutives par les cours et tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 275 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 595 et 596, par. 77). Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une interprétation évolutive de la disposition conventionnelle concernée est possible est importante. (Voir projet de conclusion 8 ; dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme « *comercio* » avait été modifié par la pratique ultérieure des parties puisqu'elle avait décidé qu'il était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 242 et 243, par. 64 à 66).

[322] T. O. Elias, « The Doctrine of Intertemporal Law », *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 285 et suiv. ; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001) ; M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I », *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), p. 101 à 153 ; M. Kotzur, « Intertemporal Law », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com) ; U. Linderfalk, « Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties », *International Community Law Review*, vol. 10 (2008), p. 109 et suiv. ; A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd. (Berlin, Duncker & Humblot, 1984), p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

[323] M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (voir *supra*, note 322).

[324] *Island of Palmas case (the Netherlands/United States of America)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829 à 871, à la page 845.

manière générale l'interprétation contemporaine[325]. Cela étant, dans l'affaire du *Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a déclaré qu'« une interprétation évolutive des traités recueille à l'heure actuelle le suffrage des principaux auteurs »[326].

3) En 1966, dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission a considéré que « toute tentative de formuler une règle tenant compte de l'élément temporel, de manière complète et détaillée, ne manquerait pas de soulever des difficultés » et a donc « conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel »[327]. De même, en 2006, le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a conclu à l'issue de ses débats qu'il était difficile de formuler et accepter de manière consensuelle une règle générale privilégiant le principe soit d'une interprétation contemporaine, soit d'une interprétation qui reconnaisse la nécessité de tenir compte de l'« évolution du sens » des traités[328].

4) Le projet de conclusion 8 ne doit pas être compris comme exprimant une quelconque position quant à l'opportunité de suivre une approche plus contemporaine ou au contraire plus évolutive dans l'interprétation des traités en général. Il insiste plutôt sur le fait que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tout autre moyen d'interprétation des traités, peuvent étayer une interprétation aussi bien contemporaine qu'évolutive, selon le cas. La Commission a ainsi conclu que ces moyens d'interprétation pouvaient « aider à déterminer » si une interprétation évolutive était « ou non » appropriée à l'égard d'un terme donné d'un traité.

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

6) La Cour internationale de Justice, en particulier, est réputée avoir suivi deux tendances dans sa jurisprudence, l'une en faveur d'une interprétation plus « contemporaine » et l'autre en faveur d'une interprétation plus « évolutive », comme l'a fait observer G. Guillaume, juge ad hoc, dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[329]. C'est principalement lorsqu'elles concernent des termes spécifiques d'un traité (« partage des eaux »[330], « chenal principal/thalweg »[331],

[325] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 240, par. 11).

[326] *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn »)* (voir *supra*, note 24), p. 35, par. 81 ; voir, par exemple, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (voir supra, note 142), p. 215 et 216 ; M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (voir *supra*, note 322), p. 29 à 31 ; G. Distefano, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), p. 373 à 396, aux pages 384 et 389 et suiv. ; R. Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule …» (voir *supra*, note 254), p. 174 et suiv. ; Sorel et Boré Eveno, « 1969 Vienna Convention, Article 31… » (voir *supra*, note 62), p. 807, par. 8 ; P.-M. Dupuy, « Evolutionary interpretation of treaties » dans Cannizaro, *The Law of Treaties…* (voir *supra*, note 61), p. 125 et suiv. ; M. Kotzur, « Intertemporal Law » (voir *supra*, note 322), par. 14.

[327] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 242, par. 16) ; Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule… » (voir *supra*, note 254), p. 178.

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

[329] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 294 et suiv., par. 9 et suiv. ; voir aussi *Annuaire ... 2005*, vol. II (deuxième partie), par. 479 ; Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 478 ; Institut de Droit international, résolution sur « Le problème intertemporel en droit international public », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 56 (session de Wiesbaden, 1975), p. 536 et suiv. (www.idi-iil.org).

[330] *Affaire concernant un litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili relatif à la ligne de démarcation entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, décision du 21 octobre 1994, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 3 à 149, à la page 43, par. 130 ; voir aussi pour ce qui concerne l'expression « partage des eaux », *Affaire du temple de Préah Vihéar* (voir *supra*, note 110), p. 16 à 22.

[331] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1060 à 1062, par. 21 et 25.

noms de lieux[332] et « embouchure » d'une rivière[333]) que les décisions privilégient une approche plus contemporaine. À l'inverse, celles qui préconisent une interprétation évolutive semblent concerner des termes plus généraux. Il en est ainsi, en particulier, des termes qui sont par définition évolutifs, comme les expressions « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne », « le bien-être et le développement de ces peuples » et « mission sacrée » qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, a donné à l'expression « mission sacrée de civilisation » un sens évolutif pour conclure « que la « mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause[334]. Le caractère « générique » d'un terme donné[335] dans un traité et le fait qu'un traité ait été conclu « sans limite de durée »[336] peuvent aussi justifier un sens évolutif.

7) D'autres organes juridictionnels internationaux retiennent eux aussi une interprétation évolutive dans certains cas, quoique en étant plus ou moins ouverts à l'égard de cette approche. L'Organe d'appel de l'OMC n'y a eu que rarement recours, mais il a toutefois conclu, dans une affaire bien connue, que le contenu ou la référence « [des termes] générique[s] "ressources naturelles" employé[s] dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs"»[337]. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a estimé quant à elle que le sens attribué à certaines obligations « de veiller à »[338] « pouvait changer avec le temps »[339], et a souligné que le régime de la responsabilité de l'État au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était ouvert à l'évolution du droit et n'était pas « considéré comme immuable »[340]. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré de manière plus générale que « la Convention [était] un instrument vivant à interpréter […] à la lumière des conditions de vie actuelles »[341]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme suit elle aussi de manière plus générale une approche évolutive en matière d'interprétation, en particulier dans le cadre de son application du principe dit *pro homine*[342]. Dans l'affaire du *Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a estimé que la nécessité de

---

[332] *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée c. Éthiopie)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 83 à 195, p. 110, par. 3.5.

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

[334] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)* (voir *supra*, note 54), p. 31, par. 53.

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

[336] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 243, par. 66.

[337] Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis − Crevettes)*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 130.

[338] Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, nº 31363, p. 3, art. 153, par. 4, et art. 4, par. 4, à l'annexe III.

[339] *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra*, note 23), par. 117.

[340] Ibid., par. 211.

[341] *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), nº 5856/72, CEDH, série A nº 26, par. 31 ; *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, nº 36925/07, 4 avril 2017, par. 286 ; *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], nº 18030/11, CEDH 2016 (extraits), par. 138 et 150 ; *Biao c. Danemark* [GC], nº 38590/10, 24 mai 2016, par. 131.

[342] *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (voir *supra*, note 53), par. 114 (« Cette orientation est particulièrement pertinente pour le droit international des droits de l'homme, qui a considérablement progressé grâce à une interprétation évolutive des instruments internationaux de protection de ces droits. Une telle interprétation évolutive est compatible avec les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Aussi bien la présente Cour, dans son avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1989), que la Cour européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Marckx c. Belgique* (1979) et *Loizidou c. Turquie* (1995), entre autres, ont fait observer que les traités relatifs aux droits

garantir la viabilité et l'efficacité d'un mécanisme ferroviaire transfrontalier multidimensionnel était une raison suffisamment importante pour que même des règles relativement techniques soient interprétées selon une approche évolutive[343].

8) En fin de compte, la plupart des juridictions internationales n'ont pas eu recours à l'interprétation évolutive comme une forme distincte d'interprétation, mais sont parvenues à cette interprétation dans leur application des différents moyens d'interprétation énumérés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, en appréciant certains critères (en particulier ceux mentionnés au paragraphe 6) ci-dessus) au cas par cas. Par conséquent, toute interprétation évolutive donnée au sens d'un terme dans le temps doit résulter du processus ordinaire d'interprétation des traités[344].

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

> la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties et que l'interprétation a pour objet d'élucider le sens du texte et non pas d'étudier *ab initio* les intentions supposées des parties […] en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[345].

C'est pourquoi, dans le projet de conclusion 8, l'expression « intention présumée » s'entend de l'intention des parties telle qu'elle a été déterminée par l'application des différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32. L'« intention présumée » n'est donc pas une volonté initiale susceptible d'être identifiée séparément, et les travaux préparatoires ne sont pas le premier élément sur lequel il convient de s'appuyer pour déterminer l'intention présumée des parties ; comme l'indique l'article 32, ils ne sont qu'un moyen complémentaire d'interprétation. Et même si c'est l'intention des parties que l'on recherche par l'interprétation, celui qui interprète doit pour cela se fonder sur les moyens d'interprétation disponibles au moment de l'acte d'interprétation, parmi lesquels figurent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties au traité. Celui qui interprète doit donc répondre à la question de savoir si l'on peut présumer que les parties, au moment de la conclusion du traité, avaient l'intention de donner à l'un des termes employés un sens susceptible d'évoluer dans le temps.

10) Le projet de conclusion 8 n'exprime aucune position sur la question de savoir s'il convient de suivre une approche plus contemporaine ou plus évolutive dans l'interprétation des traités en général (voir *supra*, par. 4) du commentaire). Il faut toutefois comprendre qu'il appelle à faire preuve d'une certaine prudence avant de conclure en faveur d'une approche évolutive dans un cas particulier. À cette fin, il souligne que les accords ultérieurs et la

---

de l'homme étaient des instruments vivants dont l'interprétation devait tenir compte des temps qui changent et, en particulier, des conditions de vie actuelles. ») (notes omises) ; Arévalo Narváez et Patarroyo Ramirez, "Treaties over Time and Human Rights …" (voir *supra*, note 27), p. 295 à 331.

343 Voir *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine* (voir *supra*, note 24), par. 80 : « En l'espèce, il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique, mais plutôt de développements techniques nouveaux, relatifs à l'exploitation et à la capacité du chemin de fer » ; voir aussi *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra*, note 335), p. 32, par. 77 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 119 à 213, aux pages 151 et 152, par. 85.

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

345 *Annuaire ... 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15) ; voir aussi par. 13) : « Le paragraphe 3 énumère comme autres éléments authentiques d'interprétation : *a*) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ; et *b*) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité. » (ibid., p. 215) ; de son côté, Sir Humphrey Waldock, dans son troisième rapport sur le droit des traités, a expliqué que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation, (ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59, par. 21)).

pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent donner à celui qui interprète des indications utiles pour évaluer, dans le cadre du processus ordinaire d'interprétation des traités, si le sens d'un terme est susceptible d'évolution dans le temps[346].

11) Cette approche s'appuie sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, qui vont dans le même sens. Dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a pris en considération la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies et des États pour formuler les conclusions qu'elle a tirées de la nature intrinsèquement évolutive du droit à l'autodétermination[347]. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, elle a jugé « significatif » que le « sens naturel et générique », selon elle, de l'expression « statut territorial » ait été confirmé par la pratique administrative de l'Organisation des Nations Unies et par le comportement de la partie qui avait invoqué une interprétation restrictive dans un contexte différent[348]. En tout état de cause, dans les décisions où elle a retenu une interprétation évolutive, la Cour internationale de Justice ne s'est pas écartée du sens possible du texte et de l'intention présumée des parties au traité, qui avaient été exprimés également dans les accords ultérieurs et la pratique ultérieure[349].

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

> D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été [...] de conférer aux termes employés [...] un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international[350].

La Cour a ensuite relevé que le terme « comercio » était un « terme générique » dont « les parties ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps » et que « le traité en cause [avait] été conclu pour une très longue période », ce qui l'amenait à conclure que « les parties [devaient] être présumées [...] avoir eu l'intention de conférer » à ce terme « un sens évolutif »[351]. Dans son opinion individuelle, le juge Skotnikov, tout en ne souscrivant pas à ce raisonnement, est parvenu à la même conclusion en constatant l'existence d'une pratique ultérieure plus récente du Costa Rica sous la forme d'activités touristiques menées sur le fleuve San Juan « depuis au moins dix ans » contre lesquelles le Nicaragua n'avait « jamais protesté », ayant même « systématiquement autorisé la navigation touristique », ce qui indiquait selon lui que « les Parties [étaient] parvenues à un accord » concernant l'interprétation du traité[352].

13) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a parfois pris en considération des formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions dans la législation des États qui, à leur tour, peuvent modifier l'interprétation de la définition des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Le Procureur c. Furundžija*[353], par exemple,

---

[346] Voir aussi Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 292 à 294 ; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (voir *supra*, note 141), p. 488 à 501 ; J. Arato, « Subsequent practice and evolutive interpretation », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9-3 (2010), p. 443 à 494, aux pages 444 et 445, et 465 et suiv.

[347] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (voir *supra*, note 54), p. 30 et 31, par. 49 à 51.

[348] *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra*, note 335), p. 31, par. 74.

[349] Voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (voir *supra*, note 343), p. 151 et 152, par. 85.

[350] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 22), p. 242, par. 64.

[351] Ibid., p. 243, par. 66 à 68.

[352] Ibid., opinion individuelle de M. le juge Skotnikov, p. 283, à la page 285, par. 9 et 10.

[353] *Le Procureur c. Anto Furundžija*, Chambre de première instance, jugement, 10 décembre 1998, affaire nº IT-95-17/1-T, TPIY, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, par. 165 et suiv.

la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la recherche d'une définition du crime de viol tel qu'interdit par l'article 27 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre[354], par l'article 76, paragraphe 1, du premier Protocole additionnel (Protocole additionnel I)[355] et par l'article 4, paragraphe 2 e), du deuxième Protocole additionnel (Protocole additionnel II)[356], a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques du monde et a relevé :

> la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne, les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles[357].

14) Dans son approche consistant à considérer un instrument comme « vivant », la Cour européenne des droits de l'homme se fonde elle aussi, entre autres, sur différentes formes de pratique ultérieure[358]. Bien qu'elle ne recherche généralement pas « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31, les décisions dans lesquelles elle adopte une approche évolutive sont régulièrement étayées par une description détaillée de la pratique ultérieure[359].

15) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si elle ne se réfère qu'assez rarement à la pratique ultérieure, a souvent tenu compte d'évolutions plus générales dans la sphère internationale, une approche qui se situe quelque part entre le recours à la pratique ultérieure et le recours aux autres « règle[s] pertinente[s] » visées à l'article 31, paragraphe 3 c)[360]. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, par exemple, la Cour a fait observer que :

> les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants ["instrumentos vivos"] dont l'interprétation doit s'adapter aux temps qui changent et, en particulier, aux conditions de vie actuelles[361].

16) Le Comité des droits de l'homme a aussi, dans certains cas, suivi une approche évolutive fondée sur les changements survenus dans la pratique des États. Ainsi, dans l'affaire *Judge c. Canada*, a rompu avec les vues qu'il avait exprimées de façon répétée sur la base de l'affaire *Kindler* c. *Canada*[362] en expliquant que :

---

354 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 973, p. 287.

355 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, nº 17512, p. 3.

356 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, nº 17513, p. 609.

357 Voir *Le Procureur c. Anto Furundžija* (*supra*, note 353), par. 179 : voir aussi *Le Procureur c. Alfred Musema*, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, jugement, 27 janvier 2000, affaire nº ICTR-96-13-A, par. 220 et suiv., en particulier par. 228.

358 Voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (voir *supra*, note 25), p. 246 et suiv.

359 *Öcalan c. Turquie* [GC], nº 46221/99, 12 mai 2005, CEDH 2005-IV, par. 163 ; *VO c. France* [GC], nº 53924/00, 8 juillet 2004, CEDH 2004-VIII, par. 4 et 70 ; *Johnston et autres c. Irlande*, nº 9697/82, 18 décembre 1986, CEDH, série A nº 112, par. 53 ; *Bayatyan c. Arménie* [GC], nº 23459/03, 7 juillet 2011, par. 63 ; *Soering c. Royaume-Uni*, nº 14038/88, 7 juillet 1989, CEDH, série A nº 161, par. 103 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, nº 61498/08, 4 octobre 2010, par. 119 et 120, CEDH 2010 (extraits) ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], nº 34503/97, 12 novembre 2008, CEDH 2008, par. 76 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra*, note 179).

360 Voir par exemple *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, arrêt (fond), 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 4, par. 151 ; *The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (voir *supra*, note 53), par. 130 à 133 et 137.

361 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, jugement (fond, réparations et dépens), 31 août 2001, série C nº 79, par. 146 ; voir aussi *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, avis consultatif, 14 juillet 1989, OC-10/89, série A nº 10, par. 38.

362 *Kindler* c. *Canada*, constatations adoptées le 30 juillet 1993, communication nº 470/1991, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième*

> Le Comité souligne que la décision invoquée comme jurisprudence a été rendue il y a plus de dix ans et que depuis lors il est apparu un consensus international grandissant en faveur de l'abolition de la peine capitale et, dans les États qui ne l'ont pas abolie, un consensus grandissant en faveur de la non-exécution de cette peine[363].

Dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*, le Comité a souligné que le sens de tout droit énoncé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[364] évoluait dans le temps et a conclu que le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte offrait désormais à toute personne au moins une certaine protection contre l'obligation d'agir de manière contraire à ses croyances religieuses sincères. Le Comité tire cette conclusion du fait qu'« un nombre croissant d'États parties au Pacte qui maintiennent le service militaire obligatoire ont mis en place un dispositif de substitution à ce service »[365].

17) Enfin, les tribunaux établis sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ont souligné que la pratique ultérieure pouvait être un moyen particulièrement important aux fins d'interpréter certaines dispositions que les parties considéraient comme susceptibles d'évoluer à la lumière de leur pratique conventionnelle ultérieure[366].

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

19) De manière similaire, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à une interprétation tantôt plus évolutive tantôt plus statique des traités. Par exemple, dans une affaire concernant la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants[367], la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a interprété l'expression « droits de garde » comme englobant non seulement des droits légaux mais aussi des « droits de facto ». Après avoir examiné la pratique législative et judiciaire dans différents États et visé l'article 31, paragraphe 3 b), la Cour a estimé que cette pratique « témoign[ait] d'un changement fondamental d'état d'esprit » qui conduisait à une interprétation moderne de l'expression « droits de garde » plutôt qu'à une interprétation « suivant les critères en vigueur en 1980 »[368]. De même, dans

---

session, Supplément nº 40 (A/48/40), vol. II, annexe XII, U.

363 *Judge c. Canada*, constatations adoptées le 5 août 2002, communication nº 829/1998, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément nº 40* (A/58/40), vol. II, annexe V, G, par. 10.3.

364 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 171.

365 *Yoon et Choi c. République de Corée*, constatations adoptées le 3 novembre 2006, communications nº 1321/2004 et nº 1322/2004, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément nº 40* (A/62/40), vol. II, annexe VII, V, par. 8.4.

366 Voir *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), sentence et opinion individuelle concordante, 15 mars 2002, CIRDI, affaire nº ARB/00/2, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 308 et suiv., à la page 317, par. 33 ; voir de même *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, décision sur la compétence, 27 septembre 2001, CIRDI, affaire nº ARB/00/5, ibid., p. 419, par. 97.

367 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1343, nº 22514, p. 89.

368 Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *C v. H* [2009], NZCA 100, par. 175 à 177, 195 et 196 (juge Baragwanath) ; voir aussi par. 31 (juge Chambers) : « Il est impossible de réviser le texte rédigé et adopté en 1980, car toute révision devrait être acceptée par un très grand nombre d'États contractants. Les transformations qui s'imposent pour accompagner les tendances sociales ou autres doivent se réaliser par des évolutions de l'interprétation. Aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des

une série d'affaires relative à l'interprétation du traité instituant l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord[369] au regard des changements intervenus sur le plan de la sécurité internationale depuis la fin de la guerre froide, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a également jugé que les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), « pouvaient acquérir de l'importance pour la signification du traité » et a conclu que tel avait été le cas[370].

20) D'autres décisions rendues par des juridictions nationales confirment que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure visés à l'article 31, paragraphe 3, et à l'article 32 ne vont pas nécessairement dans le sens des interprétations évolutives d'un traité. Ainsi, dans l'arrêt *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, la Cour suprême des États-Unis a été amenée à déterminer si l'expression « lésion corporelle » figurant à l'article 17 de la Convention de Varsovie de 1929[371] visait non seulement les lésions physiques mais aussi les blessures purement psychologiques. Au vu des « comportements adoptés depuis 1929 » et des « interprétations retenues par les signataires », la Cour a souligné que, en dépit de certaines initiatives contraires, la plupart des Parties avaient toujours considéré que cette expression ne désignait que les lésions physiques[372].

Conclusion 9
Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. En outre, le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), dépend, entre autres, de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 énonce certains critères pouvant aider à déterminer le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure spécifiques dans le processus d'interprétation dans un cas particulier. Naturellement, le poids à accorder aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure doit aussi être déterminé compte tenu des autres moyens d'interprétation (voir projet de conclusion 2, par. 5).

Paragraphe 1 − poids : clarté, spécificité et autres éléments

2) Le paragraphe 1 concerne le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, et il traite donc à la fois de l'alinéa a) et de l'alinéa b) d'un point de vue général. Il précise que le poids à accorder à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation dépend, entre autres, de sa clarté et de sa

traités, qui est également entrée en vigueur en 1980, il est permis de se livrer à un tel exercice. L'article 31, par. 3) b), de cette convention autorise une interprétation qui reflète "toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité" » ; dans le même sens, Canada, Cour suprême, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1998], *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, vol. 1, p. 982, par. 129 (juge Cory).

369 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 34, nº 541, p. 243.

370 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, vol. 90, p. 286, aux pages 363 et 364, par. 276 ; ibid., vol. 104, p. 151, aux pages 206 et 207.

371 Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXVII, p. 11.

372 États-Unis d'Amérique, Cour suprême, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, 499 U.S. 530, p. 546 à 549 ; voir aussi Royaume-Uni, Chambre des lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, par. 98 et 125 (Lord Hope).

spécificité. L'emploi de l'expression « entre autres » indique que ces critères ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. D'autres critères peuvent concerner le moment où l'accord a été conclu ou celui où la pratique est intervenue[373], l'importance accordée par les parties à un accord particulier ou une pratique particulière, ou la charge de la preuve applicable.

3) Le poids à accorder dans l'interprétation aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dépend souvent de leur clarté et de leur spécificité en relation avec le traité concerné[374]. Ceci est confirmé, par exemple, par des décisions de la Cour internationale de Justice, des sentences arbitrales et des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[375]. La sentence du tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* est instructive :

> Il est vrai que les traités conclus entre une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en considération pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu. Le plaignant a fait une présentation très claire et judicieuse de la pratique suivie par la Bulgarie pour conclure des traités d'investissement postérieurement à la conclusion en 1987 de son traité bilatéral d'investissement avec Chypre. Dans les années 1990, après que le régime communiste eut changé en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement contenant des dispositions relatives au règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris le recours à l'arbitrage du CIRDI. Toutefois, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce puisque les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces Parties contractantes n'entendaient pas donner à la disposition NPF le sens qui aurait pu autrement être déduit de la pratique conventionnelle ultérieure de la Bulgarie. La Bulgarie et Chypre ont négocié une révision de leur traité bilatéral d'investissement en 1998. Les négociations n'ont pas abouti mais ont expressément envisagé une révision des dispositions relatives au règlement des différends [...] On peut déduire de ces négociations que les Parties contractantes du traité bilatéral d'investissement ne considéraient pas elles-mêmes que la disposition NPF s'appliquât aux dispositions relatives au règlement des différends figurant dans d'autres traités bilatéraux d'investissement[376].

4) Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder davantage de poids dans l'interprétation à la pratique ultérieure assez spécifique des États, la Cour européenne des droits de l'homme procède souvent à des évaluations comparatives larges du droit interne ou des positions adoptées par les États au plan international[377]. Dans ce dernier contexte, il ne faut pas oublier que les droits et obligations énoncés dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »)[378] doivent être correctement transposés,

---

[373] Dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, la Cour a privilégié la pratique qui était la plus proche de l'entrée en vigueur, *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, à la page 50, par. 126.

[374] Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice… » (*supra*, note 260), p. 91.

[375] Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 55, par. 38 ; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra*, note 153), p. 231, à la page 259, par. 74 ; OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, adopté le 19 février 2009 ; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Subventions concernant le coton upland (États-Unis − Coton upland)*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005, par. 625.

[376] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, CIRDI, affaire nº ARB/03/24, décision relative à la compétence, 8 février 2005, *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 1 (printemps 2005), p. 262, aux pages 323 et 324, par. 195.

[377] Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, nº 10843/84, 27 septembre 1990, CEDH, série A nº 184, par. 40 ; *Tyrer c. Royaume-Uni*, nº 5856/72, 25 avril 1978, CEDH, série A nº 26, par. 31 ; *Norris c. Irlande*, nº 10581/83, 26 octobre 1988, CEDH, série A nº 142, par. 46.

[378] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales(Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, nº 2889, p. 221.

moyennant la marge d'appréciation autorisée, dans le droit, la pratique exécutive et les accords internationaux de l'État partie concerné. À cette fin, des similarités suffisamment marquées dans la législation nationale de ses États parties peuvent être pertinentes pour déterminer la portée d'un droit de l'homme ou la nécessité des restrictions qui y sont apportées. De plus, le caractère de certains droits ou obligations joue parfois en faveur de la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Par exemple, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour a jugé ce qui suit :

> Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants […] ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite [...] L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 [relatif à l'interdiction du travail forcé] doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement[379].

5) D'autre part, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé « que l'on [pouvait] dire qu'un consensus international se [faisait] jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie »[380], mais elle a finalement déclaré qu'elle n'était « pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants consid[éraient] comme souhaitables dans une situation donnée »[381].

Paragraphe 2 − poids : répétition d'une pratique et autres facteurs

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 traite uniquement de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et indique que, outre les critères mentionnés au paragraphe 1, le poids à lui accorder dépend également, entre autres, de la mesure dans laquelle elle est répétée et de la manière dont elle est répétée. La formule « de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée » renvoie à l'élément temporel et au caractère de la répétition. Elle indique, par exemple, qu'en fonction du traité concerné, davantage qu'une répétition simplement technique ou irréfléchie d'une pratique peut contribuer à la valeur de celle-ci pour l'interprétation dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 b). L'élément temporel et le caractère de la répétition servent aussi à indiquer le « fondement » d'une position particulière des parties concernant l'interprétation d'un traité. De plus, la non-application d'un accord ultérieur peut donner à penser qu'il n'a guère de poids comme moyen d'interprétation au regard de l'article 31, paragraphe 3 a)[382].

7) La question de savoir si une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)[383], doit être davantage qu'une application isolée du traité a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II* :

> une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité[384].

8) Cette définition porte à croire que la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), doit être davantage qu'un « acte ou [une] déclaration » concernant l'interprétation du traité, mais bien des actes assez fréquents et uniformes pour que l'on puisse légitimement conclure que les parties sont parvenues à un accord établi au sujet de

---

379 *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010, CEDH 2010 (extraits), par. 285 ; voir aussi par. 273 et 274.

380 *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, 18 janvier 2001, CEDH 2001-I, par. 93.

381 Ibid., par. 94.

382 *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 22), p. 63, par. 131.

383 Voir *supra*, projet de conclusion 4, par. 2.

384 OMC, rapport de l'Organe d'appel *Japon − Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, sect. E, p. 12 et 13 (notes omises).

l'interprétation du traité. Un tel seuil implique que, pour établir un accord entre les parties au sujet de l'interprétation, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), doit être une forme de pratique commune répandue, établie et caractérisée.

9) La Cour internationale de Justice, d'autre part, a appliqué l'article 31, paragraphe 3 b), avec davantage de souplesse, sans ajouter de nouvelles conditions. Ceci est vrai, en particulier, de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*[385]. D'autres juridictions internationales ont pour l'essentiel suivi l'approche de la Cour internationale de Justice. Tel est le cas du Tribunal des différends irano-américains [386] et de la Cour européenne des droits de l'homme[387].

10) La différence entre le critère formulé par l'Organe d'appel de l'OMC d'une part et l'approche de la Cour internationale de Justice de l'autre est toutefois plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir tiré la formule « concordant, commun et d'une certaine constance » d'une publication[388] selon laquelle « la valeur de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance »[389]. La formule « concordante, commune et d'une certaine constance » donne ainsi une indication quant aux circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), aura plus ou moins de poids comme moyen d'interprétation dans un processus d'interprétation, mais elle n'exige pas une fréquence particulière de la pratique[390]. L'Organe d'appel de l'OMC lui-même a à l'occasion adopté cette position nuancée[391].

11) La Commission, tout en estimant que la formule « concordante, commune et d'une certaine constance » peut être utile pour déterminer le poids à accorder à la pratique ultérieure dans une affaire donnée, considère également qu'elle n'est pas suffisamment établie pour définir un seuil minimum quant à l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b), et qu'elle risque d'être considérée à tort comme indûment prescriptive. Finalement, la Commission continue de penser que « [l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des

---

385 *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1075 et 1076, par. 47 à 50 et p. 1087, par. 63 ; *Différend territorial* (voir *supra*, note 22), p. 34 à 37, par. 66 à 71.

386 Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (voir *supra*, note 156), p. 77, aux pages 116 à 126, par. 109 à 133.

387 *Soering c. Royaume-Uni*, nº 14038/88, 7 juillet 1989, CEDH, série A nº 161, par. 103 ; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, nº 15318/89, 23 mars 1995, CEDH, série A nº 310, par. 73 et 79 à 82 ; *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* (déc.) [GC], nº 52207/99, CEDH 2001-XII, par. 56 et 62 ; en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, voir O.K. Fauchald, « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals − An Empirical Analysis », *European Journal of International Law*, vol. 19, nº 2 (2008), p. 301, à la page 345 ; voir aussi A. Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, p. 207 à 215.

388 Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 137 ; voir aussi Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 48 et 49 ; si le terme « commune » est tiré des travaux de la Commission du droit international, l'expression « d'une certaine constance » et « concordante » sont des conditions que Yasseen identifie en poursuivant son raisonnement ; voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 106 et 107, par. 17 et 18 et p. 241 et 242, par. 15.

389 Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20) ; Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (voir *supra*, note 156), p. 77, à la page 118, par. 114.

390 *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, partie II, p. 53 à 264, à la page 187, par. 169 ; J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, p. 644 à 647 (« valeur probatoire ») ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra*, note 191), p. 46 ; Dörr, « Article 31…» (voir *supra*, note 61), p. 598, par. 80 ; voir aussi les plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 32 à 36, par. 7 à 19 (Wood), à consulter à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf et CR 2012/36, p. 13 à 18, par. 6 à 21 (Wordsworth), à consulter à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

391 OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE − Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, 22 juin 1998, par. 93.

termes »[392]. Ceci implique qu'une pratique isolée des parties établissant leur accord sur l'interprétation doit être prise en considération en application de l'article 31, paragraphe 3 b)[393].

12) Le poids d'une pratique ultérieure peut aussi (« entre autres ») dépendre d'autres facteurs, tels que la constance et l'ampleur. Une pratique ultérieure est plus ou moins constante selon que des comportements s'écartent ou non exceptionnellement des grandes lignes de la pratique par ailleurs établie et selon la mesure dans laquelle ces comportements s'écartent de cette pratique. L'ampleur d'une pratique correspond au nombre de parties qui suivent cette pratique, par laquelle l'accord de toutes les parties est établi.

Paragraphe 3 − poids à accorder à une pratique ultérieure au sens de l'article 32

13) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 9 traite du poids qui doit être accordé à la pratique ultérieure au sens de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, par. 3). Il ne traite pas de la question de savoir quand et dans quelles circonstances une telle pratique peut être prise en considération. L'Organe d'appel de l'OMC a souligné, dans une situation comparable, que les deux questions devaient être distinguées :

> nous estimons que les Communautés européennes amalgament la question préliminaire de savoir ce qui peut être considéré comme une « circonstance » dans laquelle un traité a été conclu et la question distincte de la détermination du degré de pertinence qui peut être attribué à une circonstance donnée, aux fins de l'interprétation au titre de l'article 32 [394].

L'Organe d'appel a aussi déclaré ce qui suit :

> premièrement, le Groupe spécial n'a *pas* examiné la pratique de classement en vigueur dans les Communautés européennes pendant les négociations du Cycle d'Uruguay *en tant que moyen complémentaire d'interprétation* au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne* ; et, deuxièmement, la valeur de la pratique de classement en tant que moyen complémentaire d'interprétation[395].

Pour déterminer la « pertinence » d'une telle pratique ultérieure, l'Organe d'appel a invoqué des « facteurs objectifs » :

> Ces facteurs comprennent le type d'événement, de document ou d'instrument et sa nature juridique ; la relation temporelle entre la circonstance et la conclusion du traité ; une connaissance effective ou le simple accès à un acte ou instrument publié ; le sujet du document, de l'instrument ou de l'événement en relation avec la

[392] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 242, par. 15) ; Cot, « La conduite subséquente des parties… » (voir *supra*, note 390), p. 652.

[393] En fait, une pratique isolée sera souvent insuffisante pour établir un accord des parties concernant l'interprétation du traité ; toutefois, en règle générale, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ne doit pas nécessairement être répétée mais doit seulement attester l'existence d'un accord concernant l'interprétation. La probabilité qu'un accord soit établi par une pratique isolée dépend ainsi de l'acte et du traité en question, voir E. Lauterpacht, « The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals », *Recueil des cours… 1976*, vol. 152, p. 377 à 466, à la page 457 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (*supra*, note 67), p. 166 ; C. F. Amerasinghe, « Interpretation of texts in open international organizations », *British Yearbook of International Law 1994*, vol. 65, p. 175, à la page 199 ; Villiger argumente en faveur d'une certaine fréquence, mais souligne que l'important est qu'un accord soit établi, Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 431, par. 22. Selon Yasseen et Sinclair, une pratique ne peut « en général » être établie par un acte unique, Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 47 ; Sinclair, *The Vienna Convention…* (voir *supra*, note 20), p. 137 ; voir Nolte, « Subsequent agreement and subsequent practice of States… » (voir *supra*, note 62), p. 310.

[394] OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE − Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et Corr.1 et WT/DS286/AB/R et Corr.1, adopté le 27 septembre 2005, par. 297.

[395] OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE − Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, par. 92 (note omise, souligné dans l'original).

disposition conventionnelle à interpréter ; et le point de savoir si ou comment ceux-ci ont été utilisés dans la négociation du traité ou l'ont influencée[396].

14) Si l'Organe d'appel n'a pas utilisé le terme « spécificité », il s'est référé aux critères mentionnés ci-dessus. Au lieu de la clarté, l'Organe d'appel s'est référé à la « constance » et il a déclaré que la constance ne devait pas être considérée comme fixant un point de repère mais bien prise en compte pour déterminer le degré de pertinence. « Une pratique de classement antérieure cohérente peut souvent être pertinente. Une pratique de classement incohérente, par contre, *ne peut pas* être pertinente pour interpréter une concession tarifaire. »[397].

15) Un autre facteur qui aide à déterminer la pertinence au regard de l'article 32 peut être le nombre d'États affectés qui adoptent la pratique en cause. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit :

> Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'*une* des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance[398].

Dans le même temps, il est vrai que

> (il) serait assez nouveau dans les affaires d'arbitrage en matière d'investissements, voire potentiellement préoccupant en termes de régularité de la procédure, qu'un poids important, et à plus forte raison un poids décisif, puisse être accordé à la déclaration ultérieure unilatérale d'un État »[399]. [traduction]

Conclusion 10
Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Un tel accord peut être juridiquement contraignant, mais n'a pas besoin de l'être pour qu'il en soit tenu compte.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − « communauté de vues »

1) La première phrase du paragraphe 1 énonce le principe selon lequel un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues des parties au sujet de l'interprétation du traité. Pour que cette communauté de vues ait l'effet prévu à l'article 31, paragraphe 3, les parties doivent en avoir connaissance et accepter l'interprétation qu'elle traduit. Si la différence relative à la forme d'un « accord » au sens de l'alinéa a) et de l'alinéa b) a déjà été indiquée dans le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif[400], le paragraphe 1 du projet de conclusion 10 vise à exprimer ce qui est commun aux deux alinéas, à savoir l'accord entre les parties, en substance, au sujet de l'interprétation du traité.

[396] *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra*, note 394), par. 290 (note omise).
[397] Ibid., par. 307 (note omise, souligné dans l'original) ; voir aussi *CE − Matériels informatiques* (voir *supra*, note 395), par. 95.
[398] *CE − Matériels informatiques* (voir *supra*, note 395), par. 93 (souligné dans l'original).
[399] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay* (voir *supra*, note 136), par. 476.
[400] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 10).

2) L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), d'une part, de toute autre pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[401], de l'autre, est l'« accord » de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. C'est cet accord des parties qui donne aux moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3[402], leurs fonction et poids spécifiques aux fins du processus interactif d'interprétation dans l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[403].

3) L'expression de positions contraires au sujet de l'interprétation par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Ceci a été confirmé, entre autres, dans l'affaire de la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le Tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire l'existence d'un « accord ultérieur tacite » d'un certain nombre de communications des institutions chargées d'administrer l'accord dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente[404].

4) Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure où les positions des parties divergent et tant que cette divergence perdure. Le fait que des États appliquent un traité différemment n'autorise pas en soi à conclure à l'existence de positions divergentes au sujet de l'interprétation de ce traité. Une telle divergence peut traduire un désaccord sur la (seule) interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité autorise une certaine marge d'appréciation discrétionnaire dans son application[405]. Les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple, visent à une interprétation uniforme mais laissent aussi aux États la possibilité d'exercer un pouvoir d'appréciation.

5) Si un comportement équivoque de l'une ou plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord[406], tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre ce comportement équivoque. Dans l'affaire du *Canal de Beagle*, par exemple, la Cour d'arbitrage a jugé que bien qu'à un moment donné les parties aient eu une divergence d'opinion au sujet de l'interprétation du traité, ce fait n'établissait pas nécessairement que l'absence d'accord fût permanente :

> De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne peuvent guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties de valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du traité, dans la mesure où ces actes ont été accomplis au cours du processus des négociations. Il n'y a pas lieu d'y accorder plus d'importance [407].

---

401 Voir *supra*, projets de conclusions 3 et 4, par. 3.

402 Voir Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (*supra*, note 224), p. 30 : « Il n'y a aucune raison de penser qu'à l'alinéa b) le mot "accord" n'a pas le même sens qu'à l'alinéa a) ».

403 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 2, par. 12) à 15) ; l'article 31 doit être « lu comme un tout » et envisage le processus d'interprétation comme « une seule opération complexe » et « n'établit pas une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités », *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, par. 8), et p. 239 et 240, par. 9).

404 *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, partie III, p. 67 à 145, aux pages 103 et 104, par. 31 ; voir aussi *CE − Matériels informatiques* (*supra*, note 395), par. 95 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau* (*supra*, note 343), p. 175, par. 66.

405 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 7, par. 12) à 15).

406 *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra*, note 153), p. 258, par. 70 ; Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra*, note 309), p. 16.

407 *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI,

6) De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'étendue des restrictions dont était assortie l'acceptation par les parties de la compétence de la Commission et de la Cour était « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes », cette pratique « dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 [...] de la Convention ne permettent pas de restrictions territoriales ou portant sur le contenu »[408]. La Cour, appliquant l'article 31, paragraphe 3 b), a décrit « cette pratique [...] des États » comme étant « uniforme et cohérente », tout en reconnaissant que la pratique de deux États constituait peut-être une exception[409]. Cette décision porte à croire que l'interprète, du moins en vertu de la Convention européenne, dispose d'une certaine marge d'appréciation pour décider si un accord des parties sur telle ou telle interprétation est établi[410].

7) Le terme « accord », dans la Convention de Vienne de 1969[411], n'implique aucun formalisme particulier[412], y compris à l'article 31, paragraphe 3 a) et b)[413]. La Commission a toutefois noté, pour distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), d'une pratique ultérieure « par laquelle est établi l'accord » des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), que le premier présuppose un « acte commun »[414]. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne doit pas nécessairement être publié ni enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies[415].

8) Pour qu'il y ait accord « commun » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), il est parfois suffisant que les parties arrivent individuellement aux mêmes vues, mais il est parfois nécessaire qu'elles aient les unes et les autres connaissance de cette communauté de vues. Dans l'affaire concernant l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), à la condition que l'interprétation des autorités du Caprivi quant à la frontière fixée par le traité « ait été pleinement connu[e] et accepté[e] par les autorités du Bechuanaland »[416]. Dans

partie II, p. 53 à 264, à la page 188, par. 171.

408 *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), nº 15318/89, 23 mars 1995, CEDH, série A nº 310, par. 79 et 81.

409 Ibid., par. 80 et 82 ; l'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier mais la question de savoir si un État était ou n'était pas lié par la Convention.

410 La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC donne à penser que différents interprètes peuvent évaluer les choses de manière différente, voir *États-Unis − Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro »)*, WT/DS294/R, adopté le 9 mai 2006, par. 7.218 : « même s'il était établi de manière concluante que tous les 76 membres mentionnés par les communautés européennes ont adopté une [certaine] pratique [...], cela signifierait uniquement qu'un nombre considérable de membres de l'OMC ont adopté une approche différente de celle des États-Unis. [...] Nous notons qu'une tierce partie dans la présente procédure a présenté des arguments contestant l'opinion des communautés européennes ».

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

412 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 5) ; confirmé par la Cour permanente d'arbitrage dans l'*Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, à consulter à l'adresse https://pcacases.com/web/sendAttach/383, p. 47, par. 165 ; Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 45 ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra*, note 191), p. 47.

413 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 5) ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 231, 232 et 243 à 247 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 213 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 594, par. 75 ; R. Gardiner, « The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation », dans *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 475 et 483.

414 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 10) ; un « acte commun » peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), p. 1, aux pages 54 à 56 ; Fox, « Article 31 (3) (a) and (b)… » (*supra*, note 62), p. 63 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (*supra*, note 19), p. 248 et 249.

415 Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra*, note 86), p. 789 et 790.

416 *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1094, par. 74 (« l'occupation de l'île par les Masubia ») et p. 1077, par. 55 (« le rapport Eason » qui « sembl[ait] n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne ») ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 602 et 603, par. 89.

certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national.

Paragraphe 1, deuxième phrase − effets juridiques possibles d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b)

9) L'objet de la deuxième phrase du paragraphe 1 est de réaffirmer qu'en soi un « accord » aux fins de l'article 31, paragraphe 3, n'est pas nécessairement contraignant en droit[417], alors que dans d'autres dispositions de la Convention de Vienne, le terme « accord » s'entend d'un instrument juridiquement contraignant[418].

10) Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final de son projet d'articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, la formule « any subsequent practice which establishes the understanding of the parties »[419]. Le mot « understanding » donne à penser que le terme « agreement » à l'article 31, paragraphe 3, n'exige pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité[420]. La Conférence de Vienne a remplacé le terme « understanding » par « agreement », non pas pour une raison de fond, mais pour des motifs portant « uniquement sur des points de rédaction » afin de souligner que les parties devaient avoir des « vues communes »[421]. Un « accord » au sens du paragraphe 3 a) de l'article 31 n'est pas non plus nécessairement contraignant en droit[422].

11) Il suffit que les parties, par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3,, attribuent un certain sens au traité[423] ou, en d'autres termes, adoptent certaines « vues communes » au sujet du traité[424]. Même s'ils ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens

---

[417] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 4, par. 6) ; P. Gautier, « Non-Binding Agreements », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 14 ; Benatar, « From Probative Value to Authentic Interpretation… » (voir *supra*, note 62), p. 194 et 195 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 213 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 244 ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (*supra*, note 62), p. 307, à la page 375.

[418] Voir art. 2 (par.1 a)), 3, 24 (par.2), 39 à 41, 58 et 60.

[419] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241 et 242, par. 15).

[420] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, partie II, p. 53 à 264, à la page 187, par. 169 ; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, 16 mai 1980, ibid., vol. XIX, p. 67 à 145, aux pages103 et 104, par. 31 ; Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 190 à 195 ; Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra*, note 309), p. 25 et 26 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 169 à 171.

[421] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités…* (A/CONF.39/11) (voir *supra*, note 193), 31e séance, 19 avril 1968, p. 169, par. 59 (Australie) ; P. Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet (dir. publ.) (Bruxelles, Bruylant, 2007), p. 425 à 454, à la page 431 (« La lettre *a* du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme "accord" est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au "traité" défini à l'article 2 de la [C]onvention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique. »).

[422] Voir Gautier, « Non-binding agreements » (*supra*, note 417), par. 14 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 211 et 213.

[423] Cette terminologie suit le commentaire de la directive 1.2. (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10/Add.1), par. 18) et 19).

[424] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 221 et 222, par. 15) et 16) (utilise le terme « accord » (*understanding*) tant dans le contexte de ce qui est devenu l'article 31, par.3 a), que dans celui de ce qui est devenu l'article 31, par. 3 b)).

de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), peuvent néanmoins, en tant que moyens d'interprétation, entraîner des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation en application de l'article 31[425]. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment en conséquence pas nécessaire qu'un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, traduise l'intention des parties de créer des engagements juridiquement contraignants nouveaux ou distincts[426]. De même, des mémorandums d'accord ont dans certains cas été considérés comme pouvant constituer « une aide potentiellement importante à l'interprétation » − mais « non une source de droits et d'obligations de caractère indépendant »[427].

Paragraphe 2 − formes de participation à la pratique ultérieure

12) La première phrase du paragraphe 2 confirme le principe selon lequel il n'est pas nécessaire que toutes les parties suivent une pratique particulière pour qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), soit constitué. La deuxième phrase précise que le silence ou l'inaction des parties qui ne suivent pas la pratique concernée peut de fait, dans certaines circonstances, valoir acceptation de celle-ci.

13) Dès le départ, la Commission a reconnu qu'un « accord » découlant d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), pouvait résulter, pour une part, du silence ou de l'inaction d'une ou de plusieurs parties. Expliquant pourquoi elle avait utilisé l'expression « l'accord des parties » à l'article 27, paragraphe 3 b), (qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 b), voir par. 10) ci-dessus), et non l'expression « l'accord de *toutes* les parties », la Commission a indiqué ce qui suit :

> Elle a considéré que la formule "l'accord de toutes les parties" [sic] désigne nécessairement "les parties dans leur ensemble". Elle n'a omis le mot "toutes" que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée[428].

14) La Cour internationale de Justice a également reconnu la possibilité qu'un accord au sujet de l'interprétation s'exprime par le silence ou l'inaction lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire du *temple de Préah Vihéar*, que lorsqu'« il est clair que les circonstances [sont] de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction », « l'on doit [...] conclure à [l']acquiescement » de l'État confronté à une certaine conduite ultérieure d'une autre

[425] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow, sentence arbitrale rendue relativement à la première question*, 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente : E/F.04.V.18), p. 1 à 359, à la page 131, par. 6.7 ; Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra*, note 86), p. 787 et 807 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra*, note 67), p. 173 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 110 à 113 ; Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne… » (voir *supra*, note 421), p. 434.

[426] Par exemple, « une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon − Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, sect. E, p. 13) ; ou « une attitude [...] dev[ant] supposer un *accord* sur l'interprétation de la disposition pertinente » (OMC, rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes et leurs États membres − Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R, WT/DS376/R et WT/DS377/R, adopté le 21 septembre 2010, par. 7.558) ; ou « une pratique [qui] traduit un accord quant à l'interprétation » (Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (voir *supra*, note 156), p. 77, à la page 119, par. 116 ; ou que « la pratique suivie par les États contractants » « montre qu'ils ne redoutaient pas » (*Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* (déc.) [GC], nº 52207/99, CEDH 2001-XII, par. 62) ; « [L]e Tribunal n'est lié par les opinions d'aucun des États parties. Bien que le tribunal doive 'prendre en considération' tout accord ultérieur conclu entre les États parties conformément à l'article 31 (par. 3 a)) [de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités], l'interprétation correcte de l'article 10.18 et la manière dont il doit être appliqué aux faits de l'espèce relève exclusivement de ce Tribunal » [traduction] : *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru* (voir *supra*, note 29), par. 156.

[427] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant l'aéroport de Heathrow* (voir *supra*, note 425), p. 131, par. 6.7 ; voir aussi *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine* (voir *supra*, note 24), p. 98, par. 157.

[428] *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241 et 242, par. 15).

partie[429]. Cette proposition générale de la Cour concernant le rôle du silence aux fins d'établir un accord relatif à l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée par des décisions plus récentes[430], et est d'une manière générale approuvée par la doctrine[431]. Les « circonstances » qui « appellent une réaction » comprennent le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité[432].

15) Dans l'affaire du *Canal de Beagle*[433], la Cour d'arbitrage a examiné l'argument de l'Argentine selon lequel les actes de souveraineté du Chili sur certaines îles ne pouvaient constituer une pratique ultérieure puisque l'Argentine n'avait pas réagi à ces actes. Elle a cependant conclu ce qui suit :

> Les termes de la Convention de Vienne ne précisent pas comment un accord peut se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir un titre indépendant des termes du traité ; ils ne pouvaient non plus être considérés comme en contradiction avec ces termes tels que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve attestent qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient procéder que du Traité. Dans ces circonstances, il peut être déduit du silence de l'Argentine que les actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du Traité indépendante des actes de souveraineté eux-mêmes[434].

Dans la même affaire, la Cour d'arbitrage a déclaré ce qui suit :

> La seule publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme la Cour l'a déjà montré) un statut et une valeur extrêmement douteux, ne pouvait pas − même si ces cartes n'en représentaient pas moins la position officielle de l'Argentine − empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontraient, corrélativement, son propre point de vue sur ce qu'étaient ses droits en vertu du Traité de 1881 − pas plus que cette publication ne pouvait en soi libérer l'Argentine de toute nécessité de réagir à ces actes si elle les considérait comme contraires au traité[435].

---

[429] *Affaire du temple de Préah Vihéar* (voir *supra*, note 110), p. 23.

[430] Voir aussi *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), *exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, à la page 410, par. 39 ; *Le Procureur* c. *Anto Furundžija* (voir *supra*, note 353), par. 165 et suiv., au paragraphe 179 ; *Rantsev* c. *Chypre et Russie*, nº 25965/04, 7 janvier 2010, CEDH 2010 (extraits), par. 285 ; prudemment : OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE − Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et Corr.1, WT/DS286/AB/R et Corr.1, adopté le 27 septembre 2005, par. 272 ; voir aussi, pour une position limitée, Tribunal des différends irano-américains, sentence nº 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983), p. 141, à la page 144 ; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 67 à 145, aux pages 103 et 104, par. 31.

[431] Kamto, « La volonté de l'État en droit international » (voir *supra*, note 154), p. 134 à 141 ; Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 49 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 267 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra*, note 37), p. 431, par. 22 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 599 et 600, 601 et 602, par. 84 et 87.

[432] Par exemple lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une organisation internationale, voir *Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995* (*ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce*), *arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011*, p. 644, aux pages 675 et 676, par. 99 à 101 ; Kamto, « La volonté de l'État en droit international » (voir *supra*, note 154), p. 136.

[433] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, partie II, p. 53 à 264.

[434] Ibid., p. 187, par. 169 a).

[435] Ibid., p. 188, par. 171.

16) L'importance que revêt le silence dépend également de la situation juridique à laquelle se rapporte la pratique ultérieure de l'autre partie et de la revendication ainsi exprimée. Par exemple, dans l'affaire concernant la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour internationale de Justice a jugé ce qui suit :

> Certaines de ces activités − organisation de services publics de santé et d'enseignement, maintien de l'ordre, administration de la justice − pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain. La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria[436].

17) Cet arrêt porte à croire que dans les affaires concernant des traités délimitant une frontière, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction face à une conduite qui va à l'encontre de la délimitation. Dans de telles situations, il semble exister une forte présomption que le silence ou l'inaction ne constitue pas une acceptation de la pratique[437].

18) La pertinence du silence ou de l'inaction dans l'établissement d'un accord au sujet de l'interprétation dépend dans une large mesure des circonstances de chaque espèce. Des décisions de cours et tribunaux internationaux démontrent qu'il n'est pas facile d'établir qu'une ou plusieurs parties ont, par leur silence ou leur inaction, accepté une pratique.

19) Les cours et tribunaux internationaux ont, par exemple, été réticents à admettre que des travaux parlementaires ou des décisions de tribunaux internes soient considérés comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), à laquelle les autres parties au traité devaient en principe réagir, même si ces travaux ou décisions ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leur propre service diplomatique[438].

20) De plus, même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) au sujet de l'interprétation d'un traité, ce fait n'appelle pas nécessairement une réaction de l'autre ou des autres parties. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'absence de réaction d'un État aux conclusions d'une commission mixte d'experts qui avait été chargée par les parties de déterminer une situation factuelle particulière au sujet d'une question en litige n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend[439]. La Cour a jugé que les parties avaient considéré les travaux des experts comme une simple étape préparatoire en vue d'une décision à prendre ultérieurement au niveau politique. Sur un plan plus général, l'Organe d'appel de l'OMC a jugé ce qui suit :

> dans des situations spécifiques, l' « absence de réaction » ou le silence d'une partie particulière à un traité [peut], compte tenu des circonstances entourant l'affaire, être compris comme une acceptation de la pratique suivie par d'autres parties. De telles situations peuvent se présenter lorsqu'une partie qui n'a pas suivi une pratique a eu connaissance ou a été informée de la pratique suivie par d'autres

[436] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 352, par. 67.

[437] Ibid., p. 351, par. 64 : « La Cour note toutefois que, dès lors qu'elle a conclu que la frontière dans le lac Tchad se trouvait délimitée [...] les éventuelles effectivités nigérianes doivent bien être considérées, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme des actes *contra legem* » ; voir aussi *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 586, par. 63 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (voir *supra*, note 343), p. 181, par. 70.

[438] *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra*, note 22), p. 650, par. 48 ; OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE − Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et Corr.1, WT/DS286/AB/R et Corr.1, adopté le 27 septembre 2005, par. 334 (« le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation ») ; voir aussi Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 21 décembre 2016, affaire C-104/16 P, *Conseil c. Front Polisario* (2016), *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice* 973, par. 118.

[439] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra*, note 22), p. 1089 à 1091, par. 65 à 68.

parties (par exemple, au moyen d'une notification ou à l'occasion de sa participation à une réunion où cette pratique a été examinée), mais ne réagit pas[440].

Le Tribunal international du droit de la mer a confirmé cette approche. Tenant compte de la pratique des États dans l'interprétation des articles 56, 58 et 73 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

> Le Tribunal reconnaît que la législation nationale de plusieurs États, non seulement en Afrique de l'Ouest mais aussi dans d'autres régions du monde, réglemente le soutage des navires étrangers qui pêchent dans leur zone économique exclusive, comme le fait celle de la Guinée-Bissau. Le Tribunal note également l'absence d'objection formelle à une telle législation, celle-ci étant généralement respectée[441].

21) Dans certaines décisions, des juridictions nationales ont reconnu que le silence d'une partie à un traité ne pouvait être considéré comme une acceptation que « lorsque les circonstances appel[aient] une réaction »[442]. Dans des contextes de coopération particuliers, il a parfois été considéré que tel était bien le cas, par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral prévoyant une forme de coopération particulièrement étroite[443]. La situation peut être différente lorsque la forme de coopération envisagée par le traité intervient dans le cadre d'une organisation internationale dont les règles interdisent d'utiliser la pratique des parties et leur silence à des fins d'interprétation[444].

22) L'importance juridique possible du silence ou de l'inaction face à une pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à contribuer à la possibilité d'un accord commun, mais peut aussi jouer un rôle dans l'application des règles fondées sur l'absence de consentement, comme l'estoppel, l'inopposabilité ou la prescription[445].

23) Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, de portée et de contenu différents. Dans un tel cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique à compter de la date où il naît, au moins avec effet pour l'avenir[446]. Il ne faut toutefois pas supposer à la légère l'existence d'une telle situation, car les États ne modifient habituellement pas leur interprétation d'un traité en fonction de considérations à court terme.

24) Il se peut également qu'un désaccord naisse entre les parties au sujet de l'interprétation du traité après qu'elles sont parvenues à un accord ultérieur sur cette interprétation. Ce désaccord ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur qui l'a précédé, puisque le principe de la bonne foi interdit à une partie de décevoir purement et simplement les attentes légitimes qui ont été créées par l'interprétation commune[447]. Par contre, le désaveu clairement exprimé par une partie d'un accord antérieur

---

[440] OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra*, note 438, par. 272 (note omise).

[441] *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, *TIDM Recueil 2014*, par. 218.

[442] Suisse, Tribunal fédéral, arrêt du 17 février 1971, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 97 I, p. 359 aux pages 370 et 371.

[443] Voir États-Unis, Cour suprême, *O'Connor v. United States, Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 479, aux pages 33 à 35 ; Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, vol. 59, p. 63, aux pages 94 et 95.

[444] Voir Royaume-Uni, Cour suprême : d'une part, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority*, 2012, arrêt n° 22, par. 68 à 71 (Lord Phillips), et d'autre part, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania*, 2013, arrêt n° 71, par. 39 à 43 (Lord Mance).

[445] *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, à la page 182 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

[446] Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra*, note 273), p. 118 ; ceci signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne remonte pas nécessairement à la date de l'entrée en vigueur du traité, comme le soutient Yasseen, « L'interprétation des traités… » (voir *supra*, note 20), p. 47.

[447] Karl, *Vertrag und spätere Praxis…* (voir *supra*, note 75), p. 151.

découlant d'une pratique commune « [tend] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure », sans toutefois réduire celle de la pratique commune antérieurement suivie[448].

Quatrième partie
Aspects particuliers

Conclusion 11
Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion de parties à un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté lorsque ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond au sujet de l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 concerne une forme particulière d'action des États d'où peuvent résulter un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 de l'article 31, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 32, à savoir des décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties[449].

Paragraphe 1 − définition des conférences des parties

2) Les conférences des parties sont utilisées dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux[450]. Ces conférences se répartissent de façon générale en deux catégories de base. Il y a d'une part certaines conférences qui sont en réalité un organe d'une organisation internationale, au sein desquelles les États parties agissent en leur qualité de membres dudit organe (par exemple, réunions des parties de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et de l'Organisation de l'aviation civile internationale)[451]. De telles conférences

[448] *Différend maritime (Pérou c. Chili), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, à la page 52, par. 142.

[449] Elles sont aussi désignées, notamment, par les termes suivants : « réunions des Parties » ou « assemblées des États parties ».

[450] Voir V. Röben, « Conference (Meeting) of States Parties » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), p. 605 ; R. R. Churchill et G. Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law », *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 623 à 659 ; J. Brunnée, « COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 1 à 52 ; A. Wiersema, « The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements », *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), p. 231 à 287 ; L. Boisson de Chazournes, « Environmental treaties in time », *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), p. 293 à 298.

[451] Accord de Marrakech portant création de l'Organisation mondiale du commerce (1994) (voir *supra*, note 66) ; 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 (1993) (voir *supra*, note 164) ; Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago, 1944), Nations Unies, *Recueil*

ne relèvent pas du champ du projet de conclusion 11, qui ne traite pas de la pratique ultérieure des organisations internationales ou en leur sein[452]. Il y a d'autre part des conférences des parties qui sont convoquées s'agissant de traités qui n'établissent pas une organisation internationale mais qui prévoient simplement, ou autorisent, des réunions plus ou moins périodiques des parties aux fins de l'examen et de l'application du traité. Ces conférences d'examen sont le cadre dans lequel s'inscrit la coopération des parties ainsi que leur conduite ultérieure en ce qui concerne le traité. Chacun de ces deux types de conférence des parties peut également avoir des pouvoirs spécifiques s'agissant de la modification ou de l'adaptation des traités. Tel est le cas, par exemple, du processus des conférences d'examen de la Convention de 1972 sur les armes biologiques[453], de la Conférence d'examen prévue à l'article VIII (par. 3) du Traité sur la non-prolifération de 1968[454], ainsi que des conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement[455]. La Commission baleinière internationale créée par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine[456] constitue un cas limite entre les deux catégories de conférences des parties, dont la pratique ultérieure a été examinée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt concernant l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*[457].

3) Puisqu'elles sont habituellement établies par un traité, les conférences des parties sont, en un sens, des « organes conventionnels ». Elles ne doivent pas pour autant être confondues avec des organes composés d'experts indépendants (voir le projet de conclusion 13) ou des organes à composition restreinte. Les conférences des parties sont des réunions plus ou moins périodiques qui sont ouvertes à l'ensemble des parties à un traité. Les Conférences des États parties peuvent être prévues par les traités à participation universelle, ainsi que par les traités auxquels la participation est plus limitée.

4) Afin de tenir compte de la grande diversité des conférences des parties et des règles qui les régissent, le paragraphe 1 donne une large définition du terme « conférence des parties » aux fins du projet de conclusions, qui n'exclut que le cas où les États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale (lequel fera l'objet d'un autre projet de conclusion). Le terme englobe donc aussi les conférences des parties à un traité dont les parties ne sont pas uniquement des États.

---

des Traités, vol. 15, nº 102, p. 295.

[452] Voir *infra*, projet de conclusion 12.

[453] Voir 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 (1972) (voir *supra*, note 163), art. XI. Selon ce mécanisme, les États parties se réunissent « afin d'examiner le fonctionnement de la Convention, en vue de s'assurer que les objectifs énoncés dans le préambule et les dispositions de la Convention […] sont en voie de réalisation. À l'occasion de cet examen, il est tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention. » (art. XII).

[454] Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (1968), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 729, nº 10485, p. 161 ; l'article VIII (par. 3) dispose qu'une conférence des Parties aura lieu cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité et, si elle en décide ainsi, à des intervalles de cinq ans par la suite, « afin d'examiner le fonctionnement du présent traité en vue de s'assurer que les objectifs du préambule et les dispositions du traité sont en voie de réalisation ». En procédant de la sorte, les États parties examinent le fonctionnement du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

[455] On citera, au nombre des exemples, la Conférence des Parties de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, nº 30822, p. 107), la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto, 1997) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, nº 30822, p. 161), et la Conférence des Parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (Convention de Ramsar, 1971) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 996, nº 14583, p. 245).

[456] Il est souvent dit que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière internationale possède des fonctions qui la font relever de la définition de la conférence des parties retenue ici.

[457] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*), *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 248, par. 46.

Paragraphe 2, première phrase − effets juridiques des décisions

5) La première phrase du paragraphe 2 vise à reconnaître que la portée juridique de tout acte entrepris par une conférence des parties dépend tout d'abord des règles qui régissent ladite conférence, notamment le traité constitutif et tout règlement intérieur applicable. Les conférences des Parties exécutent toute une série d'actes, dont l'examen de l'application du traité, l'examen du traité lui-même, et la prise de décisions en vertu des procédures d'amendement[458].

6) Les pouvoirs d'une conférence des parties peuvent faire l'objet de clauses générales ou de dispositions particulières, ou de ces deux types de dispositions. Ainsi, l'article 7 (par. 2) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, avant d'énumérer 13 tâches spécifiques dévolues à la conférence des parties, dont une consistant à examiner les obligations des parties découlant de la Convention, commence par le libellé général suivant :

> En tant qu'organe suprême de la présente Convention, la Conférence des parties fait régulièrement le point de l'application de la Convention et de tous autres instruments juridiques connexes qu'elle pourrait adopter et prend, dans les limites de son mandat, les décisions nécessaires pour favoriser l'application effective de la Convention.

7) Selon des dispositions spécifiques figurant dans différents traités, la conférence des parties propose des « lignes directrices » pour l'application de dispositions conventionnelles particulières[459] ou définit « les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer » pour la mise en œuvre d'un mécanisme conventionnel[460].

8) Les procédures d'amendement (au sens large du terme) comprennent les procédures par lesquelles le texte initial d'un traité peut être modifié (dont le résultat est généralement sujet à ratification par les États parties conformément aux dispositions constitutionnelles), ainsi que les procédures d'acceptation tacite et d'option de refus[461] qui s'appliquent couramment aux annexes contenant des listes de substances, d'espèces et d'autres éléments qui doivent être régulièrement mises à jour[462].

9) Comme point de départ, le paragraphe 2 prévoit que l'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité considéré et de tout règlement applicable. L'adverbe « essentiellement » laisse une place à des règles complémentaires « à moins que le traité n'en dispose autrement » (voir, par exemple, les articles 16, 20, 22 (par. 1), 24, 70 (par. 1) et 72 (par. 1) de la Convention de Vienne de 1969). Le mot « tout » vise à préciser que le règlement de la conférence des

---

[458] Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau : art. 6 (par. 1) sur les fonctions d'examen et art. 10 *bis*, sur les amendements ; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : art. 7 (par. 2) sur les fonctions d'examen et art. 15 sur les amendements ; Protocole de Kyoto, art. 13 (par. 4) sur les fonctions d'examen de la Conférence des Parties agissant comme réunion des parties au Protocole de Kyoto, art. 20 sur les procédures d'amendement ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, nº 14537, p. 243), art. XI sur la Conférence des Parties, et art. XVII sur les procédures d'amendement ; Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires ; Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2302, nº 41032, p. 166), art. 23 (par. 5) (pouvoirs d'examen), art. 28 (amendements) et art. 33 (protocoles).

[459] Art. 7 et 9 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac.

[460] L'article 17 du Protocole de Kyoto en fournit un exemple ; voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (*supra*, note 450), p. 639 ; J. Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements » dans *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.) (Berlin, Springer, 2005), p. 110 à 115.

[461] Voir J. Brunnée, « Treaty amendments » dans Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (*supra*, note 413), p. 354 à 360.

[462] Ibid.

parties s'appliquera s'il existe, puisqu'il peut y avoir des cas où de telles conférences se déroulent sans qu'un règlement ait été expressément adopté[463].

Paragraphe 2, deuxième phrase − décisions pouvant constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure

10) La deuxième phrase du paragraphe 2 confirme que les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure pour l'interprétation du traité au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties peuvent jouer un rôle important pour déterminer les vues communes des parties sur le sens du traité.

11) Les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent notamment constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), par lesquels les parties interprètent le traité en question. Ainsi, la Conférence d'examen de la Convention sur les armes biologiques a adopté régulièrement « des ententes et accords additionnels » concernant l'interprétation des dispositions de la Convention. Ces accords ont été adoptés par les États parties dans le cadre des conférences d'examen, par consensus, et ont porté sur tous les articles du traité afin de répondre à certaines questions particulières, dès qu'elles se posaient[464]. Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en définissant, précisant ou développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Selon l'Unité d'appui à l'application de la Convention sur les armes biologiques[465] un « accord additionnel » :

> i) Interprète, définit ou développe le sens ou la portée d'une disposition de la Convention ;
>
> ii) Donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition[466].

12) De même, la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Convention de Londres sur l'immersion des déchets)[467] a adopté des résolutions interprétant cette convention. La sous-division des affaires juridiques de l'OMI, à la demande des organes directeurs, a indiqué ce qui suit à propos d'une « résolution interprétative » de la conférence des parties à la Convention de Londres sur l'immersion des déchets :

> Selon l'article 31 (par. 3 a)) de la Convention de Vienne sur le droit des traités […] il sera tenu compte des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant une telle interprétation. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée à une réunion des parties, voire celle d'une décision consignée dans le compte rendu de la réunion des parties[468].

---

463 Tel est le cas, par exemple, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

464 Voir P. Millett, « The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15 (2010), p. 25 à 43, à la page 33.

465 L'« Unité d'appui à l'application » a été créée par la Conférence des Parties, en vue d'assurer un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties (voir le Document final de la sixième Conférence d'examen des États parties à 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 (BWC/CONF.VI/6), troisième partie (décisions et recommandations), par. 5).

466 Voir le document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application à la septième Conférence d'examen des États parties à la Convention, intitulé « Ententes et accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) (mis à jour par la suite avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette conférence, Genève, 2012).

467 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, nº 15749, p. 120.

468 Point 4 de l'ordre du jour (Agenda item 4 (Ocean fertilization), submitted by the Secretariat on procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution: views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs), document LC 33/J/6, par. 3.

13) Dans le même ordre d'idées, le Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a affirmé en termes généraux :

> Les décisions de la Conférence des Parties, en tant qu'organe suprême réunissant toutes les parties à la Convention-cadre pour la lutte antitabac, constituent sans aucun doute des « accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité », au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne[469].

14) Certains auteurs considèrent aussi que de telles décisions peuvent constituer des accords ultérieurs[470] et font observer que :

> De telles déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité[471].

15) La Cour internationale de Justice a conclu, en ce qui concerne le rôle de la Commission baleinière internationale dans le cadre de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine :

> L'article VI de la Convention énonce que « [l]a Commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait, soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention ». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé[472].

16) Les exemples suivants tirés de la pratique des conférences des parties viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions de ces conférences peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a).

17) L'article I, paragraphe 1, de la Convention sur les armes biologiques dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

> Des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines, quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types ou en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques.

18) À la troisième Conférence d'examen (1991), les États parties ont précisé que « les interdictions établies dans la Convention portent sur des agents microbiens ou d'autres agents biologiques ou des toxines qui sont "nocifs pour les plantes et les animaux ainsi que pour les humains »[473].

---

[469] Voir Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé de la Présidente sur un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, et débat général : opinion juridique sur la portée du protocole », note du Conseil juridique de l'OMS sur la portée du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6), annexe, par. 8 ; S. F. Halabi, « The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), p. 121 à 183.

[470] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83 (en ce qui concerne le Traité sur la non-prolifération) ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142), p. 213 et 214.

[471] B. M. Carnahan, « Treaty review conferences », *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), p. 226 à 230, à la page 229.

[472] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*), *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 248, par. 46.

[473] Déclaration finale de la troisième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques

19) L'article 4 (par. 9) du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone[474] a donné lieu à un débat à propos de la définition de l'expression « État non partie au présent Protocole » qui y figure. Selon cette disposition :

> Aux fins du présent article, l'expression « État non partie au présent Protocole » désigne, en ce qui concerne toute substance réglementée, un État ou une organisation régionale d'intégration économique qui n'a pas accepté d'être lié par des mesures de réglementation en vigueur pour cette substance.

20) Dans le cas des hydrochlorofluorocarbones, deux amendements au Protocole de Montréal[475] imposent des obligations qui ont soulevé la question de savoir si un État, pour être considéré comme « non partie au présent Protocole », doit être non partie aux deux amendements. La conférence des parties a décidé que :

> L'expression « État non partie au présent Protocole » s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing[476].

21) Si les actes qui résultent d'une procédure d'acceptation tacite[477] ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ils peuvent, outre leur effet primaire en vertu du traité, impliquer un tel accord ultérieur, dans certaines circonstances. Un exemple concerne certaines décisions de la Conférence des parties à la Convention de Londres sur l'immersion des déchets. À sa seizième réunion tenue en 1993, la réunion consultative des parties contractantes a adopté trois amendements à l'annexe I à la faveur de la procédure d'acceptation tacite prévue par la Convention[478]. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient

(biologiques) ou à toxines et sur leur destruction ; Genève, 9-27 septembre 1991 (BWC/CONF.III/23, partie II).

474 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, nº 26369, p. 3.

475 Amendement de Copenhague au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1785, nº 26369, p. 517 ; et Amendement de Beijing au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1999), ibid., vol. 2173, nº 26369, p. 183.

476 Pour plus de détails, voir la décision XV/3 : Obligations des Parties à l'Amendement de Beijing de 1999 au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones ; la définition est formulée comme suit : « a) L'expression "État non partie au présent Protocole" figurant au paragraphe 9 de l'article 4 ne s'applique pas aux États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole jusqu'au 1er janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole ; b) L'expression "État non partie au présent Protocole" s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing ; c) Reconnaissant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression "État non partie au présent Protocole", le paragraphe 1 b) s'appliquera à moins qu'un tel État ait, d'ici au 31 mars 2004 : i) informé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible ; ii) certifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague ; iii) soumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005, auquel cas la définition d'"État non partie au présent Protocole" ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des parties. » (Rapport de la quinzième réunion des Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (UNEP/OzL.Pro.15/9), chap. XVIII., sect. A, décision XV/3, par. 1).

477 Voir *supra*, par. 8) du présent commentaire.

478 Voir la seizième Réunion consultative des Parties contractantes à la Convention de Londres et les résolutions LC.49 (16), LC.50 (16) et LC.51 (16) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1775 ; nº 15749, p. 395). D'abord, la réunion a décidé de modifier l'abandon progressif de l'évacuation en mer des déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Deuxièmement, elle a interdit l'incinération en mer de déchets industriels et de boues d'épuration. Enfin, elle a décidé de remplacer le paragraphe 6 de l'annexe I, portant interdiction de l'immersion de déchets radioactifs et autres matières radioactives (voir aussi « Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972 », *Focus on IMO* (juillet 1997), p. 11).

toutefois une large interprétation du traité lui-même[479]. L'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui avait été adoptée par la réunion consultative tenue trois ans auparavant, qui avait établi l'accord des parties selon lequel la Convention de Londres était l'instance appropriée pour étudier la question de l'enfouissement des déchets faiblement radioactifs dans les fonds marins accessibles depuis la mer[480]. On a considéré que cette résolution étendait effectivement la définition de l'« immersion » au sens de la Convention pour que ce terme recouvre l'évacuation ou l'enfouissement de déchets dans ou sous les fonds marins depuis la mer mais non depuis la terre au moyen d'un tunnel[481]. Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative incluait un accord ultérieur au sujet de l'interprétation du traité.

22) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[482] prévoit, au paragraphe 5 de son article 17, que « [l]es amendements […] entrent en vigueur entre les Parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le Dépositaire a reçu leur instrument de ratification, d'approbation, de confirmation formelle ou d'acceptation par les trois quarts au moins des Parties les ayant acceptés […] ». Faisant suite à une initiative de l'Indonésie et de la Suisse, la conférence des parties a décidé de préciser la condition d'acceptation par les trois quarts des parties en convenant :

> sans préjudice des dispositions des autres accords multilatéraux sur l'environnement, que le paragraphe 5 de l'article 17 de la Convention de Bâle devrait être interprété comme suit : une acceptation des trois quarts des parties qui étaient parties au moment de l'adoption de l'amendement est nécessaire pour l'entrée en vigueur de cet amendement, sachant que cette interprétation du paragraphe 5 de l'article 17 n'oblige en aucun cas une partie à ratifier l'amendement portant interdiction[483].

Les parties ont adopté cette décision sur l'interprétation de l'article 17 (par. 5) par consensus, et de nombreux États parties ont souligné que la conférence des parties à une quelconque Convention était « l'autorité chargée en dernier ressort de son interprétation »[484]. Si cela permet de penser que la décision traduit un accord ultérieur des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), on note que la décision a été prise au terme d'un débat sur la question de savoir s'il était nécessaire de suivre la procédure formelle d'amendement de la Convention pour parvenir à ce résultat[485]. Il faut aussi noter que la délégation japonaise a déclaré, en demandant que cette remarque soit consignée dans le rapport de la conférence, qu'elle « appuyait la méthode de la date fixée (*current-time approach*) pour l'interprétation de la disposition de la Convention relative à l'entrée en vigueur des amendements, comme précisé dans l'avis juridique fourni par le Bureau des affaires juridiques de l'ONU en tant que Dépositaire[486], et avait accepté la méthode de la

---

[479] Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention de Londres sur l'immersion des déchets apportaient des changements majeurs à la Convention (voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (*supra*, note 450), p. 638).

[480] OMI, Rapport de la treizième réunion consultative des Parties contractantes à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, LDC 13/15, annexe 7, résolution LDC.41 (13), par. 1.

[481] Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (voir *supra*, note 450), p. 641.

[482] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, nº 28911, p. 57.

[483] Voir Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion (Carthagène (Colombie), 17-21 octobre 2011), UNEP/CHW.10/28, annexe I, décision BC-10/3 (Initiative de l'Indonésie et de la Suisse visant à améliorer l'efficacité de la Convention de Bâle), par. 2.

[484] Ibid., chap. III. A, par. 65.

[485] Voir G. Handl, « International "lawmaking" by conferences of the carties and other politically mandated bodies », dans Wolfrum et Röben, *Developments of International Law in Treaty Making* (*supra*, note 460), p. 127 à 143, à la page 132.

[486] La « méthode de la date fixée » (*current-time approach*) préconisée par le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies est la suivante : en cas de silence ou d'ambiguïté du traité sur la question, la pratique du Secrétaire général consiste à calculer le nombre d'acceptations sur la base

date fixée énoncée dans la décision sur l'initiative de l'Indonésie et de la Suisse *uniquement pour ce cas particulier* »[487].

23) Les exemples précités montrent que les décisions des conférences des parties peuvent dans certaines circonstances constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a). De telles décisions peuvent aussi donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 si elles ne reflètent pas l'accord des parties. Il convient cependant toujours d'identifier soigneusement le caractère propre d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties. À cette fin, il faut tenir compte de la précision et de la clarté du libellé retenu au regard du texte de la décision de la conférence des parties dans son ensemble, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué. Il est fréquent que les parties n'entendent pas donner à leur décision une portée juridique particulière.

Paragraphe 2, troisième phrase − décisions pouvant offrir une gamme de solutions pratiques

24) La dernière phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 11 rappelle à l'interprète que les décisions des conférences des parties offrent souvent une gamme de solutions pratiques pour l'application du traité. Ces décisions ne constituent pas nécessairement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité, même si la décision est adoptée par consensus. En réalité, il arrive souvent que les conférences des parties ne visent pas expressément à résoudre ou traiter des questions concernant l'interprétation d'un traité.

25) Un exemple est fourni par une décision adoptée par la Conférence des parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Les articles 9 et 10 de la Convention traitent respectivement de la réglementation de la composition des produits du tabac et de la réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer. Conscients que de telles mesures requièrent l'allocation de ressources financières importantes, les États parties sont convenus, sous l'intitulé « Considérations pratiques » pour l'application des articles 9 et 10, de « [c]ertaines … options qui s'offrent aux Parties », telles que :

a) Des taxes sur le tabac spécialement dédiées ;

b) Des redevances de licences de fabrication et/ou d'importation ;

c) Des redevances d'homologation des produits du tabac ;

d) Des licences de vente pour les distributeurs et/ou détaillants de produits du tabac ;

e) Des amendes imposées à l'industrie du tabac et aux détaillants pour non-respect des prescriptions ;

f) Des redevances annuelles pour la surveillance des produits du tabac (industrie et détaillants)[488].

Cette décision propose une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention. Cependant, les parties ont ainsi implicitement convenu que les « options » énoncées seraient, en tant que telles, compatibles avec la Convention.

---

du nombre de parties au traité au moment du dépôt de chaque instrument d'acceptation d'un amendement. Voir des extraits du mémorandum du 8 mars 2004, reçu du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, à consulter à l'adresse www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

[487] Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle… (voir *supra*, note 483), par. 68 (non souligné dans l'original).

[488] Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Réglementation de la composition des produits du tabac et Réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer), FCTC/COP4(10), annexe, adoptées à la quatrième session de la Conférence des Parties (Punta del Este (Uruguay), 15-20 novembre 2010), dans FCTC/COP/4/DIV/6, p. 39.

Paragraphe 2 dans son ensemble

26) Il en résulte que les décisions des conférences des parties peuvent avoir des effets juridiques différents. Bon nombre de ces décisions ne visent pas à constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), parce qu'elles ne sont pas censées être une prise de position au sujet de l'interprétation du traité. Dans d'autres cas, les parties indiquent suffisamment clairement que la décision de la conférence des parties traduit leur accord au sujet de l'interprétation du traité. Ces décisions peuvent également produire un effet en conjonction avec une obligation juridique de coopérer en vertu du traité, et dès lors les parties « doivent tenir dûment compte » d'une telle décision[489]. En tout état de cause, on ne peut pas se contenter de dire que parce que le traité ne reconnaît pas à la Conférence des parties la compétence de prendre des décisions juridiquement contraignantes, les décisions que prennent les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques[490].

27) En définitive, l'effet d'une décision prise par une conférence des parties dépend des circonstances propres à chaque cas et de telles décisions doivent être judicieusement interprétées. Une considération pertinente peut être le fait que les États parties appliquent de façon uniforme ou sans contestation le traité tel qu'interprété par la décision de la conférence des parties. Une pratique divergente à la suite d'une décision d'une conférence des parties peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a)[491]. Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3b), peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[492].

Paragraphe 3 − un accord concernant l'interprétation du traité

28) Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel les accords entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité au sens de l'article 31, paragraphe 3, doivent concerner le fond du traité. Ainsi, ce qui importe est le fond de l'accord que traduit la décision de la conférence des parties et non la forme sous laquelle ou la procédure par laquelle cette décision est adoptée. Les actes émanant d'une conférence des parties peuvent prendre différentes formes et désignations, et résulter de procédures différentes. Il se peut même que les conférences des parties conduisent leurs travaux sans qu'un règlement ait été officiellement adopté[493]. Si la décision de la Conférence des parties se fonde sur un vote unanime auquel toutes les parties ont participé, elle peut clairement constituer un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), pourvu qu'elle ait été prise « au sujet de l'interprétation du traité ».

---

489 *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

490 Ibid., p. 248, par. 46.

491 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 10, par. 23) et 24).

492 *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226 (opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, à la page 454, par. 4, constatant que les résolutions adoptées à l'issue d'un vote par la Commission baleinière internationale ont certes des conséquences bien qu'elles ne correspondent pas aux termes de l'article 31 (par. 3) de la Convention de Vienne).

493 La Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques applique provisoirement le projet de règlement intérieur de la Conférence des Parties et de ses organes subsidiaires (FCCC/CP/1996/2), à l'exception du projet d'article 42, au chapitre intitulé « Vote », faute d'accord à ce jour sur l'une des deux variantes qui y sont proposées, voir Rapport de la Conférence des Parties sur sa première session (28 mars-7 avril 1995) (FCCC/CP/1995/7), p. 8, par. 10 ; Rapport de la dix-neuvième session de la Conférence des Parties (11-23 novembre 2013) (FCCC/CP/2013/10), p. 7, par. 4 ; de même, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, nº 30619, p. 79) n'a pas adopté le paragraphe 1 de l'article 40 du règlement intérieur (Vote) « en raison d'un manque d'accord entre les Parties sur la majorité requise pour la prise de décisions sur les questions de fond », voir Rapport de la onzième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (8-19 octobre 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), par. 65.

29) Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen et d'application sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de n'épargner aucun effort pour parvenir à un consensus sur les questions de fond. On en trouve un premier exemple dans le règlement intérieur provisoire de la Conférence d'examen de la Convention sur les armes biologiques. Selon l'article 28 (par. 2) :

> La Conférence d'examen ayant pour objet d'examiner le fonctionnement de la Convention en vue d'assurer la réalisation des objectifs du préambule et des dispositions de la Convention et ainsi de renforcer son efficacité, tous les efforts doivent être faits pour parvenir à un accord sur les questions de fond sous la forme d'un consensus. Ces questions ne doivent pas faire l'objet d'un vote avant que tous les efforts pour parvenir à un consensus aient été épuisés[494].

Cette formulation, avec des variations mineures, est devenue le paragraphe type concernant les procédures de prise de décisions de fond lors des conférences des parties.

30) Pour répondre aux questions concernant les décisions adoptées par consensus, il est précisé à la fin du paragraphe 3 du projet de conclusion « y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus » afin d'écarter l'idée que l'adoption d'une décision par consensus devrait être nécessairement assimilée à un accord sur le fond. Au contraire, le consensus n'indique pas nécessairement qu'il s'agit d'un accord sur le fond. Selon les commentaires sur quelques questions de procédure publiés par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'ONU en application de la résolution 60/286 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2006[495] :

> Le consensus s'entend généralement d'un processus de prise de décisions consistant à parvenir à une décision sans mise aux voix ni objection formelle. Il ne reflète cependant pas nécessairement une « unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général sans qu'aucune délégation ne s'oppose expressément au consensus[496].

31) Il s'ensuit que l'adoption par consensus n'est pas une condition suffisante pour qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b), soit établi. Le règlement intérieur de la conférence des parties ne donne généralement pas d'indication sur les effets juridiques possibles d'une résolution en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non les effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), aient valeur contraignante en tant que tels, la Convention de Vienne ne leur attribue un effet juridique en vertu de l'article 31 que s'il existe un accord sur le fond entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. La Cour internationale de Justice a confirmé que la distinction entre la forme d'une décision collective et l'accord sur le fond est pertinente dans un tel contexte[497].

---

[494] Voir art. 28 (par. 2) du règlement intérieur provisoire de la Conférence d'examen des parties de 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, tenue à Genève, du 3 au 21 mars 1980 (BWC/CONF.I/2).

[495] Voir résolution 60/286 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée prie le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies « de rendre accessible au public l'information relative aux précédents que les organes intergouvernementaux de l'Organisation ont établis et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (annexe, par. 24).

[496] Voir « Consensus in UN practice: General », document établi par le Secrétariat. À consulter à l'adresse http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf. Voir aussi R. Wolfrum et J. Pichon, « Consensus », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 3, 4 et 24.

[497] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

32) Le fait que certaines décisions ne peuvent constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), bien qu'elles aient été adoptées par consensus est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'opposition d'un État ou de plusieurs États à ce consensus.

33) Ainsi, à sa sixième réunion en 2002, la conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique s'est employée à élaborer des principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces[498]. Après l'échec de plusieurs tentatives pour parvenir à un accord, la Présidente de la conférence des parties a proposé d'adopter la décision et de consigner les réserves exprimées par l'Australie dans le rapport final de la réunion. Le représentant de l'Australie a cependant réaffirmé qu'il ne pouvait pas accepter les principes directeurs et que « [s]on objection formelle était maintenue »[499]. La Présidente a déclaré le débat clos et « conformément à la pratique en usage », a déclaré la décision adoptée sans la mettre aux voix, en précisant que les objections des États opposés seraient reflétées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réaffirmé sa position selon laquelle le consensus signifiait adoption sans objection formelle et a exprimé de sérieux doutes quant à la légalité de l'adoption du projet de décision. En définitive, il a été précisé dans une note de bas de page relative à la décision VI/23 : « Un représentant a soulevé une objection formelle pendant la procédure menant à l'adoption de cette décision et il a souligné qu'il ne pensait pas que la Conférence des Parties pourrait légitimement adopter une motion ou un texte présentant une objection formelle. »[500].

34) Face à une telle situation, le Secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique a adressé une demande d'avis juridique au Conseiller juridique de l'ONU[501]. Celui-ci a exprimé l'avis[502] qu'une partie pouvait prendre ses distances par rapport au fond ou à la lettre d'un document, indiquer que le fait de se joindre au consensus ne constituait pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et présenter toute autre restriction quant à la position du gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document[503]. Cela montre clairement qu'une décision peut être adoptée par consensus même si un ou plusieurs des États parties ne souscrivent pas au fond de la décision.

35) La décision prise dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique et une décision analogue adoptée à Cancún en 2010 lors de la réunion des parties au Protocole de Kyoto à la Convention sur les changements climatiques (malgré l'objection de la Bolivie)[504] soulèvent l'importante question du sens à donner au terme « consensus »[505]. Il convient toutefois de distinguer cette question, qui ne relève pas du présent sujet, de celle de savoir si toutes les parties à un traité sont parvenues à un accord sur le fond au sujet de l'interprétation de ce traité au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b). Les décisions de conférences des parties qui ne traduisent pas un accord de toutes les parties sur le fond ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, mais elles peuvent constituer une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, par. 3).

---

498 Voir rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (UNEP/CBD/COP/6/20), annexe I, décision VI/23.

499 Ibid., par. 313.

500 Ibid., par. 318 ; pour le débat voir par. 294 à 324.

501 Peut être obtenu auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002).

502 Lettre datée du 17 juin 2002, transmise par télécopie.

503 Ibid.

504 Voir Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto sur sa sixième session, tenue à Cancún du 29 novembre au 10 décembre 2010 (FCCC/KP/CMP/2010/12 et Add.1), décision 1/CMP.6 (Les Accords de Cancún : résultats des travaux effectués par le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session) et décision 2/CMP.6 (Les Accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie) ; et délibérations de la Conférence des Parties agissant comme réunion des parties au Protocole de Kyoto, par. 29.

505 Voir Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (*supra*, note 62), p. 372 à 377.

36) Une autre question est celle de savoir quel est l'effet juridique d'une décision adoptée par une conférence des parties dès lors qu'elle constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3. En 2011, il a été demandé à la sous-division des affaires juridiques de l'OMI d'indiquer aux organes directeurs les conditions procédurales applicables à une décision relative à une résolution interprétative et de leur faire savoir, en particulier, s'il serait nécessaire ou non de parvenir à un consensus pour une telle décision[506]. Dans sa réponse, la sous-division des affaires juridiques de l'OMI, tout en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties pouvait, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), a indiqué aux organes directeurs que, même si la conférence adoptait une décision par consensus, cela ne signifierait pas que la décision serait contraignante pour toutes les parties[507].

37) Bien qu'elle ait fondé son avis sur la prémisse erronée qu'un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne pourrait être que contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité »[508], la sous-division des affaires juridiques de l'OMI est parvenue à la conclusion exacte selon laquelle même si une décision adoptée par consensus par une conférence des parties constitue un accord au sujet de l'interprétation sur le fond, elle n'est pas (nécessairement) contraignante pour les parties[509]. Au contraire, comme la Commission l'a indiqué, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), n'est que l'un des différents moyens d'interprétation dont il faut tenir compte dans le processus d'interprétation[510].

38) En conséquence, même si elles ne sont pas contraignantes en tant que telles, les résolutions interprétatives adoptées par des conférences des parties peuvent néanmoins constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), s'il existe des indices suffisants que telle était l'intention des parties au moment de l'adoption de la décision ou si la pratique ultérieure des parties établit un accord à l'égard de l'interprétation du traité[511]. L'interprète doit accorder le poids voulu à une résolution interprétative aux fins de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), mais il ne doit pas nécessairement la considérer comme juridiquement contraignante[512].

Conclusion 12
Actes constitutifs d'organisations internationales

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou la pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31 et 32.

[506] OMI, Rapport sur les travaux du Groupe de travail intersessions sur la fertilisation des océans à sa troisième réunion (LC 33/4), par. 4.15.2.
[507] OMI, document LC 33/J/6 (voir *supra*, note 468), par. 3.
[508] Ibid., par. 8.
[509] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 10, par. 9) à 11).
[510] *Supra*, commentaire du projet de conclusion 3, par. 4).
[511] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*), *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, opinion individuelle du juge Greenwood, aux pages 407 et 408, par. 6, et opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, aux pages 453 et 454, par. 4.
[512] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 3, par. 4).

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

Commentaire

Généralités

1) Le projet de conclusion 12 concerne un type particulier de traités, à savoir les actes constitutifs d'organisations internationales, et la façon dont les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure doivent ou peuvent être pris en considération pour leur interprétation au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969.

2) Les actes constitutifs d'organisations internationales sont spécifiquement visés à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969, qui dispose :

> La présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.[513].

3) L'acte constitutif d'une organisation internationale au sens de l'article 5 est, comme tout traité, un accord international, « qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes » (article 2, par. 1 a)). Les dispositions contenues dans un tel traité font partie intégrante de l'acte constitutif[514].

4) D'une manière générale, l'article 5, qui dispose que la Convention de Vienne de 1969 s'applique aux actes constitutifs d'organisations internationales, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation[515], est conforme à l'approche générale de la Convention selon laquelle les traités entre États sont soumis aux règles énoncées dans la Convention « à moins que le traité n'en dispose autrement »[516].

5) Le projet de conclusion 12 ne porte que sur l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales. Il ne traite donc pas de tous les aspects du rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités concernant des organisations internationales. En particulier, il ne s'applique pas à l'interprétation des traités adoptés au sein d'une organisation internationale ni aux traités conclus par des organisations internationales qui ne sont pas eux-mêmes des actes constitutifs d'organisations internationales[517]. Le projet de conclusion 12 ne s'applique pas non plus à l'interprétation de décisions émanant d'organes d'organisations internationales[518], notamment à l'interprétation de décisions de juridictions internationales[519], ni à l'effet d'une jurisprudence

---

[513] Voir aussi la disposition jumelle contenue à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1986.

[514] L'article 20 (par. 3) de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'en cas de réserve à un acte constitutif d'une organisation, l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation est exigée. Douzième rapport sur les réserves au traité, *Annuaire ... 2007*, vol. II (première partie), document A/CN.4/584, par. 75 à 77 ; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204.

[515] Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, document A/6309/rev.1, p. 208 (projet d'article 4) ; K. Schmalenbach, « Art. 5 », dans Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra*, note 61), p. 89, par. 1.

[516] Voir, par exemple, art. 16 ; 19 a) et b) ; 20 (par. 1 et 3 à 5) ; 22 ; 24 (par. 3) ; 25 (par. 2) ; 44 (par. 1) ; 55 ; 58 (par. 2) ; 70 (par. 1) ; 72 (par. 1) et 77 (par. 1) de la Convention de Vienne de 1969.

[517] Cette dernière catégorie est couverte par la Convention de Vienne de 1986 (A/CONF.129/15).

[518] *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, à la page 442, par. 94 (« Il est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les [a]rticles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. ») ; voir aussi H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight », *British Yearbook of International Law 1996*, vol. 67, p. 1, à la page 29 ; M. C. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73, à la page 85 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 128.

[519] *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 dans l'affaire du temple de Préah Vihéar*

constante[520] de cours ou tribunaux[521]. Enfin, la conclusion ne traite pas spécifiquement de questions relatives aux décisions d'un organe de surveillance de l'application des traités composé d'experts indépendants. Ces questions sont examinées dans le projet de conclusion 13.

Paragraphe 1 − applicabilité des articles 31 et 32

6) La première phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 affirme que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont applicables aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales[522]. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* :

> D'un point de vue formel, les actes constitutifs d'organisations internationales sont des traités multilatéraux, auxquels s'appliquent les règles bien établies d'interprétation des traités[523].

7) La Cour a expliqué au sujet de la Charte des Nations Unies :

> Dans les affaires précédentes où la Cour a dû interpréter la Charte des Nations Unies, elle a suivi les principes et les règles applicables en général à l'interprétation des traités, étant donné qu'elle a reconnu que la Charte est un traité multilatéral, bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales[524].

8) Par ailleurs, comme l'article 5 le laisse entendre et les décisions de juridictions internationales le confirment, les actes constitutifs d'organisations internationales sont également des traités d'un type particulier dont l'interprétation peut être soumise à des exigences propres. La Cour internationale de Justice a déclaré à cet égard :

> Mais les actes constitutifs d'organisations internationales sont aussi des traités d'un type particulier ; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs. De tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel ; la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre constituent autant d'éléments qui peuvent mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter ces traités constitutifs »[525].

9) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 vise plus précisément les éléments des articles 31 et 32 qui traitent des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, et confirme que les accords et la pratique

---

(Cambodge c. Thaïlande), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 281, à la page 307, par. 75 (« Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalent à un traité, qui tient sa force obligatoire et son contenu du consentement des États contractants dont le comportement ultérieur peut, conformément au principe énoncé au paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, avoir une incidence sur l'interprétation de l'instrument en question. »).

520 Voir *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transports and the Regions ex parte Alconbury Developments Limited and others* [2001] UKHL 23 ; *Regina v. Special Adjudicator (respondent) ex parte Ullah (FC) (appellant) Do (FC) (appellant) v. Secretary of State for the Home Department (respondent)* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham of Cornhill) ; *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

521 Une telle jurisprudence peut être un moyen de détermination des règles de droit, comme indiqué, en particulier, à l'article 38 (par. 1 d)) du Statut de la Cour internationale de Justice.

522 Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19, p. 281 et 282.

523 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 74, par. 19.

524 *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, à la page 157.

525 *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 75, par. 19.

ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 sont un moyen d'interprétation d'un tel traité, comme peut l'être une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32.

10) La Cour internationale de Justice a reconnu l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b), aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, après avoir qualifié les actes constitutifs d'organisations internationales de traités d'un type particulier, la Cour a indiqué en guise d'introduction à son interprétation de la Constitution de l'OMS :

> Conformément à la règle coutumière d'interprétation qui a trouvé son expression à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les termes d'un traité doivent être interprétés « dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » et il doit être « tenu compte en même temps que du contexte :
>
> […]
>
> « b) [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »[526].

Après avoir cité différents précédents tirés de sa propre jurisprudence dans lesquels elle avait notamment eu recours comme moyen d'interprétation à la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), la Cour a déclaré qu'elle ferait également application de cette disposition :

> en la présente espèce aux fins de déterminer si, d'après la Constitution de l'OMS, la question à laquelle il lui a été demandé de répondre se pose « dans le cadre de [l']activité » de cette organisation[527].

11) Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, où il était également question de l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale[528], la Cour a mis l'accent sur la pratique ultérieure des parties. Partant du constat que les « États membres [avaient] en outre confié à la commission certaines tâches qui n'avaient pas été initialement prévues par les textes conventionnels »[529], elle a conclu :

> Il ressort des textes conventionnels et de la pratique [des parties] analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la commission du bassin du Lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée ; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte[530].

12) L'article 31, paragraphe 3 a), est également applicable aux actes constitutifs d'organisations internationales[531]. Les accords ultérieurs autonomes entre les États membres relatifs à l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales ne sont cependant pas courants. Lorsque des questions se posent quant à l'interprétation de tels instruments, les parties agissent le plus souvent dans le cadre de l'organe plénier de l'organisation en qualité de membre de cet organe. S'il est nécessaire de modifier, d'amender ou de compléter le traité, les États membres, soit ont recours à la procédure d'amendement qu'il prévoit, soit concluent un nouveau traité, habituellement un

[526] Ibid.

[527] Ibid.

[528] Voir art. 17 de la Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Traité de Fort-Lamy de 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), p. 80 ; pour une analyse plus générale : P. H. Sand, « Development of International Water Law in the Lake Chad Basin », ibid., p. 52 à 76.

[529] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, à la page 305, par. 65.

[530] Ibid., p. 306 et 307, par. 67.

[531] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226 ; voir aussi *infra*, note 558 et texte correspondant.

protocole[532]. Il n'est toutefois pas exclu que les parties agissent en tant que telles lorsqu'elles se réunissent au sein de l'organe plénier de l'organisation concernée. En 1995 :

> Les gouvernements des 15 États Membres [de l'Union européenne] sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitu[ait] l'interprétation agréée et définitive des dispositions du traité[533].

En d'autres termes :

> le nom de la monnaie européenne sera[it] « euro ». […] Le nom spécifique « euro » [serait] utilisé au lieu du terme générique « écu » employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne[534].

Cette décision des « États membres réunis au sein » de l'Union européenne a été considérée, dans la doctrine, comme un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a)[535].

13) Il est parfois difficile de savoir si les « États membres réunis au sein » de l'organe plénier d'une organisation internationale entendent agir en leur qualité de membres de cet organe, comme ils le font généralement, ou en leur qualité indépendante d'État partie à l'acte constitutif de l'organisation[536]. La Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur cette question, s'est d'abord fondée sur le libellé de l'acte en question :

> Du libellé de cette disposition, il ressort clairement que les actes adoptés par les représentants des États membres agissant non pas en qualité de membres du Conseil, mais en qualité de représentants de leur gouvernement, et exerçant ainsi collectivement les compétences des États membres, ne sont pas soumis au contrôle de légalité exercé par la Cour[537].

Cependant, la Cour a ensuite accordé une importance déterminante au « contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la décision] [avait] été adopté[e] » pour déterminer si cette décision était à mettre au compte de l'organe ou des États membres eux-mêmes en tant que parties au traité :

> En conséquence, il ne suffit pas qu'un acte soit qualifié de « décision des États membres » pour qu'il échappe au contrôle institué par l'article 173 du traité. Encore faut-il pour cela vérifier que l'acte en question, eu égard à son contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été adopté, ne constitue pas en réalité une décision du Conseil [538].

14) Outre les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure par lesquels est établi l'accord de toutes les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), il se peut qu'il faille tenir compte d'une pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties au sens de l'article 32 dans l'application de l'acte constitutif d'une organisation internationale pour interpréter ce genre de traité[539]. Il arrive que, tout comme d'autres traités multilatéraux, les actes constitutifs d'organisations internationales soient mis en œuvre par le biais de pratiques ou d'accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs. Conclus entre un nombre restreint de parties à l'acte constitutif multilatéral, ces traités bilatéraux ne constituent pas à proprement parler des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), mais ils

---

[532] Voir art. 39 à 41 de la Convention de Vienne de 1969.

[533] Voir Conseil européen de Madrid, Conclusions de la présidence, *Bulletin de l'Union européenne*, n° 12 (1995), p. 9, à la page 10, sect. I. A. I.

[534] Ibid.

[535] Voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (*supra*, note 142), p. 215 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice…» (voir *supra*, note 273), p. 109 et 110.

[536] P. C. G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3e éd., L. W. Gormley (dir. publ.) (Londres, Kluwer Law International, 1998), p. 340 à 343.

[537] Affaires C-181/91 et C-248/91, *Parlement c. Conseil et Commission* [1993], *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice I-3713*, par. 12.

[538] Ibid., par. 14.

[539] Voir *supra*, projets de conclusions 2, par. 4, et 4, par. 3, et commentaires y relatifs, par. 10) et par. 23) à 35), respectivement.

n'en donnent pas moins des indications sur l'interprétation correcte dudit acte et peuvent être un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.

Paragraphe 2 − les accords et la pratique ultérieurs des États parties en ce qu'ils « résultent de » ou sont « exprimés par » la pratique d'une organisation internationale

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 12 met en évidence un mode particulier d'apparition ou d'expression d'accords et de pratique ultérieurs des États parties au sens des articles 31, paragraphe 3), et 32. Les accords et la pratique ultérieurs des États parties peuvent « résulter de » leurs réactions à la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. Ou encore, les accords et la pratique ultérieurs des États parties à un acte constitutif peuvent « être exprimés par » la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. Le verbe résulter de » vise la création et le développement des accords et de la pratique ultérieurs par les États parties, tandis que le terme « être exprimés par » renvoie à la manière dont de tels accords ou pratique se traduisent et s'articulent. Dans les deux cas, la pratique au sein d'une organisation internationale ou celle résultant de réactions à celle-ci, peuvent être pertinentes pour identifier un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des États parties à l'acte constitutif de l'organisation (voir projet de conclusion 4)[540].

16) Dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, la Cour internationale de Justice a admis la possibilité que la pratique d'une organisation puisse traduire un accord ou la pratique des États membres en tant que parties au traité elles-mêmes, mais a considéré que, dans ce cas, la pratique ne pouvait être considérée comme « exprimant ou constituant » une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) :

> La résolution WH46.40 elle-même, adoptée, non sans opposition, dès que la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires a été soulevée au sein de l'OMS, ne saurait être considérée comme exprimant ou constituant à elle seule une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation pour interpréter sa Constitution comme l'habilitant à traiter de la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires[541].

17) Dans cette affaire, en s'interrogeant sur la pertinence d'une résolution d'une organisation internationale pour l'interprétation de son acte constitutif, la Cour a examiné tout d'abord si la résolution exprimait ou constituait « une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)[542].

18) De la même façon, l'Organe d'appel de l'OMC a conclu en termes généraux :

> En nous fondant sur le texte de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si : i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent ; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant *l'interprétation* ou *l'application* d'une disposition du droit de l'OMC[543].

---

[540] R. Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington, 22 au 24 avril 1965), p. 116 à 124, à la page 119 ; la pratique d'une organisation internationale elle-même peut aussi être un moyen d'interprétation en soi en vertu du paragraphe 3 (voir *infra*, par. 25) à 35)).

[541] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 81, par. 27.

[542] La Cour permanente de justice internationale avait déjà adopté cette approche dans son avis consultatif sur la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron, 23 juillet 1926, C.P.J.I., série B, nº 13*, aux pages 19 et 20 ; voir S. Engel, « "Living" international constitutions and the world court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), p. 865 à 910, à la page 871.

[543] OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Mesures affectant la production et la vente des*

19) En ce qui concerne les conditions dans lesquelles la décision d'un organe plénier peut valoir accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), l'Organe d'appel de l'OMC a estimé :

> 263. S'agissant du premier élément, nous notons que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée par consensus le 14 novembre 2001 à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC. […] Pour ce qui est du deuxième élément, la question clef à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de *l'Accord OTC*.
>
> 264. Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose ce qui suit :
>
> > Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression « délai raisonnable » sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés.
>
> 265. Pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE − Bananes III (article 21 : 5 − Équateur II)/CE − Bananes III (article 21 : 5 − États-Unis)*. L'Organe d'appel a observé que la Commission du droit international (« CDI ») avait décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3 a) de la *Convention de Vienne* «comme [un] autre *élément authentique d'interprétation* dont il faut tenir compte en même temps que du contexte ». Selon lui, « en faisant référence à une "interprétation authentique", la CDI [interprétait] l'article 31 3 a) comme visant *les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité* ». Nous examinerons donc si le paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.
>
> […]
>
> 268. Pour les raisons qui précédent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial […] selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3 a) de la *Convention de Vienne* au sujet de l'interprétation de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*[544].

20) Bien qu'elle n'ait pas expressément mentionné l'article 31, paragraphe 3 a), pour interpréter l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte à la lumière de la Déclaration de l'Assemblée générale sur les relations amicales entre États, la Cour internationale de Justice a insisté sur « l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale » et sur leur consentement à ces textes[545]. Dans ce contexte, plusieurs

cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012, par. 262 (souligné dans l'original).

[544] Ibid. (notes omises) ; bien que la Décision ministérielle de Doha ne concerne pas une disposition de l'Accord sur l'OMC lui-même, elle a trait à une annexe de cet accord (l'Accord OTC) qui fait « partie intégrante » de l'Accord instituant l'OMC (art. 2 (par. 2) de l'Accord instituant l'OMC).

[545] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 100, par. 188 : « L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes ». Cette affirmation, dont le but premier est d'expliquer le rôle possible des résolutions de l'Assemblée générale en matière de formation du droit coutumier, confirme aussi un élément d'ordre conventionnel, à savoir que ces résolutions peuvent servir à exprimer l'accord, ou la position, des parties au sujet d'une certaine interprétation de la Charte des Nations Unies en tant

auteurs ont conclu que des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), pouvaient, dans certaines circonstances, résulter de, ou être exprimés par, les actes d'organes pléniers d'organisations internationales[546], comme l'Assemblée générale des Nations Unies[547]. Cela étant, comme l'a indiqué l'Organe d'appel de l'OMC à propos de la Commission[548], qualifier une décision collective d'« élément authentique d'interprétation » aux fins de l'article 31, paragraphe 3 a), ne se justifie que si les parties à l'acte constitutif d'une organisation internationale ont agi en qualité de parties et non, comme elles le font habituellement, à titre institutionnel en tant que membres de l'organe plénier concerné[549].

21) Le paragraphe 2 mentionne la pratique d'une organisation internationale, plutôt que la pratique d'un organe d'une organisation internationale. Bien que la pratique d'une organisation internationale résulte habituellement de la conduite d'un organe, elle peut aussi naître de la pratique de deux ou plusieurs organes.

22) Les accords et la pratique ultérieurs des parties qui peuvent « résulter de, ou être exprimés par, » la pratique d'une organisation internationale, sont parfois très étroitement liés à la pratique de l'organisation elle-même. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a interprété l'expression « dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents » employée à l'Article 27,

---

que traité (« spécification ») ; de même : *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, à la page 437, par. 80 ; dans ce sens, par exemple L. B. Sohn, « The UN system as authoritative interpreter of its law » dans *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter et C. C. Joyner (dir. publ.) (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995) p. 169 à 229, à la page 177 (où il est dit, au sujet de l'affaire relative au *Nicaragua*, que la Cour a accepté la Déclaration sur les relations amicales en tant qu'interprétation authentique de la Charte).

546 H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5e édition revue et corrigée (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), p. 854 (où il est fait référence aux interprétations des instruments constitutifs du Fonds par l'Assemblée du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) ; M. Cogen, « Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT », *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), p. 145 à 179, aux pages 157 et 158 (où il est fait référence à une décision du Conseil du CERN du 17 juin 2010 adoptée à l'unanimité, qui interprète les conditions d'adhésion prévues par la Convention du CERN, comme un accord ultérieur en vertu du paragraphe 3 a) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969).

547 Voir E. Jiménez de Aréchega, « International law in the past third of a century », *Recueil des Cours… 1978*, vol. 159, p. 1 à 334, à la page 32 (qui affirme, à propos de la Déclaration relative aux relations amicales, que cette résolution constitue une expression, faisant autorité, de l'opinion de la totalité des Parties à la Charte au sujet de ces principes fondamentaux, ainsi que de certains principes corollaires en découlant ; qu'à la lumière de ces circonstances, il semble difficile de nier le poids et l'autorité juridiques de cette déclaration, aussi bien en tant que résolution reconnaissant ce que les États Membres eux-mêmes estiment constituer les règles en vigueur du droit coutumier, qu'en tant qu'interprétation de la Charte par l'accord et la pratique ultérieurs de toutes les parties) ; O. Schachter, « General course in public international law », *Recueil des Cours… 1982*, vol. 178, p. 9 à 396, à la page 113 (« les résolutions déclaratoires de droit qui ont interprété et "concrétisé" les principes de la Charte − soit en tant que règles générales, soit concernant des cas particuliers − peuvent être considérées comme une interprétation authentique par les Parties des obligations conventionnelles qui leur incombent ; à cet égard, elles relèvent de l'interprétation et, approuvées par tous les États Membres, elles ont aisément trouvé leur place en tant que source de droit établie. ») ; P. Kunig, « United Nations Charter, interpretation of » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X (www.mpepil.com), p. 273 et suiv., à la page 275 (où il est dit que, si elles sont adoptées par consensus, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent jouer un rôle majeur dans l'interprétation de la Charte des Nations Unies) ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra*, note 142, p. 213 (où il est dit que la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international peut être considérée comme un accord ultérieur aux fins de l'interprétation de la Charte des Nations Unies). Toutes les résolutions auxquelles les auteurs font référence ont été adoptées par consensus.

548 OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012, par. 265.

549 Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 114 et 115.

paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies comme incluant les abstentions, en s'appuyant avant tout sur la pratique de l'organe compétent de l'Organisation, conjuguée au fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres :

> les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. […] La procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'Article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation[550].

Dans cette affaire, la Cour a mis tout autant l'accent sur la pratique d'un ou plusieurs organes de l'Organisation internationale que sur le fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres, qualifiant l'association de ces deux éléments de « pratique générale de l'Organisation »[551]. C'est cette même approche que la Cour a adoptée dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* lorsqu'elle a déclaré :

> La Cour estime que la pratique *acceptée* de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte [552].

En parlant de la « pratique acceptée de l'Assemblée générale »[553], la Cour a affirmé implicitement que l'acquiescement donné au nom des États Membres quant à la pratique suivie par l'Organisation dans l'application du traité permettait d'établir l'accord au sujet de l'interprétation de la disposition pertinente du traité[554]. De la même manière, la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Europäische Schule München*, a estimé que « [l]a jurisprudence de la chambre de recours des écoles européennes […] doit être considérée comme une pratique ultérieurement suivie dans l'application de la Convention portant statut des écoles européennes, au sens de l'article 31, paragraphe 3, sous b), de la Convention de Vienne ». Puisque cette pratique « n'a jamais fait l'objet de contestations de la part des parties à ladite Convention », « [l']absence de contestation de la part de ces parties doit être considérée comme traduisant le consentement tacite de celles-ci à une telle pratique. »[555].

23) Sur cette base, il est raisonnable de considérer que la pratique pertinente sera généralement celle des titulaires de l'obligation de faire[556], en ce sens que lorsque des États confient par traité l'exécution d'activités à une organisation, la manière dont ces activités sont menées peut constituer une pratique au titre du traité ; mais la question de savoir si une

---

[550] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la page 22.

[551] H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two », *British Yearbook of International Law 1990*, vol. 61, p. 1 à 133, à la page 76 (où il est dit que par l'expression « pratique […] de l'Organisation », la Cour a vraisemblablement visé, non pas une pratique suivie par l'Organisation en tant qu'entité dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, mais plutôt une pratique suivie, approuvée ou respectée dans toute l'Organisation, et que, vue sous cet angle, la pratique constitue plutôt la reconnaissance par les autres membres du Conseil de sécurité au moment pertinent, et d'ailleurs par tous les États Membres par voie d'acceptation tacite, de la validité de telles résolutions).

[552] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 150 (non souligné dans l'original).

[553] Ibid.

[554] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 10, par. 2, deuxième phrase, par. 13) à 25) ; Villiger, *Commentary*… (voir *supra*, note 37), p. 431 et 432, par. 22 ; J. Arato, « Treaty interpretation and constitutional transformation », *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), p. 289 à 357, à la page 322.

[555] Arrêt du 11 mars 2015, affaires jointes C-464/13 et C-465/13, *Europäische Schule München c. Silvana Oberto et Barbara O'Leary* [2015], par. 65 et 66.

[556] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 281.

telle pratique établit un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité peut nécessiter la prise en compte d'autres éléments[557].

24) Ainsi, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, la Cour internationale de Justice, faisant référence aux recommandations (non contraignantes) de la Commission baleinière internationale (nom qui désigne à la fois l'organisation internationale établie par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine[558] et un organe de celle-ci), a précisé que lorsqu'elles sont « adoptées par consensus ou à l'unanimité, [ces recommandations] peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé »[559]. Cependant, la Cour a aussi exprimé une mise en garde en ces termes :

> l'Australie et la Nouvelle-Zélande surestiment l'importance juridique des résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent, et qui ont simple valeur de recommandations. Premièrement, nombre des résolutions de la Commission baleinière internationale ont été adoptées sans l'appui de tous les États parties à la Convention, et en particulier sans l'aval du Japon. Ces instruments ne sauraient donc être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de l'article VIII, ni d'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas a) et b), respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[560].

25) Cette réserve n'exclut cependant pas qu'une résolution qui a été adoptée sans l'appui de tous les États Membres puisse établir, ou exprimer, la position ou la pratique de certains États Membres dans l'application du traité au titre de l'article 32[561].

La pratique d'une organisation internationale elle-même

26) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 concerne une autre forme de pratique qui peut être pertinente pour l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale : la pratique de l'organisation internationale en tant que telle, au sens de sa « pratique propre », distincte de la pratique des États membres. La Cour internationale de Justice a dans certains cas pris en considération la pratique d'une organisation internationale dans son interprétation des actes constitutifs sans se référer à la pratique ou à l'acceptation des États membres de l'organisation. Elle a notamment déclaré que la « pratique propre » de l'organisation internationale pouvait « mériter […] une attention spéciale » dans le processus d'interprétation[562].

27) Dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, la Cour a ainsi affirmé :

> Les organes auxquels l'Article 4 a confié le jugement de l'Organisation en matière d'admission ont constamment interprété ce texte en ce sens que l'Assemblée générale ne peut décider une admission que sur la base d'une recommandation émanant du Conseil de sécurité[563].

---

[557] Ibid.

[558] S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 37 et 38 ; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), p. 411.

[559] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant))*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226.

[560] Ibid., p. 257, par. 83.

[561] Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 149 (dans lequel la Cour vise la résolution 1600 (XV) de l'Assemblée générale en date du 15 avril 1961 (adoptée par 60 voix contre 16, avec 23 abstentions, dont celles de l'Union soviétique et d'autres États du « bloc de l'Est ») ; et la résolution 1913 (XVIII) en date du 13 décembre 1963 (adoptée par 91 voix contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal)).

[562] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 74 ; voir aussi D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 379 à 384.

[563] *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 9.

28) De même, dans son avis consultatif relatif à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour, en faisant référence à la « pratique des Nations Unies », a visé les actes des organes de l'Organisation :

> Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. […] Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardées comme des experts en missions au sens de la section 22[564].

29) Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour internationale de Justice a recouru, comme moyen d'interprétation, à la « pratique suivie par l'Organisation elle-même pour appliquer la Convention »[565].

30) Dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a expliqué pourquoi la pratique d'une organisation internationale en tant que telle, notamment celle d'un organe particulier, pouvait être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif :

> Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées ; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis consultatif. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des « dépenses de l'Organisation »[566].

31) De nombreuses organisations internationales partagent cette caractéristique, à savoir qu'il n'y a pas d'« autorité suprême [pour] interpréter » leur acte constitutif. La conclusion que la Cour a tirée de cette circonstance est donc aujourd'hui généralement acceptée comme étant applicable aux organisations internationales[567]. Déduire l'existence d'une présomption de la pratique d'une organisation internationale, notamment de celle d'un ou de plusieurs de ses organes, comme la Cour l'a fait dans l'avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, est une manière de reconnaître cette pratique comme moyen d'interprétation[568].

---

[564] *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, p. 177, à la page 194, par. 48.

[565] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1960*, p. 150, à la page 169.

[566] *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, à la page 168.

[567] Voir J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), p. 86 ; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), p. 25 ; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 80 ; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties…* (voir *supra*, note 514), p. 224 et 225.

[568] Voir Lauterpacht, « The Development of the law of international organizations … » (*supra*, note 393), p. 460 ; N. M. Blokker « Beyond "Dili": on the powers and practice of International Organizations », dans *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 299 à 322, aux pages 312 à 318.

32) S'il est généralement admis que la pratique des organes des organisations internationales est pertinente comme moyen d'interprétation de leur acte constitutif[569], il existe des divergences entre les auteurs sur le point de savoir comment s'explique la pertinence, aux fins de l'interprétation, de la « pratique propre » d'une organisation internationale au regard des règles d'interprétation de Vienne[570]. Renvoyant à des actes d'organisations internationales adoptés en dépit de l'opposition de certains États membres[571], la Cour internationale de Justice a reconnu que de tels actes pouvaient constituer une pratique aux fins de l'interprétation, mais pas une pratique (qui aurait plus de poids) par laquelle serait établi l'accord des parties au sujet de l'interprétation et qui relèverait de l'article 31, paragraphe 3. Il est toutefois largement admis que, souvent, la pratique d'une organisation internationale est, en soi, également pertinente et peut par conséquent contribuer à l'interprétation de cet instrument dans le cadre de l'application des articles 31 et 32[572].

33) La Commission a confirmé, dans son commentaire du projet de conclusion 2, que des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs contribuent, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[573]. Ces considérations s'appliquent également, *mutatis mutandis*, à la pratique d'une organisation internationale elle-même.

34) La pertinence éventuelle de la « pratique propre » d'une organisation internationale peut donc ainsi découler des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. En particulier, ces dispositions permettent de considérer la pratique d'une organisation elle-même, notamment celle d'un ou de plusieurs de ses organes, comme pertinente pour déterminer la fonction de l'organisation internationale en cause[574]. Il est toutefois évident que la pratique d'une organisation internationale n'est pas une pratique ultérieurement suivie par les parties elles-mêmes au sens de l'article 31, paragraphe 3 b).

35) Ainsi, l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 permet d'appliquer les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 d'une manière qui tienne compte de la pratique d'une organisation internationale, y compris de la pratique relative à son caractère institutionnel, aux fins de l'interprétation de son acte constitutif[575]. De tels éléments peuvent

---

569 C. Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation: International organizations », dans Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (voir *supra*, note 413), p. 507 à 534, aux pages 520 et 521 ; S. Kadelbach, « The interpretation of the Charter », dans *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3e éd., B. Simma *et al.* (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 71, à la page 80 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 127 et 281.

570 Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra*, note 19), p. 282 ; Schermers et Blokker, *International Institutional Law* (voir *supra*, note 546), p. 844 ; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187 ; Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (voir *supra*, note 567), p. 85 et 86 ; voir aussi *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 novembre 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 183 à 251, à la page 224, par. 145.

571 Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 149 (dans lequel la Cour vise la résolution 1600 (XV) de l'Assemblée générale en date du 15 avril 1961 (adoptée par 60 voix contre 16, avec 23 abstentions, dont celles de l'Union soviétique et d'autres États du « bloc de l'Est ») et la résolution 1913 (XVIII) en date du 13 décembre 1963 (adoptée par 91 voix contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal)).

572 La Cour internationale de Justice a utilisé l'expression « buts et [...] fonctions [...], énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique », *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 180.

573 Voir *supra*, paragraphe 15) du commentaire du projet de conclusion 2 et note 58 ; voir aussi, en particulier, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires*, *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, aux pages 306 et 307, par. 67.

574 Voir *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif du 7 juin 1955, C.I.J. Recueil 1955*, p. 67, opinion individuelle de M. Lauterpacht, à la page 106 (« une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation. »).

575 Les commentateurs débattent du point de savoir si le caractère institutionnel spécifique de certaines

contribuer à déterminer si et, dans l'affirmative, comment, l'interprétation d'une disposition de l'acte constitutif d'une organisation internationale peut évoluer au fil du temps[576].

36) Le paragraphe 3, comme le paragraphe 2, vise la pratique de l'organisation internationale dans son ensemble, et non celle d'un de ses organes. La pratique de l'organisation internationale considérée peut aussi résulter de la conduite d'un organe mais peut aussi naître de la conduite de deux ou plusieurs de ses organes. Il est entendu que la pratique d'une organisation internationale ne peut être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif que si cette organisation a agi dans l'exercice de sa compétence, car les organisations internationales sont assujetties à l'obligation générale de ne pas agir *ultra vires*[577].

37) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 s'appuie sur le projet de conclusion 5, qui porte sur la « pratique ultérieure » des parties à un traité dans l'application de celui-ci, telle que définie dans le projet de conclusion 4. Le projet de conclusion 5 n'implique pas que la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif ne peut en tant que telle constituer une pratique pertinente au regard des articles 31 et 32[578].

Paragraphe 4 − sous réserve de « toute règle […] de l'organisation »

38) Le paragraphe 4 du projet de conclusion 12 reflète l'article 5 de la Convention de Vienne et s'inspire de son libellé. Il vise les situations relevant des paragraphes 1 à 3 et dispose que les règles qu'ils énoncent sont applicables, interprétées et appliquées « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». L'expression « règle pertinente de l'organisation » doit être entendue de la même manière qu'au paragraphe 1 j) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et qu'à l'article 2 b) des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales.

39) La Commission a déclaré dans son commentaire général du projet d'articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales :

> Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues[579].

40) Le paragraphe 4 implique notamment que des « règles pertinentes » d'interprétation plus spécifiques énoncées dans l'acte constitutif d'une organisation internationale puissent prévaloir sur les règles générales d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne

---

organisations internationales, associé aux principes et valeurs consacrés dans leur acte constitutif, peut également aboutir à une interprétation « constitutionnelle » de ces actes inspirée par le droit constitutionnel interne, voir, par exemple, J. E. Alvarez, « Constitutional interpretation in international organizations », dans *The Legitimacy of International Organizations*, J.-M. Coicaud et V. Heiskanen (dir. publ.) (Tokyo, United Nations University Press, 2001), p. 104 à 154 ; A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », dans *Droit des organisations internationales*, E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.) (Paris, LGDJ, 2013), p. 216 à 218 ; J. Klabbers, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), p. 31 à 58, aux pages 50 à 54.

576 *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31 et 32, par. 53 ; voir aussi projet de conclusion 8 et commentaire y relatif, par. 24) à 30) ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 575, par. 30 ; Schmalenbach, « Art. 5 » (*supra*, note 515), p. 92, par. 7.

577 *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, à la page 168 (« [m]ais, lorsque l'Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas le pouvoir de l'Organisation. »).

578 Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 5, par. 14).

579 Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, commentaire général, par. 7) (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), chap. V, p. 70, par. 88).

de 1969[580]. Si, par exemple, l'acte constitutif contient une disposition, telle que le paragraphe 2 de l'article IX de l'Accord de Marrakech portant création de l'Organisation mondiale du commerce, qui assujettit son interprétation à une procédure spéciale, il convient de présumer que si, après la conclusion du traité, un accord intervient entre les parties, celles-ci n'entendent pas contourner cette procédure au moyen d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a). La procédure spéciale prévue par le traité et l'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), peuvent toutefois être compatibles s'ils « ont des fonctions différentes et des effets juridiques différents »[581]. Peu d'actes constitutifs contiennent des règles procédurales ou de fond expresses concernant leur interprétation[582]. Les « règles pertinentes » d'interprétation spécifiques ne doivent pas nécessairement être expressément énoncées dans l'acte constitutif ; elles peuvent également être implicites dans celui-ci, ou découler de la « pratique établie de l'organisation »[583]. L'expression « pratique établie de l'organisation » a un sens plus étroit que l'expression « pratique de l'organisation ».

41) La Commission a noté, dans son commentaire de l'article 2 j) de la Convention de Vienne de 1986, que l'importance d'une pratique particulière d'une organisation pouvait dépendre des règles et caractéristiques spécifiques de l'organisation concernée, telles qu'exprimées dans son acte constitutif :

> La plupart des organisations internationales connaissent en effet au bout de quelques années une pratique qui fait partie intégrante des règles de l'organisation. Mais la mention ici faite n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique ; bien au contraire chaque organisation présente à cet égard ses caractères propres »[584].

42) En ce sens, la « pratique établie de l'organisation » peut aussi constituer un moyen d'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale. L'article 2, paragraphe 1 j), de la Convention de Vienne de 1986 et l'article 2 b) du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[585] considèrent la « pratique établie de l'organisation » comme une « règle de l'organisation ». Cette pratique peut produire des effets juridiques différents selon les organisations et le point de savoir si ces effets relèvent d'abord des sources traditionnelles du droit international (les traités et la coutume) ou du droit institutionnel n'est pas toujours clair[586]. Dans le cas des actes constitutifs de l'Union

---

[580] Voir, par exemple, Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law (supra,* note 567), p. 84 ; Schmalenbach, « Art. 5 » (*supra,* note 515), p. 89, par. 1, et p. 96, par. 15 ; Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation… » (*supra,* note 569), p. 522 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra,* note 61), p. 576 et 577, par. 31.

[581] OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012, par. 252 à 257.

[582] La plupart des clauses dites d'interprétation indiquent quel organe est compétent pour donner au traité ou à certaines de ses dispositions une interprétation faisant autorité, mais n'énoncent pas de règles spécifiques « sur » l'interprétation elle-même, voir C. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlin/Heidelberg, Springer, 2007), p. 26 et 27 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra,* note 61), p. 576, par. 31.

[583] Voir Convention de Vienne de 1986, art. 2 j) ; et projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission du droit international, art. 2 b), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), chap. V, sect. E, par. 87 ; C. Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations », *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617 à 642.

[584] *Annuaire ... 1982*, vol. II (2e partie), chap. II, p. 21, commentaire du projet d'article 2 (par. 1 j)), par. 25).

[585] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), chap. V, p. 50.

[586] Voir Higgins, « The Development of international law… » (*supra,* note 540), p. 121 (« les aspects relevant de l'interprétation des traités et de la pratique coutumière dans ce domaine ont tendance à se confondre ») ; Peters, « Subsequent practice… » (*supra,* note 583), p. 630 et 631 («doit être considéré comme une espèce de droit international coutumier de l'organisation ») ; limiter la « pratique établie de l'organisation » aux règles dites internes n'est pas convaincant puisque, selon la Commission, « [i]l aurait été difficile de se référer au "droit interne" d'une organisation, parce que si ce droit a un

européenne (droit primaire de l'Union européenne), par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne n'a jamais examiné ni appliqué une pratique ultérieure suivie par les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969, et a en une occasion expliqué que même un accord entre tous les États membres tendant à différer l'application d'une disposition particulière de l'acte concerné n'était pas suffisant pour annuler l'objet et le but de cette disposition[587]. Mais même s'il est difficile de tirer des conclusions générales, la « pratique établie de l'organisation » comprend habituellement une forme spécifique de pratique[588], qui a généralement été acceptée par les membres de l'organisation, ne serait-ce que tacitement[589].

Conclusion 13
Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de la contribution que les prononcés d'organes conventionnels d'experts apportent à l'interprétation des traités dans le cadre de leurs mandats.

Commentaire

Paragraphe 1 − définition du terme « organe conventionnel d'experts »

1) Certains traités créent des organes composés d'experts siégeant à titre individuel qui sont chargés de surveiller ou de favoriser par divers moyens la bonne application de leurs dispositions. On peut citer comme exemples de ces organes conventionnels d'experts les comités institués en vertu de divers traités relatifs aux droits de l'homme au niveau universel[590], par exemple le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale[591],

aspect interne, par d'autres côtés, il a un aspect international », *Annuaire ... 1982*, vol. II, (2e partie), chap. II, p. 21, commentaire du projet d'article 2 (par. 1 j)), par. 25) ; Schermers et Blokker, *International Institutional Law (*voir *supra*, note 546), p. 766 ; mais voir C. Ahlborn, « The rules of international organizations and the law of international responsibility », *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), p. 397 à 482, aux pages 424 à 428.

587 Affaire C-43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976], Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne 455, par. 57 ; voir aussi Nolte, "Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice", dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 210 à 306, aux pages 297 à 300.

588 Blokker, « Beyond "Dili"… » (voir *supra*, note 568), p. 312.

589 Lauterpacht, « The development of the law of international organizations… » (*supra*, note 393), p. 464 (« le consentement de la grande majorité des membres ») ; Higgins, « The Development of international law… » (*supra*, note 540), p. 121 (« [l]a durée et la force de l'acquiescement ne doivent peut-être pas nécessairement, en l'espèce, être aussi marquées qu'ailleurs, parce que les organes de l'ONU ont sans aucun doute le pouvoir initial de prendre de telles décisions [concernant leurs propres juridiction et compétence] ») ; Peters, « Subsequent practice and established practice… » (*supra*, note 583), p. 633 à 641.

590 Voir N. Rodley, « The role and impact of treaty bodies », dans *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton, éd. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 621 à 641, aux pages 622 et 623.

591 Art. 8 à 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 7 mars 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, no 9464, p. 195.

le Comité des droits de l'homme[592], le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes[593], le Comité des droits des personnes handicapées[594], le Comité des droits de l'enfant[595] et le Comité contre la torture[596]. On peut citer également la Commission des limites du plateau continental créée en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[597], le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, créé en vertu de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[598], et l'Organe international de contrôle des stupéfiants créé en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants[599].

2) Le paragraphe 1 définit le terme « organe conventionnel d'experts » uniquement « aux fins du présent projet de conclusions ».

3) L'expression « siégeant à titre individuel » signifie que les membres d'un organe conventionnel d'experts ne sont soumis à aucune instruction lorsqu'ils agissent en cette qualité[600]. Le projet de conclusion 13 ne concerne pas les organes composés de représentants de l'État. Les décisions d'un organe où siègent des représentants de l'État, autre qu'un organe d'une organisation internationale, constituent une forme de pratique de ces États qui agissent ainsi collectivement dans ce cadre[601].

4) Le projet de conclusion 13 ne s'applique pas non plus aux organes ayant le statut d'organe d'une organisation internationale[602]. La décision d'exclure du champ d'application du projet de conclusion 13 les organes ayant le statut d'organe d'une organisation

---

592 Art. 28 à 45 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 19 décembre 1966), ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171.

593 Art. 17 à 22 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979), ibid., vol. 1249, nº 20378, p. 13.

594 Art. 34 à 39 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006), ibid., vol. 2515, nº 44910, p. 3.

595 Art. 43 à 45 de la Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989), ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3.

596 Art. 17 à 24 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85.

597 La Commission des limites du plateau continental a été créée en application de l'article 76, par. 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de son annexe II (Montego Bay, 10 décembre 1982), ibid., vol. 1833, nº 31363, p. 3.

598 Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus a été créé en application de l'article 15 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus, Danemark, 25 juin 1998), ibid., vol. 2161, nº 37770, p. 447, et de la décision 1/7 sur l'examen du respect des dispositions adoptée en 2002 à la première réunion des Parties (ECE/MP.PP/2/Add.8).

599 L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été créé en application de l'article 5 de la Convention unique sur les stupéfiants (New York, 30 mars 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 520, nº 7515, p. 151.

600 Voir, par exemple, art. 28, par. 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; voir aussi Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 219.

601 Il en est ainsi notamment des décisions d'une Conférence des États parties, voir projet de conclusion 12 [11].

602 Le Comité d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (OIT) est un exemple important d'un organe d'experts qui a le statut d'organe d'une organisation internationale. Il a été créé en 1926 afin d'examiner les rapports des gouvernements sur les conventions ratifiées. Il se compose de 20 juristes éminents originaires de plusieurs régions géographiques, systèmes juridiques et cultures, qui sont nommés par le Conseil d'administration du BIT pour un mandat de trois ans ; voir www.ilo.org et les renseignements communiqués à la Commission par le BIT, à consulter sur le site Web de la Commission du droit international, à l'adresse http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire est un exemple d'organe d'experts siégeant à titre personnel, dont le mandat a été établi par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 27/7 en date du 26 septembre 2013, Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante-huitième session, Supplément n° 53 (A/68/53/Add.1). Le Groupe de travail étant un organe subsidiaire du Conseil, il n'est pas un organe conventionnel d'experts au sens du projet de conclusion 13. Voir www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

internationale a été prise pour des raisons de cohérence, car le présent projet de conclusions ne porte pas sur la pertinence de la pratique des organisations internationales en matière d'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, sauf pour ce qui est de l'interprétation de leurs actes constitutifs (voir le projet de conclusion 12, en particulier le paragraphe 3). Cela n'exclut pas que la substance du présent projet de conclusions puisse s'appliquer, *mutatis mutandis*, à des prononcés d'organes d'experts indépendants qui ont le statut d'organe d'une organisation internationale.

5) L'expression « institué en vertu d'un traité » signifie que la création ou la compétence d'un organe d'experts déterminé résulte d'un traité. Dans la plupart des cas, il est facile de déterminer si ces conditions sont remplies, mais il peut y avoir aussi des cas limites. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple, est un organe qui a été institué par une résolution d'une organisation internationale[603], mais qui a ensuite reçu compétence pour « examiner » certaines « communications » en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[604]. Un tel organe est un organe conventionnel d'experts au sens du projet de conclusion 13 puisque c'est un traité qui définit l'exercice de certaines compétences par le Comité. Un autre cas incertain est celui du Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto créé en vertu du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, dont la création − par une décision de la Conférence des Parties − est implicitement envisagée à l'article 18 du Protocole[605].

Paragraphe 2 − primauté des règles du traité

6) Différents termes sont employés dans les traités pour désigner les actes des organes conventionnels d'experts, par exemple « constatations »[606], « recommandations »[607], « commentaires » ou « observations »[608], « mesures »[609] et « mesures consécutives »[610]. Dans le projet de conclusion 13, aux fins du présent projet de conclusions, c'est le terme général « prononcés »[611] qui est employé. Ce terme recouvre toutes les appréciations

603 Conseil économique et social, résolution 1985/17 du 28 mai 1985.

604 Art. 1 à 15 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, annexé à la résolution 63/117 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2008.

605 Le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, nº 30822, p. 162) a été créé en application de l'article 18 du Protocole et de la décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, adoptée par la Conférence des Parties à sa septième session (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

606 Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 7 c) ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 5, par. 4 ; et Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 9, par. 1.

607 Voir Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21, par. 1 ; Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 29 novembre 1989) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, nº 27531, p. 3), art. 45 d) ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006) (ibid., vol. 2716, nº 48088, p. 3), art. 33, par. 5 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) (ibid., vol. 1833, nº 31363, p. 3), art. 76, par. 8.

608 Voir Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 3 (« commentaires ») ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4 (« observations ») ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (« commentaires ») (New York, 18 décembre 1990) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, nº 39481, p. 3), art. 74.

609 Décision 1/7 sur l'examen du respect des dispositions (voir *supra*, note 598), sect. XI, par. 36, et sect. XII, par. 37 ; Convention unique sur les stupéfiants, art. 14.

610 Décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (voir *supra*, note 605), annexe, sect. XV.

611 Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), chap. III, par. 26 b) ; voir également le « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », Association de droit international, rapport de la soixante et onzième Conférence (voir *supra*, note 158), p. 5, par. 15 (rapport non traduit en français) ;

factuelles et normatives faites par des organes conventionnels d'experts. Parmi les autres termes généraux utilisés pour certains organes, on peut notamment citer « jurisprudence »[612] et « produits »[613]. Ces termes sont soit d'interprétation trop étroite, laissant entendre que le produit de cet organe a une signification juridique particulière, soit d'interprétation trop large, couvrant tous les actes d'un organe conventionnel d'experts, pour être appropriés aux fins du présent projet de conclusion, qui s'applique à une grande variété d'organes conventionnels d'experts.

7) Le paragraphe 2 vise à souligner que la force juridique éventuelle du prononcé d'un organe conventionnel d'experts dépend en tout premier lieu des règles spécifiques du traité. Les effets juridiques peuvent donc être très différents. On les détermine en appliquant les règles d'interprétation des traités énoncés dans la Convention de Vienne. Le plus souvent, il ressort du sens ordinaire du terme retenu dans le traité pour désigner tel ou tel prononcé, ou de son contexte, que ce prononcé n'a pas force obligatoire[614]. Ainsi en est-il des termes « constatations » (art. 5, par. 4, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques), « suggestions et recommandations » (art. 14, par. 8, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) et « recommandations » (art. 76, par. 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). Les mots « le traité » peuvent viser le traité établissant l'organe conventionnel d'experts comme le traité qui fait l'objet d'une interprétation. Il peut s'agir de deux instruments différents et des organes conventionnels d'experts peuvent ainsi parfois être autorisés à interpréter des traités autres que ceux en vertu desquels ils ont été établis[615].

8) Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente étude, de décrire en détail la compétence des différents organes conventionnels d'experts. Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, par exemple, adoptent en général un prononcé après l'examen de rapports étatiques (« observations

---

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans la législation nationale et sur le rôle des juridictions » (CDL-AD(2014)036), adopté par la Commission de Venise à sa 100e session plénière (Rome, 10 et 11 octobre 2014), p. 31, par. 78.

612 Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, aux pages 663 et 664, par. 66 ; Rodley, « The role and impact of treaty bodies » (*supra*, note 590), p. 640 ; A. Andrusevych et S. Kern (dir. publ.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014)*, 3e éd. (2016) (Lviv, Resource and Analysis Center « Society and Environment », 2011) ; « Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date », à consulter à l'adresse http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf (consulté le 8 juillet 2016).

613 R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law », dans *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, H. Keller et L. Grover (dir. publ.) (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2012), p. 356 à 413, à la page 402 ; Rodley, « The role and impact of treaty bodies » (voir *supra*, note 590), p. 639 ; K. Mechlem, « Treaty bodies and the interpretation of human rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), p. 905 à 947, à la page 908.

614 Ce point est généralement admis dans la doctrine, voir Association de droit international, rapport de la soixante et onzième Conférence (voir *supra*, note 158), p. 5, par. 18 ; Rodley, « The role and impact of treaty bodies » (voir voir *supra*, note 590), p. 639 ; C. Tomuschat, *Human Rights…* (voir *supra*, note 600), p. 233 et 267 ; D. Shelton, « The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies » in *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, H. P. Hestermeyer *et al*. (dir. publ.) (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 553 à 575, à la page 559 ; H. Keller et L. Grover, « General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy », dans Keller et Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (voir *supra*, note 613), p. 116 à 198, à la page 129 ; Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… (voir *supra*, note 611), p. 30, par. 76 ; pour le terme « déterminer » figurant à l'article 18 du Protocole de Kyoto et dans la décision 24/CP.7, voir G. Ulfstein et J. Werksmann, « The Kyoto compliance system: towards hard enforcement », dans *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, O. S. Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir. publ.) (Londres, Fridtjof Nansen Institut, 2005), p. 39 à 62, aux pages 55 et 56.

615 Voir, par exemple, les articles 1 et 2 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 10 décembre 2008, résolution 63/117 de l'Assemblée générale, annexe).

finales »), ou en réponse à des communications individuelles (« constatations »), ou à propos de questions générales concernant l'application ou l'interprétation de leurs instruments respectifs (« observations générales »)[616]. S'ils sont régis par différentes dispositions spécifiques du traité qui déterminent au premier chef leur effet juridique, ces prononcés interprètent souvent, explicitement ou implicitement, le traité, ce qui soulève certaines questions générales auxquelles le projet de conclusion 13 vise à répondre[617].

Paragraphe 3, première phrase − « peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure »

9) Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne peut en tant que tel constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 a) ou b) de l'article 31, puisque cette disposition suppose un accord des parties ou une pratique ultérieure des parties qui établit leur accord à l'égard de l'interprétation du traité. C'est ce qu'a confirmé, par exemple, la réaction d'États parties à un avant-projet du Comité des droits de l'homme tendant à ce que le « corps de jurisprudence » produit par le Comité, ou l'acceptation par les États de cette jurisprudence, constitue une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31. La proposition du Comité des droits de l'homme se lisait comme suit :

> « En ce qui concerne le corps de jurisprudence produit par le Comité, on peut considérer qu'il constitue une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité", au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou, selon une autre perspective, que l'acceptation par les États parties de ces décisions constitue cette pratique »[618].

10) Face aux critiques de certains États[619], le Comité n'a pas maintenu sa proposition et a adopté son observation générale n° 33 sans faire référence au paragraphe 3 b) de l'article 31[620]. Ceci confirme qu'un prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne saurait, en tant que tel, constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31[621].

11) Les prononcés d'un organe conventionnel d'experts peuvent cependant donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties par laquelle est établi leur accord à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31. Cette possibilité a été admise par des États[622], par la

---

616 W. Kälin, « Examination of state reports », dans Keller et Grover, *UN Human Rights Treaty Bodies…* (voir *supra*, note 613), p. 16 à 72 ; G. Ulfstein, « Individual complaints », ibid., p. 73 à 115 ; Mechlem, « Treaty bodies … » (voir *supra*, note 613), p. 922 à 930 ; les observations générales formulées au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont pour base juridique l'article 40, par. 4, du Pacte, mais cette pratique a été également admise de façon générale en ce qui concerne d'autres organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, voir Keller et Grover, « General comments… » (voir *supra*, note 614), p. 127 et 128.

617 Par exemple, Rodley, « The role and impact of treaty bodies » (voir *supra*, note 590), p. 639 ; Shelton, « The legal status of normative pronouncements… » (voir *supra*, note 614), p. 574 et 575 ; A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 155.

618 Projet d'observation générale n° 33 (Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) (deuxième version révisée au 18 août 2008) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 août 2008, par. 17 ; cette position a également été avancée par plusieurs auteurs, voir Keller et Grover, « General comments… » (voir *supra*, note 614), p. 130 à 132, avec d'autres références.

619 Voir, par exemple, « Comments of the United States of America on the Human Rights Committee's "Draft general comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant [on] Civil and Political Rights" », 17 octobre 2008, par. 17. À consulter à l'adresse www.state.gov/documents/organization/138851.pdf (consulté le 8 juillet 2016).

620 Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 40* (A/64/40), vol. I, annexe V.

621 Dörr, « Article 31… » (voir *supra*, note 61), p. 600, par. 85.

622 Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Sixième Commission*, compte rendu analytique de la 22e séance (A/C.6/70/SR.22), 6 novembre 2015, par. 46 (États-Unis : « … les réactions des États parties aux déclarations ou activités d'un organe conventionnel peuvent, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure (de ces États)

Commission[623] et aussi par l'Association de droit international[624] et par un grand nombre d'auteurs[625]. Rien n'empêche en effet un prononcé d'un organe conventionnel d'experts de donner naissance, ou de faire référence, à un accord ultérieur entre les parties ou une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties elles-mêmes à l'égard de l'interprétation d'un traité.

12) S'il est donc possible, en principe, que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts donne naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens des alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 31, ce résultat reste difficilement envisageable en pratique. La plupart des traités de portée universelle qui créent des organes conventionnels d'experts comptent un grand nombre de parties. Il sera souvent difficile d'établir que toutes les parties sont convenues, expressément ou implicitement, que tel prononcé d'un organe conventionnel d'experts exprime une certaine interprétation du traité.

13) Un moyen de déterminer un accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité figurant dans un prononcé d'un organe conventionnel d'experts consiste à étudier les résolutions d'organes d'organisations internationales ainsi que de conférences des États parties. En particulier, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent faire référence, expressément ou implicitement, à des prononcés d'organes conventionnels d'experts. Tel est le cas, par exemple, de deux résolutions de l'Assemblée générale portant sur la « protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste »[626], qui renvoient expressément à l'observation générale n° 29 (2001) du Comité des droits de l'homme sur les dérogations aux dispositions du Pacte lors d'un état d'urgence[627]. Les deux résolutions réaffirment l'obligation incombant aux États de respecter certains droits garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne souffrant aucune dérogation quelles que soient les circonstances, et soulignent le « caractère exceptionnel et provisoire » des mesures dérogatoires en reprenant les termes employés dans l'observation générale n° 29 pour interpréter et ainsi préciser l'obligation des États de satisfaire aux prescriptions de l'article 4 du Pacte[628]. Ces résolutions ayant été adoptées sans vote par l'Assemblée générale, elles correspondraient à un accord ultérieur au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31, si le consensus constituait un acquiescement de toutes les parties à l'interprétation contenue dans le prononcé[629].

14) Le prononcé du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 15 (2002) selon laquelle les articles 11 et 12 du Pacte prévoient implicitement un droit à l'eau[630], offre une autre illustration de la manière dont un accord des parties peut s'établir. Après avoir débattu de la question pendant plusieurs années, l'Assemblée générale a, le 17 décembre 2015, adopté sans vote une résolution qui définit le droit de

au sens de l'article 31, par. 3 »).

623 Voir par. 11) du commentaire du projet de conclusion 3.

624 Voir Association de droit international, rapport de la soixante et onzième Conférence (voir *supra*, note 158), p. 6, par. 21.

625 Voir, par exemple, M. Kanetake, "UN human rights treaty monitoring bodies before domestic courts", *International and Comparative Law* Quarterly, vol. 67 (2018), p. 201 à 232, à la page 218 ; Mechlem, « Treaty bodies… » (voir *supra*, note 613), p. 920 et 921 ; B. Schlütter, « Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies », dans Keller et Grover, UN Human Rights Treaty Bodies… (voir *supra*, note 613), p. 289 et 290 ; E. Klein et D. Kretzmer, "The UN Human Rights Committee: the general comments − the evolution of an autonomous monitoring instrument", *German Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), p. 189 à 229, aux pages 205 et 206 ; G. Ulfstein et J. Werksmann, « The Kyoto compliance system… » (voir *supra*, note 614), p. 96.

626 Résolutions de l'Assemblée générale 65/221 en date du 21 décembre 2010, par. 5, note 8, et 68/178 en date du 18 décembre 2013, par. 5, note 8.

627 Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40* (A/56/40), vol. I, annexe VI.

628 Ibid., par. 2.

629 Voir projet de conclusion 11, par. 3, et commentaire y relatif.

630 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 15 (2002), *Documents officiels du Conseil économique et social 2003, Supplément n° 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), annexe IV, par. 2 (« Le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun. »).

l'homme à l'eau potable en reprenant les termes employés par le Comité dans son observation générale n° 15 pour interpréter ce droit[631]. Si le consensus constituait le consentement de toutes les parties à l'interprétation qui est contenue dans le prononcé, alors cette résolution peut faire référence à un accord au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31[632].

15) D'autres résolutions de l'Assemblée générale font expressément référence à des prononcés d'organes conventionnels d'experts[633] ou invitent les États à prendre en considération les recommandations, observations ou observations générales des organes conventionnels pertinents au sujet de l'application des traités correspondants[634]. Les résolutions de conférences des États parties peuvent en faire de même, comme c'est le cas à l'égard des recommandations du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus[635]. Il faut néanmoins rester prudent avant de tirer une quelconque conclusion quant à savoir si ces résolutions impliquent un accord ultérieur ou une pratique ultérieurement suivie par les parties au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31.

16) Même s'il ne donne pas naissance, ou ne fait pas référence, à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord de toutes les parties à un traité, le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être utile pour la détermination d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 qui n'établit pas un tel accord. On peut citer à titre d'exemple les résolutions du Conseil des droits de l'homme qui font référence à des observations générales du Comité des droits de l'homme ou du Comité des droits économiques, sociaux et culturels[636]. Même si le Conseil compte un nombre restreint de membres, de telles résolutions peuvent être utiles aux fins de l'interprétation d'un traité en tant qu'expression d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Un autre exemple concerne l'Organe international de contrôle des stupéfiants[637]. Plusieurs États ont été à l'origine d'une pratique ultérieure au sens de l'article 32 en marquant leur désaccord sur les propositions de l'Organe concernant la création de lieux appelés « salles d'injection » et d'autres mesures de réduction des risques[638], et en reprochant à l'Organe d'interpréter de

---

631 La résolution 70/169 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 2015 rappelle l'observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'eau (voir *supra*, note 630) et reprend les mêmes termes : « Reconnaît que le droit de l'homme à l'eau potable doit permettre à chacun d'avoir accès sans discrimination, physiquement et à un coût abordable, à un approvisionnement suffisant en eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques » (par. 2).

632 Voir projet de conclusion 11, par. 3, et commentaire y relatif, par. 31) à 38) ; s'agissant de la résolution 70/169 sur le droit à l'eau (voir *supra*, note 631) « … les États-Unis se dissocient du consensus sur le paragraphe 2 au motif que le libellé utilisé pour définir le droit à l'eau et à l'assainissement n'est fondé que sur les vues du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Rapporteur spécial et n'apparaît dans aucun accord international ni ne traduit un consensus international » (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Troisième Commission, 55e séance* (A/C.3/70/SR.55), 24 novembre 2015, par. 144). Cette déclaration ne fait pas clairement ressortir si les États-Unis souhaitaient ainsi simplement réaffirmer leur position selon laquelle la résolution ne reconnaissait au prononcé du Comité, en tant que tel, aucun effet particulier, ou s'ils n'étaient pas d'accord sur la définition au fond.

633 Voir la résolution 69/166 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, rappelant l'observation générale n° 16 du Comité des droits de l'homme sur le droit de chacun à la protection contre les immixtions dans sa vie privée, sa famille, son domicile et sa correspondance et à la protection de son honneur et de sa réputation (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 40* (A/43/40), annexe VI).

634 Voir la résolution 69/157 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, et la résolution 68/147 en date du 18 décembre 2013, adoptée sans vote.

635 Décision 1/7 sur l'examen du respect des dispositions (voir *supra*, note 598), annexe, sect. III et XII, par. 37 ; V. Koester, « The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) », dans *Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control*, G. Ulfstein *et al.* (dir. publ.) (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2007), p. 179 à 217, à la page 203.

636 Voir les résolutions 28/16 du 26 mars 2015 et 28/19 du 27 mars 1015 du Conseil des droits de l'homme, adoptées sans vote (rapport du Conseil des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 53* (A/70/53)).

637 Voir *supra*, note 599.

638 Voir *Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2009* (E/INCB/2009/1,

façon trop stricte les conventions relatives aux stupéfiants et d'outrepasser les limites de son mandat[639].

17) La première phrase du paragraphe 3 indique de quelles manières le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être pertinent pour des accords ultérieurs et une pratique ultérieure des parties à un traité, au moyen des termes « peut donner naissance » et « ou faire référence à ». L'expression « peut donner naissance » vise des situations dans lesquelles un prononcé précède la pratique et l'éventuel accord des parties. Dans ce cas, le prononcé peut servir de catalyseur pour la pratique ultérieure des États parties[640]. L'expression « faire référence à », en revanche, vise des situations dans lesquelles la pratique ultérieure et l'éventuel accord des parties se sont développés avant le prononcé, ce dernier ne donnant alors qu'une indication concernant cet accord ou cette pratique. Dans le paragraphe 3, il a été décidé d'employer l'expression « faire référence à » de préférence au verbe « refléter » afin de montrer que ce n'est pas le prononcé lui-même qui intègre une pratique ultérieure ou un accord ultérieur des parties. Il n'est cependant pas nécessaire que le prononcé fasse expressément référence à cette pratique ultérieure ou cet accord ultérieur[641].

Paragraphe 3, deuxième phrase − le silence n'est pas présumé constituer une pratique ultérieure

18) L'accord de toutes les parties à un traité, voire d'un grand nombre d'entre elles, au sujet de l'interprétation formulée dans un prononcé n'est souvent envisageable que si l'absence d'objections peut être assimilée à un accord des États parties qui ont gardé le silence. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 dispose ce qui suit, à titre de règle générale : « Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction. »[642]. La deuxième phrase du paragraphe 3 vise, non pas à reconnaître une exception à cette règle générale, mais plutôt à préciser et appliquer cette règle aux cas typiques des prononcés d'organes d'experts.

19) Cela signifie, en particulier, que l'on ne doit pas normalement attendre des États parties qu'ils prennent position à l'égard de tout prononcé d'un organe conventionnel d'experts, que celui-ci s'adresse à un autre État ou à tous les États en général[643]. Par contre, les États parties peuvent être tenus, au titre du devoir général, de coopérer dans le cadre de certains traités, de prêter attention et de réagir aux prononcés d'un organe conventionnel

publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.XI.1), par. 278 ; voir aussi P. Gallahue, « International drug control », dans *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, A. Nollkaemper et I. Plakokefalos (dir. publ.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), p. 171, note 55.

639 D. Barrett, *Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies* (Londres, International Harm Reduction Association, 2008), p. 8 ; D. R. Bewley-Taylor, *International Drug Control: Consensus Fractured* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012), p. 124 à 126.

640 Voir, par exemple, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale nº 35 (2017) sur la violence sexiste à l'égard des femmes, portant actualisation de la recommandation générale nº 19 (CEDAW/C/GC/35) : « Pendant plus de 25 ans, la pratique des États parties a donné raison à l'interprétation du Comité. L'*opinio juris* et la pratique des États semblent indiquer que l'interdiction de la violence sexiste à l'égard des femmes est devenue un principe de droit international coutumier », citant la pratique des États et l'*opinio juris* ainsi que des décisions de justice à l'appui de l'affirmation selon laquelle « [l]a recommandation générale nº 19 a joué un rôle capital dans ce processus », (ibid., par. 2).

641 Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont rarement tenté de déterminer précisément la pratique des parties aux fins de l'interprétation d'une disposition conventionnelle particulière ; voir des exemples dans G. Nolte, « Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time », dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra*, note 25), p. 210 à 278 ; Schlütter, « Aspects of human rights interpretation… » (voir *supra*, note 625), p. 318.

642 Voir projet de conclusion 10, par. 2.

643 Voir G. Ulfstein et J. Werksmann, « The Kyoto compliance system… » (voir *supra*, note 614), p. 97 ; Van R. Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies… » (voir *supra*, note 613), p. 410.

d'experts qui leur sont spécifiquement adressés[644], ou à des communications individuelles concernant leur propre comportement[645].

Paragraphe 4 − sans préjudice de toute autre contribution

20) Le projet de conclusion 13 ne traite que de la contribution que des organes conventionnels d'experts peuvent apporter à l'interprétation d'un traité en donnant naissance ou en faisant référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens des alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 31 et de l'article 32. Le paragraphe 4 indique que le projet de conclusion est sans préjudice de la contribution qu'apportent de tels organes à l'interprétation des traités dans le cadre de leur mandat.

21) La Cour internationale de Justice a confirmé, en particulier dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que les prononcés du Comité des droits de l'homme étaient pertinents aux fins de l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, indépendamment de la question de savoir si ces prononcés donnaient naissance ou faisaient référence à un accord des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 :

> « Le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif, ainsi que dans le cadre de ses "Observations générales".
>
> Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celles du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles »[646].

---

644 Pour un tel prononcé concernant la validité substantielle d'une réserve qui a été formulée, voir la directive 3.2.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités et le paragraphe 3) du commentaire y relatif, adoptés par la Commission en 2011, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10/Add.1).

645 C. Tomuschat, « Human Rights Committee », in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 14 (« States parties cannot simply ignore them [individual communications], but have to consider them in good faith (*bona fide*) … not to react at all … would appear to amount to a violation… » [Les États parties ne peuvent pas simplement ignorer [les communications individuelles], mais doivent les prendre en considération de bonne foi (*bona fide*) […] l'absence de réaction passerait pour une violation]), dans ce sens également, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Étude n° 690/2012 et Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans la législation nationale et sur le rôle des juridictions, adopté par la Commission de Venise à sa 100e session plénière (Rome, 10 et 11 octobre 2014), par. 78 et 79.

646 *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, aux pages 663 et 664, par. 66 ; voir aussi *jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012*, p. 10, à la page 27, par. 39 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, aux pages 179 à 181, par. 109, 110 et 112 et aux pages 192 et 193, par. 136, où la Cour mentionne divers prononcés du Comité des droits de l'homme et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels ; voir également *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457, par. 101, affaire dans laquelle la Cour se réfère à des prononcés du Comité contre la torture aux fins de déterminer la portée temporelle de la Convention contre la torture.

22) Les juridictions et organes régionaux des droits de l'homme tiennent compte eux aussi de prononcés d'organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation des traités qu'elles doivent appliquer[647]. Différentes juridictions internes, tout en considérant que les prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme n'ont, en soi, aucun caractère juridiquement contraignant à leur égard[648], ont reconnu cependant qu'il y avait lieu d'accorder à ces prononcés une grande importance aux fins d'établir le sens d'un droit à prendre en considération ou de déterminer la présence d'une violation[649].

23) La Commission elle-même, dans ses commentaires afférents au Guide de la pratique sur les réserves aux traités[650], a abordé la question de la pertinence des prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme à l'égard des réserves[651].

24) Les décisions des juridictions n'expliquent pas toujours entièrement la pertinence des prononcés des organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité. Dans l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice s'est référée à la « pratique constante du Comité des droits de l'homme » pour étayer sa propre interprétation d'une

---

[647] Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, arrêt *(Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, 28 août 2013, série C nº 268, par. 189 et 191 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, Communication nº 218/98, Décisions sur les communications présentées à la Commission, vingt-neuvième session ordinaire, Tripoli, mai 2001, par. 24 (« En interprétant et en appliquant la Charte africaine, la Commission … doit également se conformer à la Charte africaine, aux normes internationales des droits de l'homme définies dans la Charte qui comprennent les décisions et commentaires généraux des organes des Nations Unies créés par traités ») ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Centre and The Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Communication nº 155/96, Décisions sur les communications présentées à la Commission africaine, trentième session ordinaire, Banjul, octobre 2001, par. 63 (« s'inspire de la définition du terme "expulsions forcées" donnée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels [dans son observation générale nº 7] ») ; Cour européenne des droits de l'homme, *Magyar Helsinki Bizottsag c. Hongrie* [GC] (voir *supra*, note 341), par. 141 ; *Margus c. Croatie* [GC], nº 4455/10, CEDH 2014 (extraits), par. 48 à 50 ; *Baka c. Hongrie*, nº 20261/12, 27 mai 2014, par. 58 ; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, nº 8139/09, CEDH 2012 (extraits), par. 107 et 108, 147 à 151, 155 et 158 ; *Gäfgen c. Allemagne* [GC], nº 22978/05 CEDH 2010, par. 68 et 70 à 72 ; voir aussi Association de droit international, rapport de de la soixante et onzième Conférence (voir *supra*, note 158), p. 29 à 38, par. 116 à 155.

[648] Voir les décisions citées dans Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… » (voir *supra*, note 611), par. 76, notes 172 et 173 (Irlande, Cour suprême, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General* [2002] IESC 13 (1er mars 2002), par. 36 ; France, Conseil d'État, *Hauchemaille c. France*, affaire nº 238849, 11 octobre 2001, ILDC 767 (FR 2001), par. 22).

[649] Association de droit international, rapport de la soixante et onzième Conférence (*supra*, note 158), p. 43, par. 175 ; Allemagne, Cour fédérale administrative, BVerwGE, vol. 134, p. 1, à la page 22, par. 48 ; Colombie, Cour constitutionnelle, Sentencia T-077/13 (2013), 14 février 2013 ; Inde, Haute Cour de Delhi, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, WP(C) nº 8853 de 2008, et nº 10700 de 2009 (2010), arrêt du 4 juin 2010, par. 23 ; Bangladesh, Division de la Haute Cour de la Cour suprême, *Bangladesh Legal Aid and Services Trust and ors v. Government of Bangladesh*, requêtes nº 5863 de 2009, nº 754 de 2010, nº 4275 de 2010, ILDC 1916 (BD 2010), 8 juillet 2010, par. 45 ; mais voir Espagne, Tribunal Supremo de Espãna, sentencia núm. 1263/2018, 17 juillet 2018, fundamento de derecho séptimo, p. 23 et 24.

[650] Rapport de la Commission du droit international (2011), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10/Add.1).

[651] « Bien entendu, si ces organes sont dotés d'un pouvoir de décision, les parties doivent respecter leurs décisions, mais il n'en va ainsi à l'heure actuelle que des cours régionales des droits de l'homme, seules investies d'un tel pouvoir. Les autres organes de contrôle sont quant à eux dépourvus du pouvoir juridique de décider dans le domaine des réserves comme dans les autres dans lesquels ils disposent d'une compétence de constatation. Dès lors, leurs conclusions ne sont pas juridiquement obligatoires et les États parties doivent seulement "tenir compte" de bonne foi de leur appréciation. » (ibid., par. 3) du commentaire de la directive 3.2.3).

disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[652]. Cela laisse supposer que les prononcés d'organes conventionnels d'experts doivent être utilisés de la façon discrétionnaire correspondant à ce que l'article 32 présente comme des moyens complémentaires d'interprétation [653], et qu'ils contribuent aussi « à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité »[654]. Si les prononcés d'organes conventionnels d'experts ne sont pas la pratique d'une partie au traité, ils sont néanmoins un comportement prescrit par le traité dont le but est de contribuer à la bonne application de celui-ci. Partant du principe que les « différentes activités des organes [conventionnels] touchent à différentes sources », il est également fait référence au paragraphe 1 d) de l'article 38 du Statut de Rome de la Cour internationale de Justice, les prononcés de ces organes étant ainsi qualifiés du point de vue de leur valeur juridique de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »[655].

25) L'expression « dans le cadre de leurs mandats » réaffirme le paragraphe 2 du projet de conclusion 13, qui précise que la pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité en vertu duquel ces organes agissent. Le paragraphe 4 s'applique en principe à tous les organes conventionnels d'experts. Toutefois, la mesure dans laquelle les prononcés d'organes conventionnels d'experts contribuent à l'interprétation des traités « dans le cadre de leurs mandats » varie, comme l'indique l'utilisation du pluriel.

---

652 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109.

653 La Haute Cour d'Osaka a expressément déclaré : « On peut considérer qu'il faut s'appuyer sur les "observations générales" et les "constatations" comme moyens complémentaires d'interprétation du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques]. », Haute Cour d'Osaka, arrêt du 28 octobre 1994, cité dans le rapport de la soixante et onzième Conférence de l'Association de droit international (voir *supra*, note 158), par. 85, note 178, également publié dans le *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), aux pages 129 et 130 ; voir aussi, par exemple, Pays-Bas, Tribunal d'appel central, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (à consulter à l'adresse http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, consulté le 11 juillet 2016) ; Royaume-Uni, d'une part, Chambre des Lords, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 juin 2006 [2006] UKHL 26 (« dénué de valeur ») et, d'autre part, Chambre des Lords, *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, par. 34 à 36 (s'appuyant sur les prononcés d'organes conventionnels pour établir une règle d'irrecevabilité interdisant l'utilisation de renseignements obtenus par la torture) et Court of Appeal, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence, Application for judicial review* (2005) EWCA Civ 1609, (2006) HRLR 7, par. 101 (citant l'observation générale nº 31 du Comité des droits de l'homme pour établir l'application extraterritoriale de la loi de 1998 sur les droits de l'homme) ; Afrique du Sud, d'une part, Haute Cour du Witwatersrand, *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council*, 2002 (6) BCLR, p. 625, à la page 629 (« les observations générales font autorité en droit international »), cité au paragraphe 11 du rapport de la soixante et onzième Conférence de l'Association de droit international (*supra*, note 158) et, d'autre part, Cour constitutionnelle, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (nº 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, par. 26 et 37 (rejetant l'exécution de l'« obligation fondamentale minimum » définie par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son observation générale nº 3 (*Documents officiels du Conseil économique et social 1991, Supplément nº 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8 et Corr.1), annexe III, p. 86) ; Japon, tribunal de district de Tokyo, jugement du 15 mars 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, à la page 74 (« l'observation générale ne constitue pas une interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques faisant autorité et elle n'impose pas davantage au Japon une interprétation du Pacte »), cité au paragraphe 87 du rapport de la soixante et onzième Conférence de l'Association de droit international (*supra*, note 158).

654 Voir par. 15) du commentaire du projet de conclusion 2 ; voir aussi projet de conclusion 12, par. 3.

655 C. Chinkin, « Sources », dans *International Human Rights Law*, 3e éd., D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran et D. J. Harris (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2018), p. 63 à 85, aux pages 78 à 80, en tant qu'enseignements et peut-être également en tant que décisions de justice ; dans cette direction également : R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, "The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law", dans Keller et Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies* (voir *supra*, note 613), p. 408 et 410 et suiv.

Chapitre V
Détermination du droit international coutumier

A. Introduction

53. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et a désigné Sir Michael Wood Rapporteur spécial pour ce sujet[656]. Au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé de renommer le sujet comme suit : « Détermination du droit international coutumier »[657].

54. De sa soixante-cinquième (2013) à sa soixante-huitième session (2016), la Commission a examiné quatre rapports du Rapporteur spécial[658], ainsi que deux études du secretariat[659].

55. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 16 projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, assortis de commentaires[660]. Elle a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre les projets de conclusion, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations[661].

B. Examen du sujet à la présente session

56. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/717), et d'un additif à ce rapport contenant une bibliographie actualisée sur le sujet (A/CN.4/717/Add.1), ainsi que des commentaires et observations présentés par les États (A/CN.4/716). En outre, la Commission était saisie d'une étude du secrétariat concernant les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710).

57. La Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial à ses 3396e à 3402e séances, du 7 au 14 mai 2018. À sa 3402e séance, le 14 mai 2018, elle a renvoyé les projets de conclusions 1 à 16 au Comité de rédaction, en lui donnant pour instruction de commencer la seconde lecture des projets de conclusion sur la base des propositions du Rapporteur, compte tenu des commentaires et observations présentés par les États et du débat tenu en séance plénière sur le rapport du Rapporteur spécial.

58. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.908) à sa 3412e séance, le 25 mai 2018, et a adopté, en seconde lecture, l'intégralité de l'ensemble de projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier (voir *infra*, sect. E.1).

---

656 3132e séance, le 22 mai 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 157). Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe A de son rapport sur les travaux de cette session (ibid., *soixante-sixième session, Supplément no 10* (A/66/10), p. 305 à 314). Dans sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

657 Ibid., *soixante-huitième session, Supplément no 10* (A/68/10), par. 65.

658 Voir A/CN.4/663 (premier rapport), A/CN.4/672 (deuxième rapport), A/CN.4/682 (troisième rapport), A/CN.4/695 et Add.1 (quatrième rapport et additif).

659 Voir A/CN.4/659 (étude du secrétariat) et A/CN.4/691 (étude du secrétariat).

660 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10), par. 57 et 59.

661 Ibid., par. 60.

59. À sa 3402e séance, le 14 mai 2018, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail, sous la présidence de M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, en vue d'aider le Rapporteur spécial à élaborer les projets de commentaire des projets de conclusion qui seraient soumis à l'adoption de la Commission. Le groupe de travail a tenu deux réunions les 3 et 4 mai 2018.

60. À ses 3441e à 3443e séances, les 2 et 3 août 2018, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusion susmentionnés (voir *infra*, sect. E.2).

61. À sa 3441e séance, le 2 août 2018, la Commission a demandé que l'étude du secrétariat concernant les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710) fasse l'objet d'un nouveau tirage qui tienne compte du texte des projets de conclusion et des commentaires adoptés en seconde lecture.

62. Conformément à son Statut, la Commission soumet les projets de conclusion à l'Assemblée générale, assortis de la recommandation énoncée ci-après.

C. Recommandation de la Commission

63. À sa 3444e séance, le 6 août 2018, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son Statut, de recommander à l'Assemblée générale :

a) De prendre note du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, de l'annexer à celle-ci et d'en assurer la plus large diffusion possible ;

b) De recommander le projet de conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de quiconque peut être appelé à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier ;

c) De prendre note de la bibliographie établie par le Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1) ;

d) De prendre note de l'étude du secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710), qui vise à faire le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et à proposer des moyens de l'améliorer ;

e) De donner suite aux propositions formulées dans l'étude du secrétariat :

i) En appelant l'attention des États et des organisations internationales sur l'intérêt de publier des recueils et des études concernant leur pratique en matière de droit international, de continuer de diffuser largement leur pratique législative, exécutive et judiciaire, et de prendre toutes les mesures possibles pour soutenir les publications et les bibliothèques spécialisées en droit international ;

ii) En demandant au secrétariat de continuer à élaborer et à améliorer les publications des Nations Unies dans lesquelles sont recensés des documents relatifs au droit international coutumier et de veiller à ce qu'elles soient publiées en temps opportun ;

iii) En demandant également au secrétariat de faire en sorte que les informations figurant dans les annexes à l'étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710) soient publiées dans une base de données en ligne actualisée régulièrement en fonction des éléments présentés par les États, les organisations internationales et des autres entités concernées[662].

[662] A/CN.4/710, par. 7 à 10.

D. Hommage au Rapporteur spécial

64. À sa 3444e séance, le 6 août 2018, la Commission, après avoir adopté le texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, a adopté la résolution ci-après par acclamation :

« *La Commission du droit international*,

Ayant adopté les projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier,

Exprime au Rapporteur spécial, Sir Michael Wood, ses profonds remerciements et chaleureuses félicitations pour l'éminente contribution qu'il a apportée à l'établissement des projets de conclusion grâce à ses efforts inlassables et à son dévouement, ainsi que pour les résultats obtenus dans l'élaboration des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier. ».

E. Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier

1. Texte des projets de conclusion

65. Le texte des projets de conclusion adoptés par la Commission, en seconde lecture, à sa soixante-dixième session est reproduit ci-après.

Détermination du droit international coutumier

Première partie
Introduction

Conclusion 1
Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Deuxième partie
Approche fondamentale

Conclusion 2
Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 3
Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Troisième partie
Pratique générale

Conclusion 4
Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Conclusion 5
Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Conclusion 6
Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Conclusion 7
Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances.

Conclusion 8
La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Quatrième partie
Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Conclusion 9
Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (opinio juris)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Conclusion 10
Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Cinquième partie
Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

Conclusion 11
Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;

b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou

c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit *(opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Conclusion 12
Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer

l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13
Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14
Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Sixième partie
Objecteur persistant

Conclusion 15
Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général *(jus cogens*).

Septième partie
Droit international coutumier particulier

Conclusion 16
Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qu'ils acceptent comme étant le droit (*opinio juris*) applicable entre eux.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs

66. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture par la Commission est reproduit ci-après.

Détermination du droit international coutumier

Commentaire général

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Les présents projets de conclusion concernent le mode de détermination des règles de droit international coutumier. Ils visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu. Cette question n'intéresse pas seulement les spécialistes du droit international public ; d'autres praticiens, y compris ceux qui collaborent avec les juridictions nationales, sont de plus en plus appelés à mettre en évidence des règles de droit international coutumier. Dans chaque cas, une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation est nécessaire pour que toute règle du droit international coutumier soit dûment déterminée, de manière à renforcer la crédibilité de cette détermination ainsi que, plus généralement, celle du droit international coutumier.

3) Le droit international coutumier est un droit non écrit, issu d'une pratique acceptée comme étant le droit. Il reste une source importante du droit international public[663]. Il fait partie des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui vise, en son alinéa b), « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »[664]. Ce libellé fait ressortir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (souvent appelée *opinio juris*)[665].

4) La détermination du droit international coutumier est un sujet sur lequel il existe une abondante documentation, y compris des décisions de jurisprudence et des travaux de doctrine[666]. Les projets de conclusion rendent compte de la démarche adoptée par les États, ainsi que par les juridictions et les organisations internationales et la plupart des auteurs. Partant du constat que le processus de détermination du droit international coutumier ne se

---

663 Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu'il n'existe que peu, ou pas, de traités applicables. Même lorsqu'un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. De plus, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier, et ces règles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des traités conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331 (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »)). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l'époque où certains faits se sont produits (« le droit intertemporel »), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. En tout état de cause, une règle du droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d'un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité (voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 93 à 96, par. 174 à 179 ; Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, aux pages 48 et 49, par. 88).

664 Ce libellé a été proposé par le Comité consultatif de juristes, institué par la Société des Nations en 1920 pour élaborer un projet de statut de la Cour permanente de justice internationale ; il a été conservé, sans changement, dans le Statut de la Cour internationale de Justice en 1945. Si ce libellé a été critiqué en raison de son imprécision, il est néanmoins considéré comme exprimant de façon synthétique l'essence du droit international coutumier.

665 Dans les projets de conclusion et les commentaires, l'expression latine a été conservée parallèlement à la formule « acceptation comme étant le droit », non seulement parce qu'elle est largement employée dans le discours juridique (y compris dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), mais aussi parce qu'elle caractérise mieux la nature particulière de cet élément subjectif, qui constitue une conviction juridique plutôt qu'un consentement formel.

666 Le présent commentaire ne mentionne pas de textes de doctrine sur le sujet, bien que ceux-ci puissent être utiles (et que le Rapporteur spécial y fait abondamment référence dans ses rapports). Pour une bibliographie, notamment des ouvrages correspondant à des thèmes traités dans différents projets de conclusion, ou ayant trait au droit international coutumier dans différents domaines, voir l'annexe II du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1).

prête pas toujours à des formulations précises, les projets de conclusion visent à indiquer la voie à suivre sans être excessivement prescriptifs.

5) Les 16 projets de conclusion énoncés ci-après se répartissent en sept parties. La première partie est consacrée à la portée et à l'objet. La deuxième partie décrit l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier, celle des « deux éléments ». Les troisième et quatrième parties donnent plus d'indications sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, qui servent également de critères de détermination, « une pratique générale » et « l'acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*). La cinquième partie traite de certaines catégories d'éléments qui sont fréquemment invoqués pour la détermination de règles de droit international coutumier. Alors que les règles de droit international coutumier sont contraignantes pour tous les États, les sixième et septième parties sont consacrées à deux situations exceptionnelles : l'objecteur persistant et le droit international coutumier particulier (règles du droit international coutumier qui ne s'appliquent qu'entre un nombre limité d'États).

Première partie
Introduction

La première partie, qui ne comporte qu'un seul projet de conclusion, définit la portée des projets de conclusion, en donnant un aperçu de leur fonction et de leur objet.

Conclusion 1
Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il dispose que les projets de conclusion concernent la manière dont les règles de droit international coutumier doivent être déterminées, c'est-à-dire qu'il énonce la méthode juridique applicable pour entreprendre cet exercice.

2) L'expression « droit international coutumier » est employée dans tout le texte des projets de conclusion, car elle est couramment utilisée et traduit le plus clairement la nature de cette source du droit international. Parmi les autres termes que l'on trouve parfois dans des instruments juridiques, dans la jurisprudence et dans la doctrine, on peut citer « coutume », « coutume internationale » et « droit coutumier international », ainsi que « droit des gens » et « droit international général »[667].

3) Dans le présent texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs, les « règles » de droit international coutumier englobent les dispositions de droit international coutumier qui sont susceptibles d'être qualifiées de « principes » en raison de leur caractère plus général et plus fondamental[668].

[667] Certains de ces termes peuvent être employés dans d'autres sens ; en particulier, l'expression « droit international général » est employée de diverses manières (sans que cela soit toujours clairement précisé), notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel ou de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Pour une analyse de l'expression « droit international général », voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, à la page 782 (opinion individuelle de la juge Donoghue, par. 2) et aux pages 846 à 849 (opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, par. 12 à 17).

[668] Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, aux pages 288 à 290, par. 79 (« Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit […] que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte [de la détermination du droit international applicable] on entend manifestement par "principes" des principes de droit, donc aussi des règles de droit international pour lesquelles

4) Les termes « identify » et « determine » sont utilisés de manière interchangeable dans le texte anglais des projets de conclusion et des commentaires. L'idée de déterminer « l'existence et le contenu » des règles de droit international coutumier traduit le fait qu'il est souvent nécessaire de déterminer à la fois l'existence et le contenu d'une règle mais que, dans certains cas, alors que l'existence de la règle est admise, son contenu exact est contesté. Tel peut être le cas, par exemple, s'il est question de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) coïncide en fait avec une règle existante de droit international coutumier ou s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier.

5) Les projets de conclusion portent sur la détermination des règles de droit international coutumier et ne traitent donc pas directement des processus d'élaboration du droit international coutumier dans le temps. Cela étant, dans la pratique, la détermination ne peut pas toujours être envisagée isolément de la formation ; la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut très bien nécessiter l'examen des processus par lesquels cette règle a vu le jour. Il est donc inévitable que les projets de conclusion renvoient parfois à la formation des règles de droit international coutumier. Cependant, les projets de conclusion ne traitent pas systématiquement de la façon dont ces règles apparaissent, évoluent ou prennent fin.

6) Plusieurs autres questions sont extérieures au champ d'application des projets de conclusion. Premièrement, ceux-ci ne traitent pas du fond du droit international coutumier ; ils ne visent que la question méthodologique du mode de détermination des règles de droit international coutumier[669]. Deuxièmement, les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, et les principes généraux de droit) ; ils n'abordent cet aspect que dans la mesure où cela est nécessaire pour expliquer comment il convient de déterminer les règles de droit international coutumier. Troisièmement, les projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles de droit international, y compris en ce qui concerne les normes impératives de droit international général (*jus cogens*), ou des questions relatives au caractère *erga omnes* de certaines obligations. Quatrièmement, les projets de conclusion ne portent pas sur le statut du droit international coutumier dans les ordres juridiques nationaux. Enfin, les projets de conclusion n'abordent pas en termes généraux la question d'une possible charge de la preuve quant à l'existence du droit international coutumier.

Deuxième partie
Approche fondamentale

La deuxième partie expose l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier. Dans les deux projets de conclusion qu'elle comprend, il est précisé que la détermination d'une règle du droit international coutumier suppose que soit établie l'existence de deux éléments constitutifs : une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), ce qui exige une analyse minutieuse de la preuve de chaque élément.

Conclusion 2
Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

l'appellation de "principes" peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental. »).

669 En conséquence, toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie, et non le fond des décisions.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 expose l'approche fondamentale selon laquelle la détermination d'une règle du droit international coutumier suppose une recherche concernant deux questions distinctes, mais liées : celles de savoir, d'une part, s'il existe une pratique générale et, d'autre part, si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit (c'est-à-dire assortie de l'*opinio juris*). En d'autres termes, il faut examiner ce que font effectivement les États et chercher à déterminer si ceux-ci considèrent avoir le droit ou l'obligation d'agir de cette façon. Cette méthodologie, « l'approche des deux éléments », qui sous-tend les projets de conclusion, est largement appuyée par les États, la jurisprudence et la doctrine. Elle permet de faire en sorte que l'exercice de détermination des règles de droit international coutumier ne serve à déterminer que les règles qui existent effectivement[670].

2) Une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*) sont les deux éléments constitutifs du droit international coutumier ; ensemble, elles sont les conditions indispensables à l'existence d'une règle du droit international coutumier. Pour déterminer une telle règle, il faut donc examiner avec attention les éléments de preuve disponibles et établir que ces deux éléments sont présents en toutes circonstances. Cela est notamment confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle vise « deux conditions [qui] doivent être remplies »[671] et a indiqué de façon répétée qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle [du droit international coutumier] »[672]. Établir le bien-fondé d'une affirmation concernant l'existence ou le contenu d'une règle du droit international coutumier suppose de rechercher une pratique dont l'acceptation par les États est telle que celle-ci peut être considérée comme l'expression d'une obligation juridique ou d'un droit (c'est-à-dire qu'elle est requise, autorisée ou interdite en droit)[673]. La question qui doit être systématiquement posée est la suivante : existe-t-il une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit ?

3) Lorsque l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ne peut être établie, il y a lieu de conclure que la prétendue règle du droit international coutumier n'existe pas. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que les faits relatifs à l'existence prétendue d'une règle du droit international coutumier (particulier) révélaient :

> « tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le

[670] Il ne suffit pas que les parties soient du même avis ; il faut s'assurer qu'il existe bien une pratique générale acceptée comme étant le droit. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), aux pages 97 et 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »).

[671] *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77.

[672] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 122 et 123, par. 55 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, aux pages 29 et 30, par. 27 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77.

[673] Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, une étude approfondie de la pratique des États sous la forme de lois nationales, de décisions judiciaires et de demandes et autres déclarations officielles, assorties de façon avérée d'une *opinio juris*, a permis de déterminer la portée de l'immunité de l'État en droit international coutumier (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 122 à 139, par. 55 à 91).

droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit »[674].

4) Comme l'indique clairement le projet de conclusion 2, la présence d'un seul élément constitutif ne suffit pas pour établir l'existence d'une règle du droit international coutumier. La pratique, même répandue et constante, qui n'est pas acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ne peut être plus qu'un usage non contraignant, tandis qu'une croyance que quelque chose est (ou devrait être) le droit n'est qu'une simple aspiration si elle n'est pas étayée par la pratique ; ce sont les deux éléments qui, ensemble, établissent l'existence d'une règle du droit international coutumier[675]. Si, de temps à autre, des auteurs ont tenté de concevoir d'autres approches pour la détermination du droit international coutumier, en privilégiant un élément constitutif par rapport à l'autre, voire en excluant totalement un élément, de telles théories n'ont pas été adoptées par les États ni étayées par la jurisprudence.

5) L'approche des deux éléments est souvent qualifiée d'« inductive », par opposition à d'éventuelles approches « déductives » suivant lesquelles les règles peuvent être établies par un raisonnement juridique plutôt que par la preuve empirique d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, qu'un élément déductif soit utilisé, avec prudence, à titre d'aide, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux, qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit[676], ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible »[677].

6) L'approche des deux éléments s'applique à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier dans tous les domaines du droit international. Cela est confirmé par la pratique des États et la jurisprudence, et est conforme à l'unité et à la cohérence du droit international, système juridique unique que l'on ne saurait diviser en branches distinctes ayant chacune sa propre approche à l'égard des sources[678]. Si, dans son application effective, l'approche fondamentale peut très bien tenir compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée[679], la nature fondamentale du droit international coutumier, en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*), doit toujours être respectée.

---

[674] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277.

[675] Dans l'affaire du *Droit de passage*, par exemple, la Cour a estimé que rien n'indiquait que la pratique récurrente du passage, à travers le territoire indien, des forces armées et de la police armée portugaises entre Damao et les enclaves portugaises en Inde, ou entre les enclaves elles-mêmes, avait été autorisée ou exercée à titre de droit. La Cour a expliqué : « La Cour estime qu'eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. ». (*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 40 à 43). Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a considéré que : « L'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion. » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 255, par. 73). Voir aussi *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, affaire nº SCSL-2004-14-AR72(E), *decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, 31 mai 2004, p. 13, par. 17.

[676] Telle est apparemment l'approche suivie dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, aux pages 55 et 56, par. 101.

[677] *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 674, par. 139.

[678] Voir aussi les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 251 1).

[679] Voir *infra*, projet de conclusion 3.

Conclusion 3
Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 concerne l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier[680]. Il contient des orientations générales pour la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier à partir des différents éléments de preuve disponibles au moment de l'appréciation, orientations qui rendent compte à la fois de l'analyse systématique et rigoureuse requise et de la nature dynamique du droit international coutumier en tant que source de droit international.

2) Le paragraphe 1 énonce un principe général qui sous-tend tous les projets de conclusion, à savoir que l'appréciation de tous les éléments de preuve disponibles doit être minutieuse et contextualisée. La question de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être étudiée soigneusement dans chaque cas, à la lumière des circonstances pertinentes[681]. Pareille analyse non seulement renforce la crédibilité de chaque décision particulière, mais aussi permet d'appliquer l'approche des deux éléments, avec la souplesse nécessaire, dans tous les domaines du droit international.

3) L'obligation de considérer le contexte général dénote la nécessité d'appliquer l'approche des deux éléments tout en tenant compte de la matière que la règle supposée est censée réglementer. Autrement dit, dans chaque cas, les principes du droit international qui pourraient être applicables en la matière devraient être pris en considération[682]. De plus, le type d'éléments de preuve consultés (et l'examen de leur existence ou inexistence) doit être adapté à la situation et certaines formes de pratique ainsi que certaines formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peuvent se révéler particulièrement

[680] Le terme « moyens » est employé ici dans un sens général qui renvoie à tous les éléments qui pourraient être pris en considération pour la détermination du droit international coutumier, et non dans le sens technique que lui accordent certains tribunaux ou systèmes juridiques.

[681] Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), opinion dissidente du juge Tanaka, à la page 175 (« Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. On ne peut pas mesurer selon des critères mathématiques et uniformes la répétition, le nombre d'exemples de la pratique des États ou la durée nécessaires à la formation d'un droit coutumier. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. ») ; *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, [2018] EWCA Civ 1719 (19 juillet 2018), par. 19 ("the ascertainment of customary international law involves an exhaustive and careful scrutiny of a wide range of evidence") [l'établissement de l'existence du droit international coutumier suppose un examen complet et attentif d'un large éventail de preuves].

[682] Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a estimé que la règle coutumière de l'immunité de l'État procède du principe de l'égalité souveraine des États, et, dans ce contexte, doit être considérée conjointement avec celui en vertu duquel chaque État détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 123 et 124, par. 57). Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (*supra*, note 667), opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 3 à 10). La Cour internationale de Justice a aussi expliqué qu'« une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 73, à la page 76, par. 10).

importantes, compte tenu du contexte. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a considéré ce qui suit :

> « Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la Convention des Nations Unies [sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens]. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier ; par la reconnaissance de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers. »[683].

4) La nature de la règle en question peut aussi être importante dans l'appréciation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Par exemple, lorsqu'il est question de règles prohibitives, il peut parfois être difficile de trouver beaucoup d'éléments d'une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction[684]) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agira plus probablement d'évaluer si l'inaction est acceptée comme étant le droit.

5) Étant donné qu'un comportement peut présenter de multiples ambiguïtés, le paragraphe 1 indique en outre qu'il faut tenir compte des circonstances propres à chacun des moyens ; ce n'est qu'à cette condition que ceux-ci seront appréciés à leur juste valeur. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, par exemple, la Cour internationale de Justice, cherchant à déterminer l'existence d'une règle (particulière) du droit international coutumier, a déclaré ce qui suit :

> « On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance qui démontre qu'à tout moment la France et les États-Unis cherchaient une solution fondée sur un accord réciproque et que ni l'une ni l'autre des Parties n'envisageait l'abandon de sa position juridique. »[685].

De même, lors de l'examen de la législation en tant que pratique, la manière dont le texte a été interprété et appliqué peut parfois être plus importante que son contenu même. Les décisions des juridictions nationales auront moins d'influence si elles sont invalidées

---

683 *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 123, par. 55. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, où s'est posée la question de savoir si la pratique, établie de longue date, de la pêche à des fins de subsistance (reconnue par les deux parties à l'affaire) avait évolué pour devenir une règle (particulière) de droit international coutumier, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit : « [I]l ne faut pas s'attendre qu'une telle pratique, par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel. De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. » (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, aux pages 265 et 266, par. 141). La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a noté qu'il était difficile d'observer la pratique des États sur le champ de bataille : *le Procureur c. Tadić*, affaire IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du 2 octobre 1995, par. 99.

684 Sur l'inaction comme forme de pratique, voir *infra*, projet de conclusion 6 et commentaire y relatif, par. 3).

685 *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, Arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 200.

par le législateur ou demeurent inappliquées en raison de problèmes de compatibilité avec le droit international. Les déclarations impromptues ou impulsives compteront généralement moins que celles qui sont mûrement réfléchies, et celles faites par des subalternes peuvent avoir moins de poids que celles de hauts responsables du Gouvernement. L'importance à accorder au fait qu'un État s'abstient de protester dépendra de toutes les circonstances, mais elle peut être particulièrement déterminante lorsque des mesures concrètes dont cet État a connaissance et qui ont des incidences négatives immédiates sur ses intérêts ont été prises. Lorsque la pratique d'un État va à l'encontre de ses intérêts manifestes ou engendre pour lui des coûts importants, elle est davantage susceptible de refléter une acceptation comme étant le droit.

6) Le paragraphe 2 dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier, la présence de chacun des deux éléments constitutifs doit être établie, et précise que cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence. En d'autres termes, même si la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) fournissent ensemble les informations nécessaires à la détermination du droit international coutumier, deux examens distincts doivent être effectués. Les éléments constitutifs peuvent être indissolublement liés (dans le sens où la pratique peut être assortie d'une certaine motivation), mais chacun d'eux est une notion autonome aux fins de la détermination d'une règle du droit international coutumier.

7) Bien que le droit international coutumier se manifeste par un comportement assorti d'une *opinio juris*, les actes constituant la pratique pertinente ne sont pas en eux-mêmes une preuve de l'acceptation comme étant le droit. De plus, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée non seulement auprès de ceux qui prennent part à la pratique, mais aussi auprès de ceux qui sont en mesure d'y réagir[686]. Aucune conclusion simple concernant l'acceptation comme étant le droit ne peut donc se déduire de la pratique en question ; la Cour internationale de Justice a ainsi déclaré : « [L]e fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique »[687].

8) Le paragraphe 2 souligne que l'existence d'un élément ne peut pas être déduite de la seule existence de l'autre et qu'un examen distinct doit être effectué pour chaque élément. Néanmoins, il n'exclut pas que le même matériau puisse être utilisé pour établir une pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Une décision d'une juridiction nationale, par exemple, pourrait constituer une pratique pertinente et indiquer que ses effets sont nécessaires en vertu du droit international coutumier. De même, un rapport officiel publié par un État peut valoir pratique (ou contenir des informations sur la pratique étatique) et témoigner des conceptions juridiques qui la sous-tendent. Cependant, le point important reste que les éléments doivent faire l'objet de deux examens distincts, l'un pour établir la pratique, l'autre pour s'assurer de son acceptation comme étant le droit.

9) Si, pour déterminer une règle du droit international coutumier, l'existence d'une pratique générale est souvent le premier facteur à prendre en considération, et que ce n'est qu'ensuite qu'un examen est entrepris pour déterminer si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit, rien n'oblige à procéder dans cet ordre. La détermination d'une règle du droit international coutumier peut aussi consister à évaluer un texte écrit qui exprimerait une conviction juridique répandue, puis à chercher à vérifier l'existence d'une pratique générale correspondant à celle-ci.

---

686 Voir aussi *infra*, commentaire du projet de conclusion 9, par. 5.

687 *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 76. De même, dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale a considéré ce qui suit : « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué […], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir. » (*Affaire du « Lotus »*, *C.P.J.I., Série A*, n° 10 (1927), à la page 28). Voir aussi *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

Troisième partie
Pratique générale

Comme il est indiqué dans le projet de conclusion 2, ci-dessus, il est nécessaire, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, d'établir à la fois l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). La troisième partie contient des directives plus détaillées sur le premier de ces deux éléments constitutifs du droit international coutumier, « une pratique générale ». Également appelé élément « matériel » ou « objectif »[688], il vise les comportements (accompagnés de leur acceptation comme étant le droit) qui contribuent à la formation, ou à l'expression, du droit international coutumier. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si une pratique générale existe bel et bien.

Conclusion 4
Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 précise quelle est la pratique à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu de règles du droit international coutumier.

2) Le paragraphe 1 indique clairement que c'est avant tout la pratique des États qui doit être recherchée pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier : l'élément matériel de ce droit est en effet souvent appelé « pratique des États »[689]. Parce qu'ils sont les principaux sujets du système juridique international et disposent d'une compétence générale, les États jouent un rôle prédominant dans la formation du droit international coutumier et c'est avant tout leur pratique qui doit être examinée aux fins de la détermination de ce droit. Dans bien des cas, la pratique des États est même le seul élément pertinent à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier. Ainsi que l'a fait savoir la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend … elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États »[690].

---

688 Parfois également appelé *usus* (usage), ce qui risque de prêter à confusion avec l'expression « simple usage ou habitude », qui est à distinguer du droit international coutumier : voir *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

689 La pratique des États remplit d'autres fonctions importantes en droit international public, notamment en ce qui concerne l'interprétation des traités, mais ces fonctions n'entrent pas dans le champ d'application du présent projet de conclusions.

690 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 97, par. 183. De la même manière, en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour a considéré qu'« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États […] » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte*) (voir *supra*, note 672), à la page 29, par. 27) ; dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a confirmé une fois encore que c'est de « la pratique des États [que] découle le droit international coutumier » (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 143, par. 101).

3) L'adverbe « principalement » a une double utilité. En plus de mettre en avant le rôle prépondérant que joue la pratique des États dans la formation et l'expression des règles du droit international coutumier, il sert à renvoyer le lecteur à l'autre pratique qui contribue, dans certains cas, à la formation ou à l'expression des règles du droit international coutumier, laquelle est traitée au paragraphe 2.

4) Le paragraphe 2 indique que, « [d]ans certains cas », la pratique des organisations internationales contribue elle aussi à la formation et à l'expression des règles de droit international coutumier[691]. Si les organisations internationales servent souvent d'arènes ou de catalyseurs de la pratique des États, ce paragraphe traite de la pratique attribuée aux organisations internationales elles-mêmes, et non de la pratique de leurs États membres agissant dans le cadre de ces organisations ou en rapport avec elles (pratique qui est attribuée aux États concernés)[692]. Dans les cas où la pratique des organisations internationales elles-mêmes est pertinente (comme décrit ci-après), les références à la pratique des États dans le projet de conclusions et les commentaires devraient être interprétées comme incluant, *mutatis mutandis*, la pratique des organisations internationales.

5) Les organisations internationales ne sont pas des États[693]. Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou par des États et/ou d'autres organisations internationales) dans le but d'exercer certaines fonctions et qui, à cette fin, sont dotées d'une personnalité juridique internationale, c'est-à-dire qu'elles ont leurs propres droits et obligations au regard du droit international. La pratique des organisations internationales dans les relations internationales[694] (lorsqu'elle s'accompagne de l'*opinio juris*) peut être considérée comme donnant lieu à des règles du droit international coutumier ou attestant de leur existence ; ce principe ne s'applique toutefois qu'aux règles a) dont l'objet relève du mandat des organisations, et/ou b) qui concernent expressément les organisations (telles que les règles relatives à leur responsabilité internationale ou aux traités auxquels elles peuvent être parties). L'expression « [d]ans certains cas », au paragraphe 2, vise d'ailleurs à indiquer que la pratique des organisations internationales n'est pas pertinente aux fins de la détermination de toutes les règles du droit international coutumier et qu'en outre, il se peut que seule soit pertinente la pratique de certaines organisations internationales, et non de toutes.

6) Dans ce contexte, la pratique relevant du paragraphe 2 se manifeste de la façon la plus évidente lorsque des États membres ont transféré des compétences exclusives à l'organisation internationale afin que celle-ci exerce certaines prérogatives de puissance publique de ses États membres, de sorte que la pratique de l'organisation peut être assimilée à la pratique de ces États. C'est le cas, par exemple, pour certaines compétences de l'Union européenne. La pratique visée au paragraphe 2 peut également se manifester dans des cas où les États membres ont transféré à l'organisation internationale non pas des compétences

---

691 Le terme « organisations internationales » renvoie, dans le présent projet de conclusions, aux organisations qui ont été instituées par des instruments régis par le droit international (en général des traités) et qui sont aussi dotées d'une personnalité juridique internationale propre. Il ne vise pas les organisations non gouvernementales.

692 Voir *infra*, les projets de conclusions 6, 10 et 12, qui traitent notamment de la pratique des États et de son acceptation comme étant le droit au sein des organisations internationales.

693 Voir aussi le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en 2011, par. 7 du commentaire général : « Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques (“principe de spécialité”). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues. » (*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 47). Voir aussi *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 178 (« Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »).

694 La « pratique établie » de l'organisation (c'est-à-dire la pratique faisant partie des règles de l'organisation au sens du paragraphe 1 *j*) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales) n'entre pas dans le champ d'application des présentes conclusions.

exclusives, mais des compétences fonctionnellement équivalentes à celles qu'ils exercent. La pratique des organisations internationales lorsqu'elles concluent des traités, qu'elles font fonction de dépositaires, qu'elles déploient des forces militaires (par exemple, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix), qu'elles administrent des territoires ou qu'elles prennent position sur l'étendue des privilèges et immunités de l'organisation et de ses fonctionnaires, peut par conséquent contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles du droit international coutumier dans ces domaines[695].

7) Il convient néanmoins de faire preuve de prudence lorsqu'on apprécie l'importance de la pratique d'une organisation internationale dans le cadre d'une pratique générale. Les organisations internationales sont très diverses, non seulement quant à leurs pouvoirs, mais aussi quant à leur composition et à leurs fonctions. En règle générale, plus une pratique d'une organisation internationale est menée directement au nom de ses États membres ou approuvée par eux et plus le nombre de ces États membres est élevé, plus elle peut avoir de poids s'agissant de la formation, ou de l'expression, de règles de droit international coutumier. Les autres facteurs qui devront peut-être être pris en considération dans l'appréciation de la pratique sont notamment la nature de l'organisation, la nature de l'organe dont le comportement est examiné, la question de savoir si le comportement est *ultra vires* de l'organisation ou de l'organe, et la question de savoir si le comportement est conforme à celui des États membres de l'organisation.

8) Il est expressément indiqué au paragraphe 3 que la conduite d'autres entités que les États et les organisations internationales − par exemple, des organisations non gouvernementales (ONG) et des particuliers, ainsi que des sociétés transnationales et des groupes armés non étatiques − ne crée pas ni n'exprime le droit international coutumier. En elle-même, cette conduite ne contribue ni à la formation ni à l'expression de règles du droit international coutumier et ne constitue pas une preuve directe (première) de l'existence et du contenu de ces règles. Il est cependant reconnu dans le paragraphe qu'elle peut jouer un rôle indirect dans la détermination du droit international coutumier, en stimulant ou en constatant la pratique des États et des organisations internationales et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)[696]. Par exemple, les actes de particuliers peuvent parfois être pertinents aux fins de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier, mais seulement dans la mesure où des États les ont approuvés ou y ont réagi[697].

9) Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire et ses études sur le sujet, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, les publications du CICR peuvent être utiles aux fins de la détermination de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle[698].

---

[695] Ainsi, on peut lire à la fois dans les conditions générales des accords de prêt et de garantie et autres accords de financement de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et dans les conditions générales applicables aux prêts consentis à ses membres par la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures (BAII) que différentes sources du droit international public peuvent s'appliquer en cas de litige entre la Banque et une partie à l'accord de financement, parmi lesquelles différentes formes de coutume internationale, notamment la pratique des États *et des institutions financières internationales* lorsqu'elle est assez généralisée, constante et durable pour créer des obligations juridiques (Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Standard Terms and Conditions (1er décembre 2012), par. 8.04 b) vi) C) ; Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1er mai 2016), par. 7.04 vii) c) (non souligné dans l'original)).

[696] En cette dernière capacité, leur production peut relever du projet de conclusion 14, ci-après. La Commission a examiné un point similaire s'agissant de la pratique des « acteurs non étatiques » dans le cadre de son sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir *infra*, projet de conclusion 5, par. 2, adopté en seconde lecture dans le cadre de l'examen de ce sujet.

[697] Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 141.

[698] Ceci est sans préjudice de l'importance des actes du CICR dans l'exercice des fonctions spécifiques qui lui sont conférées, en particulier par les Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la

Conclusion 5
Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Commentaire

1) Bien que, dans leurs relations internationales, les États agissent le plus souvent par leur exécutif, le projet de conclusion 5 dispose que la pratique de l'État consiste dans tout comportement de celui-ci, quelles que soient la branche concernée et les fonctions exercées. Conformément au principe de l'unité de l'État, cela inclut le comportement de tout organe de l'État faisant partie de son organisation et agissant en cette qualité, dans l'exercice des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou « autre », par exemple l'exercice d'activités commerciales ou la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé.

2) Pour être qualifié de pratique de l'État, le comportement en question doit être « de l'État ». Le comportement de tout organe de l'État doit être considéré comme le comportement de cet État, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autre, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ; le comportement d'une personne ou entité autrement habilitée par le droit de l'État à exercer les prérogatives de la puissance publique est aussi un comportement « de l'État », pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité[699].

3) La pratique pertinente des États n'est pas limitée à leur comportement vis-à-vis d'autres États ou d'autres sujets de droit international ; un comportement au sein de l'État, comme le traitement par celui-ci de ses propres ressortissants, peut aussi être lié à des questions de droit international.

4) La pratique étatique peut être celle d'un seul État ou de deux États ou davantage agissant ensemble. Des exemples de ce dernier type de pratique peuvent concerner une action conjointe de plusieurs États patrouillant en haute mer pour lutter contre la piraterie ou coopérant pour la mise en orbite d'un satellite. Il faut distinguer ce type d'action conjointe de l'action des organisations internationales[700].

5) Pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier, la pratique doit être connue des autres États (qu'elle soit publiquement accessible ou non)[701]. De fait, on voit mal comment le comportement confidentiel d'un État pourrait jouer ce rôle tant qu'il n'est pas connu des autres États.

Conclusion 6
Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite

protection des victimes de guerre.

699 Voir les articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

700 Voir aussi *supra*, projet de conclusion 4, par. 2, et commentaire y relatif.

701 Dans le cas du droit international coutumier particulier, la pratique doit être connue d'au moins un autre État ou groupe d'États concerné (voir *infra*, projet de conclusion 16).

opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 indique les types de comportement que recouvre le terme « pratique », en donnant des exemples et en précisant qu'aucune forme de pratique ne prévaut a priori sur aucune autre dans la détermination du droit international coutumier. Il vise les formes de pratique en tant que faits empiriquement vérifiables et évite, pour le moment, de distinguer entre un acte et la preuve de l'existence d'une pratique.

2) Vu que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes, le paragraphe 1 dispose que la pratique peut revêtir une large variété de formes. Si certains ont soutenu que ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États « font » et non ce qu'ils « disent », il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut aussi constituer une pratique ; de fait, la pratique peut parfois consister exclusivement en des actes verbaux, par exemple en des protestations diplomatiques.

3) Le paragraphe 1 dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée, et on ne saurait simplement supposer que l'inaction est délibérée. De telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») peuvent consister notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales contre des fonctionnaires étrangers, à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ou à s'abstenir de recourir à la force[702].

4) Le paragraphe 2 donne une liste des formes de pratique qui sont souvent jugées utiles pour la détermination du droit international coutumier. Comme le soulignent les mots « sans y être limitées », la liste n'est pas exhaustive ; compte tenu du rythme de l'évolution politique et technologique, et du caractère inévitable de celle-ci, il serait impossible d'établir une liste exhaustive de toutes les formes que la pratique est susceptible de prendre[703]. Les formes de pratique énumérées ne sont que des exemples qui, de plus, peuvent se chevaucher (par exemple, « les actes et la correspondance diplomatiques » et « la conduite exécutive »).

5) L'ordre dans lequel les formes de pratique sont énumérées au paragraphe 2 n'entraîne aucune conséquence. Il convient de donner à chacune des formes énumérées une interprétation large pour tenir compte de la grande variété des manières dont les États agissent et réagissent. Ainsi, l'expression « conduite exécutive » vise de manière générale toute forme d'acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures, les déclarations officielles faites sur le plan international ou devant un organe législatif, et les demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même les diverses formes de réglementation émanant d'une autorité publique. Par le terme « conduite opérationnelle "sur le terrain" », on entend les mesures de police et la saisie de biens, ainsi que les opérations sur le champ de bataille ou toute autre activité militaire, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes. Les mots « la conduite relative aux traités » vise les actes liés à la négociation et la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le

[702] À titre d'illustrations, voir *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 28 ; *Affaire Nottebohm (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, à la page 22 ; *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 134 et 135, par. 77.

[703] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire … 1950*, vol. II (2e partie), p. 368, par. 31 ; A/CN.4/710 : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

domaine auquel se rapporte le traité, par exemple dans le domaine des accords de délimitation maritime ou des accords avec le pays hôte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » recouvre de même les actes des États liés à la négociation, l'adoption et l'application de résolutions, décisions ou autres actes adoptés dans le cadre d'organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, quel que soit leur intitulé et indépendamment de leur caractère juridiquement contraignant ou non. La question de savoir si l'un quelconque de ces exemples de formes de pratique est en fait pertinent dans un cas déterminé dépendra de la règle particulière considérée et de toutes les circonstances pertinentes[704].

6) Les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État[705] (même si, vraisemblablement, celles des juridictions supérieures auront plus de poids) ; des décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne sont généralement pas considérées comme pertinentes. Il convient de distinguer le rôle des décisions des juridictions internes comme forme de pratique de l'État de leur rôle éventuel en tant que « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international coutumier[706].

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* aux formes de pratique des organisations internationales dans les cas, visés au paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ci-dessus, où cette pratique contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

8) Le paragraphe 3 précise qu'aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres. Dans certains cas particuliers, cependant, comme il est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7 ci-dessus, il peut arriver que pour apprécier différents types (ou cas) de pratique dans leur contexte, il faille leur accorder un poids différent.

Conclusion 7
Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 concerne l'appréciation de la pratique d'un État particulier afin de déterminer la position de cet État dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une pratique générale (qui fait l'objet du projet de conclusion 8 ci-après). Comme le font clairement ressortir les deux paragraphes du projet de conclusion 7, il est nécessaire de prendre en considération et d'apprécier dans son ensemble toute la pratique accessible de l'État concerné sur la question en cause, y compris sa constance.

2) Le paragraphe 1 dispose, d'abord, que pour tenter de déterminer la position d'un État sur la question considérée, il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de cet État. Cela signifie que la pratique examinée devrait être exhaustive (en fonction de son accessibilité) et inclure la pratique pertinente de tous les organes de l'État et

[704] Voir *supra*, par. 3) du commentaire du projet de conclusion 3.

[705] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 131 à 135, par. 72 à 77 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 24, par. 58. Le terme « juridictions internes » peut aussi s'entendre de juridictions ayant une composante internationale exerçant leur activité dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques internes, comme les juridictions à composition mixte nationale et internationale.

[706] Voir *infra*, projet de conclusion 13, par. 2. Les décisions des juridictions internes peuvent aussi servir de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ; voir à ce propos *infra*, projet de conclusion 10, par. 2.

toute la pratique pertinente d'un organe particulier. Il est en outre indiqué clairement dans le paragraphe que la pratique pertinente doit être appréciée non pas isolément mais dans son ensemble ; c'est alors seulement que la position effective de l'État peut être déterminée.

3) La nécessité d'apprécier la pratique accessible « dans son ensemble » est illustrée par l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a noté que, bien que la Cour de cassation grecque ait décidé, sur la base de « l'exception territoriale », que l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étendait pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé, une position différente avait été adoptée par le Tribunal supérieur spécial grec, par le Gouvernement grec lorsqu'il avait refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et avait défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une décision ultérieure. L'appréciation de cette pratique « dans son ensemble » a conduit la Cour à conclure que « la pratique suivie par l'État grec, considérée dans son ensemble, contredit plutôt qu'elle n'étaye l'argument de l'Italie » selon lequel l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étend pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé[707].

4) Le paragraphe 2 vise expressément les situations dans lesquelles la pratique d'un État particulier est ou paraît incertaine. Comme cela vient d'être dit, tel peut être le cas lorsque différents organes ou pouvoirs de l'État adoptent des comportements différents sur la même question ou que la pratique d'un organe varie dans le temps. Si, dans de telles circonstances, la pratique d'un État dans son ensemble s'avère inconstante, la contribution de cet État à « une pratique générale » peut être réduite.

5) La formule « peut […] selon les circonstances », employée au paragraphe 2, indiquer cependant qu'il convient de faire preuve de prudence pour une telle appréciation et que la même conclusion ne serait pas nécessairement tirée dans tous les cas. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé qu'il n'y avait pas lieu « d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, … dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période… »[708]. Par conséquent, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveaux différents du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur. La pratique des organes d'un gouvernement central sera généralement plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État. La pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international et a donc un poids particulier pour ce qui est de la détermination du droit international coutumier bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question[709].

Conclusion 8
La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 concerne le critère de généralité auquel doit répondre la pratique, et vise à dégager l'essence de ce critère et l'examen auquel il convient de procéder pour établir qu'il y est bien répondu dans un cas particulier.

[707] *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 134, par. 76 ; p. 136, par. 83. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

[708] *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138.

[709] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), à la page 136, par. 83 (affaire dans laquelle la Cour a fait observer que, « en vertu du droit grec », le point de vue exprimé par le Tribunal supérieur spécial prévalait sur celui de la Cour de cassation grecque).

2) Le paragraphe 1 explique que la notion de généralité, qui renvoie à la totalité des cas dans lesquels la règle supposée de droit international coutumier a été suivie, inclut deux conditions. Tout d'abord, la pratique doit être suffisamment répandue et représentative. Ensuite, elle doit révéler de la constance. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la pratique en question doit être « fréquente et pratiquement uniforme »[710] ; les actes doivent représenter une « pratique constante »[711]. Comme il est expliqué plus loin, il ne peut être indiqué aucune norme absolue pour l'une ou l'autre condition ; il convient de tenir compte du contexte pour apprécier le seuil à atteindre pour chacune d'elle[712]. Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage pratiquement uniforme. Il convient de tenir compte du caractère contradictoire ou inconstant d'une pratique pour déterminer s'il est possible de tirer une telle conclusion[713].

3) La condition selon laquelle la pratique doit être « répandue et représentative » ne se prête pas à des formulations précises, dès lors que les circonstances peuvent considérablement varier d'un cas à un autre (par exemple, la fréquence des situations appelant une action)[714]. S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devra peut-être se manifester largement, tandis que dans d'autres cas, la somme de pratique pourra fort bien être inférieure. C'est ce qu'exprime le terme « suffisamment », qui laisse entendre que le nombre et la répartition nécessaires des États participant à la pratique pertinente (comme le nombre de cas de pratique) ne peuvent être déterminés dans l'abstrait. Il est toutefois évident qu'une participation universelle n'est pas exigée : il n'est pas nécessaire de montrer que tous les États ont participé à la pratique en question. Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée[715]. Il est important que ces États soient représentatifs, ce qui doit être déterminé compte tenu de toutes les circonstances, notamment des divers intérêts en jeu et/ou des différentes zones géographiques.

4) Dans l'évaluation de la généralité, il est donc impératif de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou qui sont les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée (les États « particulièrement intéressés ») ont participé à la pratique[716]. S'il est vrai que, dans bien des cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés, il serait manifestement impossible de déterminer, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier relative à la navigation dans des zones maritimes sans

[710] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74. De nombreux termes ont été employés pour qualifier le critère de généralité, notamment par la Cour internationale de Justice, sans que cela implique une quelconque différence de sens.

[711] Ibid., à la page 44, par. 77.

[712] Voir aussi *supra*, projet de conclusion 3.

[713] Les écarts par rapport à la règle supposée portent à croire qu'il n'existe pas de règle ou peuvent mettre en évidence, notamment, l'existence d'une exception coutumière admissible, l'évolution d'une règle antérieure ou l'existence d'une règle du droit international coutumier particulier ou encore d'un ou plusieurs objecteurs persistants. Il pourrait aussi être utile de tenir compte du moment auquel la pratique non conforme s'est produite, en particulier du point de savoir si la pratique en question appartient au passé et si, depuis lors, la constance prévaut.

[714] Voir aussi l'arrêt du 4 février 2016 de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, par. 37 (« we would hesitate to say that it is impossible to demonstrate the existence of a rule of customary international [law] from a small number of instances of State practice. We would accept the less prescriptive proposition that as the number of instances of State practice decreases the task becomes more difficult ») [nous ne dirions peut-être pas qu'il est impossible de déduire l'existence d'une règle de droit international coutumier d'un petit nombre de cas de pratique étatique. Nous pourrions souscrire à la proposition moins prescriptive selon laquelle la tâche est d'autant plus difficile que le nombre de cas est restreint].

[715] Un nombre relativement faible d'États participant à une certaine pratique peut ainsi être suffisant si, de fait, cette pratique, ainsi que l'inaction des autres États face à celle-ci, est généralement acceptée comme étant le droit (accompagnée de l'*opinio juris*).

[716] Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme », *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74.

prendre en considération la pratique des États côtiers et des États du pavillon pertinents, ou l'existence et le contenu d'une règle sur l'investissement étranger sans évaluer la pratique des pays exportateurs de capitaux ainsi que celle des États dans lesquels l'investissement est réalisé. Il faudrait toutefois préciser que les mots « particulièrement intéressés » ne devraient pas être interprétés comme renvoyant au pouvoir relatif des États.

5) La condition relative à la constance de la pratique signifie que lorsque les actes pertinents sont à ce point divergents qu'aucune forme de comportement systématique ne peut être dégagée, aucune pratique générale (et, partant, aucune règle correspondante de droit international coutumier) n'est censée exister. Dans l'*Affaire des Pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé que « si la règle des dix milles a été adoptée par certains États…, d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international »[717].

6) Pour examiner si la pratique est cohérente, il est naturellement important de prendre en considération des comportements qui sont en fait comparables, c'est-à-dire qui sont intervenus alors que les questions qui se posaient étaient identiques ou analogues de sorte qu'ils pourraient effectivement constituer des guides fiables. Dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a fait état « de précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général [de droit international coutumier] applicable à l'espèce »[718].

7) En revanche, une totale uniformité dans la pratique des États n'est pas nécessaire. La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme, ce qui signifie que certaines incohérences ou contradictions n'invalideront pas nécessairement la constatation de l'existence d'une « pratique générale ». Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

> « [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique… La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale… »[719].

8) Lorsque des comportements non conformes prennent la forme de violations d'une règle, cela non plus n'empêche pas nécessairement l'établissement d'une pratique générale. Cela est particulièrement vrai lorsque l'État concerné nie la violation ou exprime son soutien à la règle. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice :

---

[717] *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 131. Une chambre de la Cour internationale de Justice a estimé dans l'affaire du *Golfe du Maine* que la pratique était là pour démontrer « que chaque cas concret est finalement différent des autres… Les conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière … ne sauraient donc être réunies » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (voir *supra*, note 668), à la page 290, par. 81). Voir aussi, par exemple, *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), à la page 277 (« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique … qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme … en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit. ») ; *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, avis consultatif du 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 75 à 108, à la page 100 (« It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law ») [Il est exact que seule une pratique constante, observée dans les faits et sans changement, peut constituer une règle de droit international coutumier].

[718] *Affaire du « Lotus »* (voir *supra*, note 687), à la page 21. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 45, par. 79 ; *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire nº SCSL-04-14-A (chambre d'appel), arrêt du 28 mai 2008, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 406.

[719] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

> « Il lui paraît suffisant … que les États … traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base. »[720].

9) Le paragraphe 2 vise l'élément temporel, en indiquant clairement que le fait qu'une pratique générale soit suivie durant une période relativement brève ne constitue pas en soi un obstacle à la détermination de l'existence d'une règle correspondante de droit international coutumier. Une longue période peut générer une pratique plus abondante, mais l'existence d'une règle coutumière n'est pas subordonnée à une pratique générale observée depuis des temps immémoriaux ou pendant une période considérable ou d'une durée déterminée[721]. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en déclarant que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier »[722]. Cependant, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, il doit s'écouler un certain laps de temps pour qu'une pratique générale se dégage ; il n'existe pas de « coutume instantanée ».

Quatrième partie
Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Il ne suffit pas en soi d'établir qu'une certaine pratique est suivie de manière constante par un nombre suffisamment important et représentatif d'États pour dégager une règle de droit international coutumier. La quatrième partie concerne le second élément constitutif du droit international coutumier, parfois qualifié d'élément « subjectif » ou « psychologique », au titre duquel, dans chaque cas, il convient aussi de s'assurer de l'existence, parmi les États, d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) quant à la valeur obligatoire de la pratique considérée.

Conclusion 9
Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 vise à présenter de façon synthétique la nature et la fonction du second élément constitutif du droit international coutumier, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

2) Le paragraphe 1 explique que l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, vise l'exigence que la pratique pertinente soit menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit ; c'est-à-dire que cette pratique doit être assortie de la conviction qu'elle est autorisée,

[720] Ibid. Voir aussi, par exemple, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (*supra*, note 675), par. 51. La même observation vaut pour l'appréciation de la pratique d'un État particulier : voir *supra*, projet de conclusion 7.

[721] Dans des domaines comme le droit international de l'espace ou le droit de la mer, par exemple, le droit international coutumier s'est parfois développé rapidement.

[722] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74.

requise ou interdite par le droit international coutumier[723]. Il est donc essentiel d'établir dans chaque cas que les États ont agi d'une certaine façon parce qu'ils se sentaient ou se croyaient juridiquement contraints ou autorisés à le faire en vertu d'une règle du droit international coutumier : ils doivent avoir poursuivi la pratique en vertu d'un droit, ou s'y être soumis en vertu d'une obligation. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* :

> « Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. »[724].

3) Il convient de distinguer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) d'autres motifs d'action extrajuridiques, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la convenance : si la pratique en question est motivée uniquement par ces autres considérations, il n'existe aucune règle du droit international coutumier. Ainsi, dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre l'existence d'une règle du droit international coutumier, considérant que, dans les cas particuliers cités, il n'avait pas été établi, notamment, que la règle prétendue qui avait été invoquée avait été :

> « appliquée … par les États qui accordaient l'asile, en tant que droit appartenant à ceux-ci, et respectée par les États territoriaux en tant que devoir leur incombant, et pas seulement pour des raisons d'opportunité politique … des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »[725].

4) L'intention de se conformer à une obligation conventionnelle en tant que telle, de même que celle de se conformer au droit interne, ne correspond pas à l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier : l'on ne saurait en conséquence déduire de la pratique guidée par une telle intention l'existence d'une règle du droit international coutumier[726]. Un État peut certes considérer qu'il est lié par une certaine obligation à la fois par le droit international coutumier et par un traité ; mais cela devrait être démontré. En revanche, le fait que des États agissent en conformité avec une disposition d'un traité par lequel ils ne sont pas liés, ou appliquent les dispositions de celui-ci

---

[723] Si l'acceptation d'une certaine pratique comme étant le droit *(opinio juris)* a souvent été décrite comme correspondant au « sentiment de l'existence d'une obligation juridique », le projet de conclusion 9 utilise la formulation plus large « sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit », étant donné que les États ont des droits et des obligations au regard du droit international coutumier et qu'ils peuvent agir avec la conviction qu'ils ont un droit ou une obligation. Le projet de conclusion ne laisse pas entendre qu'en l'absence d'interdiction, un État doit invoquer un droit pour justifier son acte.

[724] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77 ; voir aussi au paragraphe 76 (visant la condition selon laquelle les États « croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »). La Cour a aussi fait référence, entre autres, à une « croyance en une sorte de droit général [concernant les] États » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 108, par. 206.

[725] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674, aux pages 277 et 286. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 28 (« Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué …, il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir ; par contre, …, il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire. » ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), aux pages 108 à 110, par. 206 à 209.

[726] Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 43, par. 76. Il peut ainsi être particulièrement difficile de déterminer l'éventuelle émergence d'une règle du droit international coutumier lorsqu'un traité non déclaratoire a suscité une participation quasi universelle.

dans leurs relations avec des États qui n'y sont pas parties, peut établir l'existence d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) en l'absence de toute explication indiquant le contraire.

5) L'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée en ce qui concerne à la fois les États qui suivent la pratique pertinente et ceux qui sont en position d'y réagir, dont il faut démontrer qu'ils ont interprété la pratique comme étant conforme au droit international coutumier[727]. Il n'est pas nécessaire d'établir que tous les États ont considéré (accepté comme étant le droit) la règle supposée comme une règle du droit international coutumier ; ce qu'il faut c'est une acceptation large et représentative conjuguée à l'absence ou la quasi-absence d'objection[728].

6) Le paragraphe 2 fait valoir que, sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique générale ne peut être censée créer, ou exprimer, le droit international coutumier ; c'est alors un simple usage ou une simple habitude. En d'autres termes, lorsque les États estiment avoir juridiquement toute latitude pour suivre une pratique ou ne pas en tenir compte, cette pratique ne contribue pas et ne correspond pas au droit international coutumier (à moins que la règle à déterminer ne prévoie elle-même cette faculté de choix)[729]. Les constantes de comportement observées au niveau international n'ont pas toutes une portée juridique : les mesures de courtoisie diplomatique, par exemple, comme le déroulement de tapis rouges lors de visites de chefs d'État, ne sont assorties d'aucun sentiment d'obligation juridique et ne sauraient donc générer ni démontrer un quelconque devoir ou droit d'agir ainsi[730].

Conclusion 10
Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ;

[727] Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 109, par. 207 (« Ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne "de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit". » (citant l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*).

[728] Ainsi, lorsque « les membres de la communauté internationale sont profondément divisés » sur la question de savoir si une certaine pratique est assortie de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une telle *opinio juris* : voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), à la page 254, par. 67.

[729] Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a ainsi fait observer, à propos du passage des forces armées et de la police armée que « [l]a pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » (*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), aux pages 42 et 43). Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a de même estimé, en tentant de déterminer la teneur d'une règle du droit international coutumier, que : « [s]'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie. » (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 123, par. 55).

[730] La Cour internationale de Justice a ainsi souligné qu'«[i]l existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77).

ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 concerne la preuve permettant d'établir qu'une pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Il en ressort que l'acceptation comme étant le droit peut être manifestée de la part des États par divers comportements, qu'il faudrait évaluer soigneusement pour déterminer s'ils reflètent réellement, dans chaque cas, l'opinion de l'État sur l'état actuel du droit international coutumier.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une grande variété de formes. Les États peuvent faire savoir qu'ils acceptent (ou non) l'existence d'une règle du droit international coutumier de nombreuses manières différentes. Ainsi qu'il ressort clairement des paragraphes suivants, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être déduite tant d'une déclaration que d'une action (ou au contraire d'une inaction) au regard de la pratique en question.

3) Le paragraphe 2 donne une liste non exhaustive des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), notamment celles le plus communément utilisées à de telles fins[731]. Ces formes de preuve peuvent également montrer qu'une pratique n'est pas acceptée comme étant le droit. À certains égards, les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit et les formes de pratique étatique mentionnées au paragraphe 2 du projet de conclusion 6 ci-dessus se recoupent[732], ce qui s'explique en partie par le fait que les moyens permettant d'établir l'existence de l'un et l'autre élément sont parfois les mêmes (ces deux éléments devant néanmoins toujours être établis séparément)[733]. Quoi qu'il en soit, les déclarations sont davantage susceptibles d'exprimer la conviction juridique de l'État et s'avèrent souvent plus révélatrices de l'acceptation (ou non) comme étant le droit que de l'existence d'une pratique.

4) En ce qui concerne les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une déclaration publique faite au nom d'un État dont il ressort expressément qu'une pratique est autorisée, interdite ou prescrite par le droit international coutumier est le meilleur moyen de déterminer si l'État en question a rejeté ou, au contraire, adopté cette pratique (ou reconnu qu'elle a à juste titre été rejetée ou adoptée par d'autres) avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. De la même manière, l'effet de la pratique correspondant à une règle présumée peut être annulé par une déclaration contemporaine niant l'existence de la règle[734]. Que ce soit dans un sens ou dans l'autre, sont notamment considérés comme des déclarations publiques faites au nom d'un État les déclarations faites dans le cadre d'une instance multilatérale, les projets de loi présentés au parlement, les écritures ou plaidoiries présentées devant les tribunaux, les déclarations dénonçant le caractère illicite de la conduite d'un autre État et les réponses à des propositions de codification. Ces déclarations peuvent être individuelles ou conjointes.

5) Les autres formes de preuve énumérées au paragraphe 2 peuvent aussi permettre de déterminer la position juridique des États en ce qui concerne certaines pratiques. Les « publications officielles » sont les documents publiés au nom de l'État, y compris les manuels militaires et les cartes officielles, dans lesquels l'acceptation comme étant le droit

[731] Voir aussi le document A/CN.4/710 : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

[732] Il y a aussi des différences entre les listes, lesquelles visent à donner les principaux exemples liés à chaque élément constitutif.

[733] Voir *supra*, projet de conclusion 3, par. 2.

[734] Parfois, la pratique elle-même s'accompagne du rejet explicite de toute obligation juridique, par exemple lorsque les États versent des indemnités *ex gratia* au titre de dommages causés aux biens de missions ou d'agents diplomatiques étrangers.

(*opinio juris*) peut être constatée. Les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'État, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire. La « correspondance diplomatique » désigne notamment les circulaires adressées aux missions diplomatiques, par exemple celles portant sur les privilèges et immunités. La législation nationale, bien qu'elle découle dans la plupart des cas d'un choix politique, peut démontrer l'acceptation d'une pratique comme étant le droit, en particulier lorsqu'il est précisé (par exemple à l'occasion de l'adoption de la législation) qu'elle a été prescrite par le droit international coutumier ou vise à donner effet à celui-ci. Il arrive également que les décisions de juridictions nationales portant sur des questions de droit international contiennent pareilles précisions.

6) Les instruments multilatéraux et les négociations diplomatiques sont des éléments accessibles et très utiles pour établir la conviction juridique des États au regard du contenu du droit international coutumier, d'où la référence aux « dispositions de traités » et à la « conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ». Leur utilité potentielle aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier est examinée plus avant dans les projets de conclusions 11 et 12, ci-après.

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* à toutes les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) des organisations internationales.

8) Le paragraphe 3 prévoit que, dans certaines conditions, le fait pour un État de ne pas réagir dans un délai raisonnable peut aussi, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, « témoigner du fait que [les gouvernements] n[e] considèrent pas [une pratique adoptée par d'autres] comme étant contraire au droit international »[735]. Effectivement, le fait de tolérer une pratique peut être une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'il traduit l'adhésion à cette pratique. Toutefois, pour que l'absence d'objection ou de protestation expresses ait une valeur probante, deux conditions doivent être remplies dans les circonstances de chaque affaire, l'objectif étant de s'assurer que cette inaction ne procède pas de motifs sans rapport avec la légalité de la pratique en question[736]. Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique[737], ce qui peut être le cas, par exemple, lorsque celle-ci a un effet − surtout s'il est défavorable − sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir[738]. Deuxièmement, l'État doit avoir été « en mesure de réagir », c'est-à-dire qu'il doit

[735] *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 139. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 29 (« [L]a Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les États intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations : leur conduite ne semble guère avoir été différente de celle qu'ils tiennent dans tous les cas de juridiction concurrente. Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des États en faveur de la compétence exclusive de l'État du pavillon, que l'agent du Gouvernement français a cru pouvoir déduire de la rareté des questions de compétence devant les tribunaux répressifs. Il ne semble guère probable, et il ne serait pas conforme à la pratique internationale, que le Gouvernement français dans le cas de l'*Ortigia-Oncle-Joseph* et le Gouvernement allemand dans celui de l'*Ekbatana-West-Hinder* eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international ») ; et *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire nº 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, Cour suprême de l'Argentine, opinion du Juge Gustavo A. Bossert, à la page 40, par. 90.

[736] Voir aussi, plus généralement, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 27, par. 33.

[737] Dans un contexte différent, la Cour internationale de Justice a fait observer que « [l]'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement [...] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse » (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 12, aux pages 50 et 51, par. 121). Voir aussi *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 141 (« De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. »).

[738] Il est fort possible qu'une pratique soit considérée comme ayant une incidence sur la totalité ou la quasi-totalité des États.

avoir eu connaissance de la pratique (ce qui est présumé être le cas lorsque celle-ci a bénéficié d'une large publicité, par exemple) et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir. Lorsque l'État n'a pas eu connaissance de la pratique, qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il en ait connaissance, ou qu'il n'a pas eu suffisamment de temps pour réagir, son inaction ne saurait valoir acceptation du fait que cette pratique est prescrite (ou permise) par le droit international coutumier. Un État peut aussi donner d'autres raisons pour expliquer son inaction.

Cinquième partie
Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

1) Pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier, il peut être recouru à diverses sources autres que des preuves directes de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*). On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales, la jurisprudence des tribunaux (nationaux et internationaux) et la doctrine, qui peuvent aider à collecter, synthétiser et interpréter les informations indicatives de la pratique pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier et contenir des formulations explicites permettant d'encadrer et d'orienter l'établissement de ses deux éléments constitutifs. La cinquième partie a pour but d'expliquer la valeur potentielle de ces sources et de souligner qu'il est éminemment important d'examiner soigneusement tant leur contenu que le contexte dans lequel elles ont été élaborées.

2) Les textes issus des travaux de la Commission du droit international méritent eux-mêmes une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. Comme la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions l'ont fait observer[739], la détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, est dotée d'un mandat unique de développement progressif du droit international et de codification[740], ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États et de l'*opinio juris*) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États (et au fait que les États lui transmettent des observations orales et écrites tout au long de ses travaux). Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus[741].

Conclusion 11
Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

---

[739] Voir, par exemple, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 40, par. 51 ; *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1er février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 56, par. 169 ; *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires nº ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt (Chambre d'appel) du 13 décembre 2004, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 518 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration (1981), International Law Reports*, vol. 91, p. 543 à 701, à la page 575 ; et 2 BvR 1506/03, Cour constitutionnelle fédérale allemande, ordonnance de la deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 47.

[740] Voir le Statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) en date du 21 novembre 1947.

[741] Une fois que l'Assemblée générale a pris des mesures à l'égard d'un projet final de la Commission, par exemple qu'elle l'a annexé à une résolution et l'a remis aux États, ce projet peut aussi relever du projet de conclusion 12, *infra*.

a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;

b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou

c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 porte sur l'importance des traités aux fins de la détermination du droit international coutumier. Il ne traite pas de la question de la conduite des États au regard des traités en tant que formes de pratique, qui est traitée dans le projet de conclusion 6 ci-dessus, et ne concerne pas non plus directement le processus d'élaboration des traités et les projets de dispositions conventionnelles, qui peuvent contribuer à la formation d'une pratique étatique et constituer une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), ainsi qu'il est indiqué dans les projets de conclusions 6 et 10 ci-dessus.

2) Bien que les traités ne lient que les parties, ils « peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant »[742]. Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application) peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier[743]. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. Toutefois, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu.

3) Le nombre de parties à un traité peut être un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si les règles particulières énoncées dans le traité reflètent le droit international coutumier, les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard[744]. Cela étant, les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou

[742] *Plateau continental* (voir *supra*, note 672), aux pages 29 et 30, par. 27 (« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et en définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »). L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, fait référence à la possibilité « qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

[743] Voir *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), à la page 128, par. 66 ; « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire … 1950*, vol. II (2e partie), p. 368, par. 29 (« [i]l n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier »).

[744] Voir, par exemple, Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, Sentence partielle, *Prisonniers de guerre − Réclamation de l'Éthiopie n° 4*, décision du 1er juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : E/F.06.V.7), p. 73 à 114, aux pages 86 et 87, par. 31 (« Certainly, there are important, modern authorities for the proposition that the Geneva Conventions of 1949 have largely become expressions of customary international law, and both Parties to this case agree. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion » [Assurément, d'importantes sources modernes soutiennent l'idée que les Conventions de Genève de 1949 sont dans une grande mesure devenues l'expression du droit international coutumier, ce dont les deux parties conviennent. Le simple fait qu'elles aient recueilli une adhésion presque universelle appuie cette conclusion]) (note omise) ; et *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra*, note 675), aux paragraphes 17 à 20 (où il est notamment dit que le fait que la

n'ont pas encore recueilli une large adhésion peuvent également être significatifs dans certaines circonstances, surtout lorsqu'ils ont été adoptés sans opposition ou par une très grande majorité d'États[745]. En tout état de cause, l'attitude des États qui ne sont pas parties à un traité ratifié par un grand nombre d'États, tant au moment de sa conclusion qu'ultérieurement, est aussi importante.

4) Le paragraphe 1 décrit les trois situations dans lesquelles une règle énoncée dans un traité peut être considérée comme une expression du droit international coutumier, ces situations se distinguant l'une de l'autre par le moment auquel la règle du droit international coutumier s'est formée ou a commencé à se former. La formulation « règle énoncée dans un traité » vise à indiquer qu'une règle n'est pas nécessairement contenue dans une seule disposition conventionnelle mais peut être reflétée par deux ou trois dispositions lues conjointement[746]. Le membre de phrase « s'il est établi que » indique clairement qu'il ne suffit pas d'examiner le texte d'un traité pour déterminer si une règle conventionnelle reflète une règle du droit international coutumier ; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (avec l'acceptation comme étant le droit). Il faut pouvoir démontrer que les États ne suivent pas une pratique (seulement) parce que le traité leur en fait obligation, mais parce qu'ils sont convaincus que la règle énoncée est, ou est devenue, une règle du droit international coutumier[747].

5) L'alinéa *a*) concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité est déclaratoire d'une règle préexistante du droit international coutumier[748]. Pour faire pareil constat, il faut d'abord examiner le texte du traité, qui peut contenir des dispositions explicites[749]. Le fait que les réserves à une disposition conventionnelle soient expressément autorisées peut donner à penser que la disposition en question ne reflète pas le droit international coutumier, mais n'est pas nécessairement probant[750]. Il peut ne pas y avoir d'indications à ce sujet dans le traité et, le cas échéant, celles-ci peuvent concerner le

---

Convention relative aux droits de l'enfant ait recueilli une large adhésion, puisqu'elle est la plus largement acceptée de toutes les conventions internationales, fait de ses dispositions pertinentes une expression du droit international coutumier).

745 Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), à la page 30, par. 27 (« Il est [...] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention de 1982 [sur le droit de la mer, qui n'était alors pas encore entrée en vigueur] revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. »).

746 Il peut aussi arriver qu'une seule disposition ne reflète que partiellement le droit international coutumier.

747 Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, ce raisonnement a conduit la Cour à ne pas tenir compte de plusieurs des exemples de pratique des États qui avaient été mis en avant comme reflétant une règle du droit international coutumier (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 76).

748 Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra*, note 663), aux pages 46 et 47, par. 87.

749 Dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277), par exemple, les Parties « *confirment* que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens » (art. 1er) (non souligné dans l'original) ; le préambule de la Convention sur la haute mer adoptée à Genève en 1958 contient un alinéa libellé comme suit : « *Désireux* de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer » (ibid., vol. 450, nº 6465, à la page 83). Un traité peut également préciser qu'il relève du développement progressif plutôt que de la codification du droit international ; dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé que le préambule de la Convention concernant les droits et les devoirs des États adoptée à Montevideo en 1933 (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, nº 3802, p. 19), où il est dit que la Convention modifie une convention antérieure (et le fait qu'un nombre limité d'États aient ratifié cette convention) infirmaient la thèse selon laquelle la Convention « n'a[vait] fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume » (*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), à la page 277).

750 Voir aussi Guide de la pratique sur les réserves aux traités, lignes directrices 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur les droits et obligations découlant d'une règle de droit international coutumier), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10 et Add.1).

traité dans son ensemble plutôt qu'une règle en particulier[751] ; dans ce cas, on peut recourir aux travaux préparatoires[752], y compris à toutes déclarations faites par les États pendant le processus de rédaction susceptibles de traduire une intention de codifier une règle du droit international coutumier existante. S'il est établi que les États ayant participé à la négociation considéraient effectivement la règle en question comme une règle du droit international coutumier, preuve est faite de l'acceptation de celle-ci comme étant le droit (*opinio juris*), et cette preuve a d'autant plus de poids que les États ayant participé à la négociation sont nombreux. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il faille se pencher sur la question de savoir si l'existence d'une règle du droit international coutumier (par opposition à une disposition conventionnelle) est étayée par une pratique suffisamment vaste, représentative et constante ; cela parce que le fait que les parties soutiennent que le traité est déclaratoire du droit existant ne constitue qu'un seul élément de preuve, et parce que la règle du droit international coutumier sous-tendant telles ou telles dispositions conventionnelles peut avoir changé ou être devenue caduque depuis la conclusion du traité. En d'autres termes, la pratique doit venir confirmer ou accompagner l'*opinio juris*.

6) L'alinéa *b*) porte sur les cas dans lesquels il est établi qu'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) a été cristallisée par une règle conventionnelle établie sur la base d'une pratique limitée des États. En d'autres termes, la règle conventionnelle a renforcé et précisé une règle du droit international coutumier qui avait seulement commencé à émerger au moment de l'élaboration du traité et qui, par la suite, en est devenue l'expression[753]. Pour pouvoir faire un tel constat, il faut là encore déterminer si la règle telle qu'elle est formulée dans le traité a ou non été acceptée comme étant le droit et est étayée par une pratique générale[754].

---

[751] La Convention de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, nº 4137, p. 89) dispose que « [l]'insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international » (art. 18). Il est parfois fait référence, de manière générale, à la fois à la codification et au développement : dans le préambule de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, par exemple, les États parties se disent convaincus que « la codification et le développement progressif du droit des traités [sont] réalisés dans la [...] Convention » ; dans le préambule de la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (résolution 59/38 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004), les États parties disent considérer « que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier » et expriment leur conviction que la Convention « contribuera à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ». Voir aussi *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* et *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 62 (18 octobre 2017), par. 32.

[752] Lorsqu'elle s'est penchée, dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, nº 7302, p. 311) reflétait le droit international coutumier lorsque la Convention a été élaborée, la Cour internationale de Justice a dit que : « [l]a valeur de la règle dans la Convention doit donc surtout être jugée par rapport aux conditions dans lesquelles la Commission [du droit international] a été amenée à la proposer et qui ont déjà été examinées au sujet de la thèse du Danemark et des Pays-Bas sur le caractère nécessaire et a priori de l'équidistance [dans la délimitation maritime]. La Cour considère que cet examen suffit, aux fins du présent raisonnement, à montrer que le principe de l'équidistance, tel qu'il est actuellement énoncé à l'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus de *lege ferenda*, donc certainement pas de *lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. Tel n'est manifestement pas le genre de fondement que l'on pourrait invoquer pour prétendre que l'article 6 de la Convention a consacré ou cristallisé la règle de l'équidistance. » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671) à la page 38, par. 62). Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 138 et 139, par. 89.

[753] Même lorsqu'une disposition conventionnelle n'a pas fait l'objet d'un consensus, il se peut que l'évolution du droit international coutumier se soit poursuivie « par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence [où le traité avait été négocié] et des accords auxquels on avait presque abouti », *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 175, aux pages 191 et 192, par. 44.

[754] Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), à la page 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] *la pratique des États* démontre que l'institution de la zone économique exclusive,

7) L'alinéa *c*) concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle du droit international coutumier[755]. On ne considère pas facilement ce résultat comme atteint. Comme la Cour internationale de Justice l'a expliqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour établir qu'une règle énoncée dans un traité a engendré la formation d'une règle du droit international coutumier :

> « [i]l faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. [I]l demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »[756].

En d'autres termes, une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) « dans le sens de la disposition invoquée » doit exister. Le fait que les parties au traité adoptent un comportement concordant les unes envers les autres pouvant être attribué à l'obligation mise à leur charge par le traité plutôt qu'à l'acceptation de la règle conventionnelle en question comme une règle contraignante du droit international coutumier, la pratique de ces parties à l'égard des États non parties au traité et celle des États non parties à l'égard des États parties ou entre eux auront une valeur particulière.

8) Le paragraphe 2 vise à souligner que ce n'est pas parce qu'une disposition figure dans un certain nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un éventail d'États potentiellement large, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle du droit international coutumier (ou engendrer pareille règle), elle peut « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire », en ce que les États concluent des traités soit pour combler l'absence de règle, soit pour déroger à une règle existante mais différente du droit international coutumier[757]. Là encore, il y a lieu de se pencher sur la question de savoir s'il existe des exemples de pratiques acceptées comme étant le droit (*opinio juris*) qui viennent étayer la règle écrite.

---

où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier. ») (non souligné dans l'original).

755 Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre. C'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 41, par. 71). Le règlement figurant à l'annexe de la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre est un exemple fréquemment cité : bien que, d'après les participants, ce règlement ait été établi dans le but de « réviser les lois et coutumes générales de la guerre » de l'époque (et non, par conséquent, de codifier le droit international coutumier existant), il a par la suite été considéré comme l'expression du droit international coutumier (voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 172, par. 89).

756 *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 41 à 43, par. 72 et 74 (où la Cour souligne, au paragraphe 71, qu'« on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »).

757 Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, à la page 615, par. 90 (« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la Convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »).

Conclusion 12
Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Le projet de conclusion 12 concerne le rôle que les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences intergouvernementales peuvent jouer dans la détermination des règles du droit international coutumier. Il dispose que, si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes ni constituer des règles du droit international coutumier ni être une preuve concluante de l'existence ou du contenu de telles règles, elles peuvent avoir valeur de preuve d'une règle de droit existante ou en train de se faire jour et peuvent contribuer au développement d'une règle du droit international coutumier[758].

2) Comme dans le projet de conclusion 6, le mot « résolution » s'entend des résolutions, décisions et autres actes adoptés par les organisations internationales ou lors d'une conférence intergouvernementale, quel que soit le terme employé pour les désigner[759] et qu'ils soient ou non juridiquement contraignants. Une attention particulière devrait être accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier de l'Organisation des Nations Unies à composition quasi universelle qui peut offrir des preuves importantes de l'opinion collective de ses Membres. Les résolutions adoptées par des organes (ou lors de conférences) à participation plus limitée peuvent également être pertinentes, mais leur poids est probablement moindre s'agissant de déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier.

3) Bien que les résolutions des organes des organisations internationales (à la différence des résolutions des conférences intergouvernementales) émanent, à proprement parler, non pas des États membres, mais de l'organisation, ce qui importe dans le cadre du présent projet de conclusion est qu'elles peuvent être l'expression collective des vues de ces États. Lorsqu'elles portent (explicitement ou implicitement) sur des questions juridiques, les résolutions peuvent donner une idée de la position des États membres sur ces questions. Une grande partie de ce qui a été dit des traités au regard du projet de conclusion 11 ci-dessus vaut pour les résolutions ; mais, à la différence des traités, celles-ci ne sont normalement pas juridiquement contraignantes et retiennent généralement moins l'attention de la communauté des juristes que les traités. Comme les traités, les résolutions ne sauraient dispenser de vérifier s'il existe en fait une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*).

4) Le paragraphe 1 indique clairement que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer des règles du droit international coutumier. En d'autres termes, la seule adoption d'une résolution (ou de résolutions successives) prétendant énoncer une

[758] Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 ; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, deuxième sentence interlocutoire, sentence nº ITL 59-129-3 du 27 mars 1986, *International Law Reports*, vol. 84, p. 483 à 592, à la page 526.

[759] De très nombreux termes sont utilisés pour les désigner, par exemple « déclaration » ou « déclaration de principes ».

règle du droit international coutumier ne crée pas une telle règle : il doit être établi que la règle ainsi énoncée correspond en fait à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Aucune « coutume instantanée » ne naît des résolutions elles-mêmes[760].

5) Le paragraphe 2 dispose, premièrement, que les résolutions peuvent néanmoins aider à déterminer les règles du droit international coutumier en fournissant une preuve de leur existence ou de leur contenu. Le mot « peuvent » tend à indiquer que toutes les résolutions ne jouent pas ce rôle. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice, les résolutions, « même si elles n'ont pas force obligatoire … peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* »[761]. Il en est ainsi en particulier lorsqu'une résolution se veut déclaratoire d'une règle du droit international coutumier existante, auquel cas elle peut constituer une preuve de l'acceptation de cette règle comme étant le droit par les États l'ayant appuyée. En d'autres termes, « [l]'effet d'un consentement au texte de telles résolutions peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarée par la résolution »[762]. À l'inverse, les votes contre, les abstentions ou les dissociations d'un consensus, ainsi que les déclarations générales et les explications de positions, peuvent attester qu'il n'y a pas d'acceptation comme étant le droit.

6) Comme la position des États sur telle ou telle résolution (ou règle particulière énoncée dans une résolution), exprimée par leur vote ou autrement, est souvent motivée par des considérations politiques ou d'autres considérations non juridiques, déterminer s'il y a acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) à partir de ces résolutions doit s'effectuer « avec la prudence nécessaire »[763]. C'est ce qu'indique le mot « peut ». Dans chaque cas, il convient d'évaluer avec soin les divers facteurs pour s'assurer que les États concernés entendaient effectivement reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,* « il faut [...] examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption [de la résolution] ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle. »[764]. Le libellé précis de la résolution est le point de départ de l'évaluation de l'importance juridique de celle-ci ; la référence au droit international et la présence (ou l'absence) de termes particuliers dans ce texte, préambule compris, peuvent être significatives[765]. Sont également pertinents les débats et négociations ayant précédé l'adoption de la résolution et en particulier les explications de vote et autres déclarations faites immédiatement avant ou après l'adoption[766]. L'appui dont bénéficie la résolution (dont l'importance de la majorité, les votes contre ou les abstentions donnent la mesure) est critique. Des divergences d'opinion sur certaines dispositions d'une résolution peuvent indiquer qu'il n'y a pas acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), au moins concernant ces dispositions, et les résolutions qui donnent lieu à des votes contre ou à des

760 Voir aussi, *supra,* commentaire du projet de conclusion 8, par. 9.

761 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 (visant les résolutions de l'Assemblée générale).

762 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 100, par. 188. Voir également *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, sentence finale (24 mars 1982), *International Law Reports*, vol. 66, p. 518 à 627, aux pages 601 et 602, par. 143.

763 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 99, par. 188.

764 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), à la page 255, par. 70.

765 Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, par exemple, l'Assemblée générale a « *[a]ffirm[é]* que le génocide [était] un crime du droit des gens », formule qui donne à penser que le paragraphe était censé être déclaratoire du droit international coutumier.

766 À l'Assemblée générale, les explications de vote sont souvent données lors de l'adoption par une grande commission, auquel cas elles ne sont généralement pas répétées en séance plénière.

abstentions ne sont généralement pas considérées comme reflétant le droit international coutumier[767].

7) Le paragraphe 2 indique en outre que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, même si elles sont dénuées de force juridique propre, peuvent parfois jouer un rôle important dans le développement du droit international coutumier. Tel peut être le cas lorsque, à l'instar d'un traité, une résolution (ou une série de résolutions) inspire ou promeut l'apparition d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) conforme à ses termes ou lorsqu'elle cristallise une règle en train de se faire jour.

8) Le paragraphe 3 indique clairement que les dispositions des résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer une preuve concluante de l'existence ou du contenu de règles du droit international coutumier. Ceci découle de l'indication selon laquelle, pour que l'existence d'une règle soit démontrée, l'*opinio juris* des États, telle qu'elle peut être attestée par une résolution, doit être confirmée par la pratique ; d'autres éléments de preuve sont ainsi nécessaires, en particulier pour démontrer que la règle alléguée est en fait observée dans la pratique des États[768]. Une disposition d'une résolution ne peut prouver l'existence d'une règle du droit international coutumier en l'absence d'une pratique ou si la pratique est divergente ou incohérente.

Conclusion 13
Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 13 porte sur le rôle des décisions des juridictions nationales et des juridictions internationales aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. Il convient de rappeler que les décisions des juridictions nationales peuvent avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent valoir pratique ainsi que preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) de la part de l'État du for, ainsi qu'il ressort des projets de conclusions 6 et 10 ci-dessus. D'autre part, lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, elles peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination de ces règles, comme il est indiqué dans le projet de conclusion 13.

2) Le texte du projet de conclusion 13 est largement inspiré du libellé du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel, si les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige, les décisions de justice constituent des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international,

[767] Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), à la page 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes. »).

[768] Voir, par exemple, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême (3 février 2012), par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 est une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits. »).

y compris le droit international coutumier. L'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). L'emploi de cette expression n'indique pas et ne vise pas à indiquer que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier.

3) Les décisions portant sur des questions de droit international, en particulier les décisions relatives à l'existence de règles de droit international coutumier et dans lesquelles pareilles règles sont déterminées et appliquées, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier. Toutefois, leur valeur varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi (et notamment, au premier chef, de la mesure dans laquelle ce raisonnement résulte d'un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale supposée est acceptée comme étant le droit) que de la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans la jurisprudence postérieure. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction. On retiendra en outre que les décisions relatives au droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre ; les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue.

4) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires qui est appelé à examiner des règles de droit international coutumier. Il fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à l'importance de sa jurisprudence et à la position particulière qu'elle occupe du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent[769]. Outre la Cour internationale de Justice et son prédécesseur, la Cour permanente de justice internationale, l'expression « juridictions internationales » désigne notamment, mais non exclusivement, les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux, les tribunaux régionaux des droits de l'homme et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les compétences dont disposent les juridictions internationales et le vaste éventail d'éléments de preuve auquel elles ont accès peuvent donner un poids considérable à leurs décisions, sous réserve des considérations mentionnées dans le paragraphe précédent.

5) Aux fins du présent projet de conclusion, le terme « décisions » s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent faire la lumière sur telle ou telle décision et aborder des questions qui ne sont pas couvertes par celle-ci, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection car elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et il se peut qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

[769] Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie des juridictions internationales, les décisions de la Cour internationale de Justice sont couvent considérées comme faisant autorité par les autres tribunaux. Voir, par exemple, *Affaire Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n^{os} 34356/06 et 40528/06, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2014, par. 198 ; *Navire « SAIGA » (n^{o} 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux paragraphes 133 et 134 ; et *Japon − Taxes sur les boissons alcooliques*, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, sect. D.

6) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes » ou « tribunaux municipaux »)[770]. La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; dans le présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » englobe les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou plusieurs pays, tels les tribunaux « hybrides », de composition et de compétence à la fois nationales et internationales.

7) Il convient de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier[771]. En conséquence, les deux paragraphes du projet de conclusion sont formulés différemment, le paragraphe 2 contenant le membre de phrase « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Les décisions de ces juridictions peuvent refléter la perspective d'un pays. Contrairement à la plupart des juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent parfois manquer de compétences en droit international et peuvent se prononcer sans avoir entendu les arguments des États[772].

Conclusion 14
Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 14 porte sur le rôle de la doctrine dans la détermination des règles de droit international coutumier. Calqué sur le libellé de l'Article 38, paragraphe 1) d), du Statut de la Cour internationale de Justice, ce projet de conclusion indique que ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Le mot « doctrine » doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels.

2) Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 13 ci-dessus, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, mais elle peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur la pratique des États et qu'elle en fait l'analyse, qu'elle relève les divergences dans cette pratique et l'absence ou la formation éventuelles de règles et qu'elle évalue le droit.

3) Il faut être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier est variable ; c'est ce qu'indiquent les mots « peut servir ». Premièrement, les auteurs visent parfois non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours (ou ne marquent pas clairement) la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'ils voudraient qu'il soit. Deuxièmement, la doctrine peut refléter les points de vue nationaux ou autres points de vue individuels des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine

[770] À propos des décisions de juridictions nationales en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier, voir, par exemple, *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 2 (17 janvier 2017), par. 149 à 151 (Lord Mance).

[771] Voir aussi *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 mars 2016), par. 74.

[772] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire … 1950*, vol. II (2e partie), p. 370, par. 53.

peut varier considérablement. Évaluer l'autorité de tel ou tel travail est donc essentiel ; dans l'affaire du *Paquete Habana*, la Cour suprême des États-Unis a visé :

> « les travaux des juristes et commentateurs qui, grâce à des années de travail, de recherche et d'expérience, ont acquis une connaissance approfondie des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement. »[773].

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces auteurs seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » souligne qu'une attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné. Cela étant, c'est la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importe en dernière analyse ; comptent parmi les facteurs à prendre en considération à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle. La référence aux publicistes « des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues de travail lorsqu'il s'agit d'identifier le droit international coutumier.

5) Les textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard[774]. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de Droit international et l'Association de droit international ainsi que des organes internationaux d'experts spécialisés dans certains domaines et issus de différentes régions. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée compte tenu du mandat et des compétences de l'organe concerné, de la mesure dans laquelle le texte vise à établir le droit existant, du soin et de l'objectivité dont l'organe fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question, et du soutien dont bénéficie le texte en question au sein de l'organe ainsi que de l'accueil qui lui a été réservé par les États et d'autres entités.

Sixième partie
Objecteur persistant

La sixième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif à la règle de l'objecteur persistant.

Conclusion 15
Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général *(jus cogens*).

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier, « par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un

[773] *The Paquete Habana and The Lola*, Cour suprême des États-Unis 175 US 677 (1900), à la page 700. Voir également *l'Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), aux pages 26 et 31.

[774] L'attention particulière à accorder aux textes issus des travaux de la Commission du droit international est décrite au paragraphe 2) du commentaire général de la présente partie (5e partie).

quelconque des membres de la communauté à son avantage »[775]. Toutefois, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle du droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation, cette règle ne lui est pas opposable. C'est ce que l'on appelle souvent la « règle » ou la « doctrine » de l'objecteur persistant et il n'est pas rare que cette question se pose dans le cadre de la détermination des règles du droit coutumier international. L'invocation de la règle de l'objecteur persistant est soumise à des conditions rigoureuses, comme l'indique le projet de conclusion.

2) La règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à l'émergence d'une nouvelle règle du droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question (du fait qu'il n'y a pas de pratique générale acceptée comme étant le droit)[776].

3) Un État qui s'oppose à une règle du droit international coutumier en voie de formation en faisant valoir des arguments contre elle ou en appliquant une pratique s'écartant de celle-ci peut adopter l'une ou l'autre des positions suivantes ou combiner les deux : il peut tenter d'empêcher la formation de la règle ou, si la règle parvient à se former, faire en sorte qu'elle ne lui soit pas opposable. On peut citer par exemple le cas de certains États qui se sont opposés, alors qu'elle était en voie de formation, à la règle permettant à chaque État de fixer la largeur de sa mer territoriale pour autant que celle-ci ne dépasse pas 12 milles marins. Peut-être ces États auraient-ils voulu définir comme règle générale une largeur de 3, 5 ou 6 milles marins mais, quoiqu'il en soit, ils n'étaient pas disposés à accepter qu'un élargissement des mers territoriales leur soit imposé[777]. S'il est établi qu'une règle du droit international coutumier s'est formée, c'est à l'État objecteur qu'il incombe de prouver qu'il peut se prévaloir du statut d'objecteur persistant.

4) Il n'est pas rare que la règle de l'objecteur persistant soit invoquée et reconnue dans la jurisprudence, tant internationale que nationale[778], ainsi que dans d'autres contextes[779]. Si les vues divergent parfois, la règle de l'objecteur persistant est largement acceptée par les

---

[775] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 38 et 39, par. 63. Cela est vrai des règles du droit international coutumier « général », par opposition au droit international coutumier « particulier » (à propos duquel voir *infra*, projet de conclusion 16).

[776] Voir, par exemple, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), vol. 46 (1978), décision du 13 décembre 1977, 2 BvM 1/76, nº 32, p. 342 à 404, aux pages 388 et 389, par. 6 (« Cela ne concerne pas simplement une action qu'un État peut soutenir avec succès depuis toujours contre l'application d'une règle générale existante du droit international en faisant valoir ses droits de manière persistante (au sens de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries* […]), mais au contraire l'impossibilité de postuler à l'heure actuelle l'existence d'une règle générale correspondante du droit international. »).

[777] Finalement, dans le cadre d'un accord global sur le droit de la mer, les États n'ont pas maintenu leurs objections. Il peut parfois être difficile de conserver le statut d'objecteur persistant sur la durée, mais cela ne remet pas en cause l'existence de la règle énoncée dans le projet de conclusion 15.

[778] Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries* (*supra*, note 708), à la page 131 ; *Michael Domingues v. United States*, affaire nº 12.285 (2002), Cour interaméricaine des droits de l'homme, rapport nº 62/02, par. 48 et 49 ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], nº 34869/05, Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2011, par. 54 ; rapport du groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes − Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R, adopté le 21 novembre 2006, à la page 335, note 248 ; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, 965 F.2d 699 ; 1992 U.S. App., à la page 715, par. 54.

[779] Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie en 1982 à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, document A/CONF.62/SR.189, p. 76, par. 150 (à consulter en anglais à l'adresse http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html) ; Département de la défense des États-Unis, *Law of War Manual*, Bureau du Conseiller général, Washington, décembre 2016, aux pages 29 à 34, sect. 1.8 (droit international coutumier), en particulier à la page 30, par. 1.8 (« Customary international law is generally binding on all States, but States that have been persistent objectors to a customary international law rule during its development are not bound by that rule ») [Le droit international coutumier est généralement contraignant pour tous les États, mais ceux qui se sont opposés de manière persistante à une règle du droit international coutumier pendant qu'elle était en voie de formation ne sont pas liés par cette règle] et p. 34, par. 1.8.4.

États et les auteurs ainsi que par les institutions scientifiques qui s'occupent de droit international[780].

5) Le paragraphe 1 indique clairement que l'objection doit avoir été exprimée alors que la règle en question était en voie de formation. Cet aspect temporel de l'objection est essentiel : l'État doit exprimer son opposition avant qu'une pratique donnée se soit cristallisée en règle du droit international coutumier et sa position sera d'autant plus ferme qu'il aura fait connaître son opposition tôt. S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre objection et violation, il ne saurait y avoir de règle de l'objecteur ultérieur : une fois que la règle est formée, un État ne peut pas s'y soustraire simplement en s'y opposant.

6) Si un État établit son statut d'objecteur persistant, la règle ne lui est pas opposable tant qu'il maintient son objection ; l'expression « pas opposable » est utilisée pour illustrer le caractère exceptionnel de la position d'objecteur persistant. Comme il est indiqué plus loin dans le paragraphe, une fois qu'il a abandonné son objection (ce qu'il peut faire à tout moment, expressément ou d'une autre manière), l'État concerné devient lié par la règle.

7) Le paragraphe 2 énonce en termes précis les conditions rigoureuses qui doivent être remplies pour qu'un État puisse établir et conserver son statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle du droit international coutumier. Outre qu'elle doit être formulée avant que la pratique ne se cristallise en règle de droit, l'objection doit être exprimée clairement, à savoir que la non-acceptation de la règle en voie de formation ou le refus d'être lié par elle doit être sans ambiguïté[781]. L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est pas nécessaire qu'elle se traduise par une action concrète ; une objection verbale claire, formulée par écrit ou oralement, suffit pour que l'État concerné conserve son statut juridique d'objecteur.

8) La condition exigeant que l'objection soit communiquée aux autres États signifie que l'objection doit être communiquée à l'échelle internationale ; elle ne peut pas simplement être exprimée au niveau national. C'est à l'État objecteur qu'il incombe de veiller à ce que l'objection soit effectivement communiquée aux autres États.

9) La condition exigeant que l'objection soit maintenue de manière persistante s'applique à la fois avant et après la formation de la règle du droit international coutumier. Pour déterminer si cette condition est remplie, il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Cette condition signifie, premièrement, que l'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose (c'est-à-dire, lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État a abandonné son objection). Il est clair, toutefois, qu'on ne peut pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue. Deuxièmement, les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables.

10) Le paragraphe 3 dispose expressément que le projet de conclusion 15 est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Le commentaire du projet de conclusion 1 indique déjà clairement que tous les présents projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles du droit international, y compris celles concernant les normes impératives du droit international (*jus cogens*), ou des questions concernant le caractère *erga omnes* de certaines obligations[782].

---

[780] La Commission a elle-même récemment évoqué la règle dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel elle indique : « Une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection ; celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général » (voir par. 7) du commentaire concernant la directive 3.1.5.3, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10/Add.1)).

[781] Voir, par exemple, *C. v. Director of Immigration and another*, Hong Kong, Cour d'appel [2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011), au paragraphe 68 (« La preuve de l'objection doit être manifeste »).

[782] Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 1, par. 5).

Septième partie
Droit international coutumier particulier

La septième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif au droit international coutumier particulier (parfois appelé « coutume régionale » ou « coutume spéciale »). Si les règles de droit international coutumier général revêtent un caractère contraignant pour tous les États, les règles de droit international coutumier particulier s'appliquent entre un nombre limité d'États. Même si celles-ci ne sont pas fréquentes, elles jouent parfois un rôle important dans les relations interétatiques, en conciliant des valeurs et intérêts différents propres à certains États seulement[783].

Conclusion 16
Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*) applicable entre eux.

Commentaire

1) Il est incontesté qu'il peut exister des règles de droit international coutumier n'ayant pas un caractère général. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice le confirme, qui cite notamment un droit international coutumier « particulier au système juridique interaméricain »[784] ou « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique »[785], « une coutume locale »[786] et un droit international coutumier « de caractère régional »[787]. Les affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à identifier de telles règles comprennent l'affaire du *Droit d'asile*[788] et l'affaire du *Droit de passage*[789]. Le terme « droit international coutumier particulier » désigne ces règles par opposition aux règles du droit international coutumier d'application générale. Il a été préféré à « coutume particulière » pour souligner que le projet de conclusion concerne des règles de droit et non de simples coutumes ou usages : il peut tout à fait exister entre les États des « coutumes locales » qui ne sont pas des règles de droit international[790].

2) Le projet de conclusion 16 a été placé à la fin du projet de conclusions parce que, d'une manière générale, les projets de conclusion qui précèdent s'appliquent également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier, sauf si le présent projet de conclusion en dispose autrement. En particulier, l'approche des deux éléments s'applique, comme indiqué dans le présent commentaire[791].

---

783 Il n'est pas exclu qu'elles puissent avec le temps se transformer en règles de droit international coutumier général.

784 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 105, par. 199.

785 *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 565, par. 21.

786 *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* (voir *supra*, note 685), à la page 200 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

787 *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), à la page 233, par. 34.

788 *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674).

789 *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675).

790 Voir également *supra*, projet de conclusion 9, par. 2.

791 La Cour internationale de Justice a considéré que le droit international coutumier particulier relevait de l'Article 38, par. 1 b) de son Statut : voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), aux pages 276 et 277.

3) Le paragraphe 1, qui a le caractère d'une définition, explique que le droit international coutumier particulier ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États. Il doit être distingué du droit international coutumier général, c'est-à-dire du droit international coutumier qui s'impose en principe à tous les États. En soi, une règle du droit international coutumier particulier ne crée ainsi ni obligations ni droits pour les États tiers[792].

4) Les règles de droit international coutumier particulier peuvent s'appliquer entre divers types de groupements d'États. On parle souvent de règles coutumières de caractère régional, comme celles « particuli[ères] au système juridique latino-américain » (dont l'institution de l'asile diplomatique est un exemple couramment cité)[793]. Un droit international coutumier particulier peut s'appliquer à une aire géographique plus réduite, par exemple une sous-région, ou même ne lier que deux États. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a expliqué ce qui suit :

> « On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États. »[794].

Les affaires dans lesquelles des prétentions concernant l'existence de telles règles de droit international coutumier particulier ont été examinées concernaient, par exemple, un droit d'accès à des enclaves en territoire étranger[795], la copropriété (condominium) d'eaux historiques entre trois États côtiers[796], le droit des habitants de la rive d'un fleuve servant de frontière entre deux États de pratiquer la pêche de subsistance[797], un droit de transit transfrontalier/international avec dispense des formalités d'immigration[798], et une obligation de parvenir à un accord dans l'administration de la production d'énergie sur un fleuve servant de frontière entre deux États[799].

5) S'il existe généralement une relation géographique entre les États auxquels une règle du droit international coutumier particulier s'applique, cela n'est pas nécessairement le cas. L'expression « régional, local ou autre » vise à indiquer que bien qu'une règle du droit international coutumier particulier soit le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une règle du droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique ou constituant une communauté d'intérêt, établie par un traité ou autrement.

6) Le paragraphe 2 concerne les conditions de fond de la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier particulier. Pour l'essentiel, déterminer si une telle règle existe consiste à rechercher s'il existe une pratique générale des États concernés qui est acceptée par eux comme régissant leurs relations *inter se*. Dans l'affaire du *Droit*

---

792 La situation est comparable à celle exposée dans les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne les traités et les États tiers (3e partie, sect. 4).

793 *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), à la page 276.

794 *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

795 Ibid., p. 6.

796 Voir les prétentions du Honduras dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras : Nicaragua (intervenant)), arrêt du 11 septembre 1992*, p. 351, à la page 597, par. 399.

797 *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 140 à 144 ; voir également l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor, aux pages 278 à 282, par. 20 à 36.

798 *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Cour suprême d'Afrique du Sud, 1980 (2) SA 894 (O), 7 mars 1980, *International Law Reports*, vol. 82, p. 358 à 375, aux pages 368 à 375 (le juge Smuts déclarant ce qui suit : « Il n'y a pas de preuve d'une pratique établie de longue date entre la République d'Afrique du Sud et le Lesotho qui se serait cristallisée en un droit coutumier local de transit avec dispense des formalités d'immigration » (à la page 359)).

799 *Kraftwerk Reckingen AG c. Canton de Zurich et autres*, arrêt d'appel, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 octobre 2002, Cour suprême fédérale suisse [BGer] ; deuxième Chambre de droit public, par. 4.

d'asile, la Cour internationale de Justice a fourni des indications sur ce point, lorsqu'elle a déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'argument de la Colombie concernant l'existence d'une « coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine » :

> « La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'Article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit". »[800].

7) L'approche des deux éléments qui exige à la fois une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'applique ainsi également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier. Toutefois, s'agissant de ce droit, la pratique doit être générale au sens où elle doit être constante « entre les États concernés », c'est-à-dire tous les États auxquels la règle en question s'applique. Chacun d'eux doit l'avoir acceptée comme étant le droit entre eux. À cet égard, l'application de l'approche des deux éléments est plus stricte dans le cas des règles de droit international coutumier particulier.

[800] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), aux pages 276 et 277.

Chapitre VI
Protection de l'atmosphère

A. Introduction

67. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Protection de l'atmosphère », subordonnant cette inscription à certaines conditions, et a nommé M. Shinya Murase Rapporteur spécial[801].

68. La Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial à sa soixante-sixième session (2014), le deuxième rapport à sa soixante-septième session (2015), le troisième rapport à sa soixante-huitième session (2016) et le quatrième rapport à sa soixante-neuvième session (2017)[802]. Sur la base du projet de directives proposé par le Rapporteur spécial dans ses deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement neuf projets de directive et huit alinéas du préambule, ainsi que des commentaires y relatifs[803].

B. Examen du sujet à la présente session

69. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), dans lequel, premièrement, le Rapporteur spécial s'est penché sur la question de la mise en œuvre du projet de directives dans l'ordre interne. Il a mis en évidence les différentes modalités de cette mise en œuvre en fonction de la nature des obligations en cause et s'est intéressé à l'application extraterritoriale du droit interne dans certaines situations. Deuxièmement, il a passé en revue les situations dans lesquelles les obligations en cause n'étaient pas honorées. Passant à la question du contrôle du respect des obligations au niveau international, il a expliqué qu'il préférait des mécanismes reposant sur la coopération et visant à fournir une assistance à une partie défaillante, plutôt que des mécanismes à caractère punitif ou coercitif, fondés sur la responsabilité des États et destinés à sanctionner la partie défaillante. Troisièmement, le Rapporteur spécial a examiné la question du règlement des différends. À cet égard, il a souligné à la fois la nécessité du

[801] À sa 3197e séance, le 9 août 2013 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément nº 10* (A/68/10)), par. 168, la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail, précisant que cette inscription était subordonnée aux conditions suivantes : « a) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe "pollueur-payeur", le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions ; b) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterait pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et à d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à "combler" les lacunes des régimes conventionnels ; c) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet ; d) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer des projets de directive, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques. Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions. ». Au paragraphe 6 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition figurant à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10), par. 365).

[802] A/CN.4/667, A/CN.4/681 et Corr.1 (chinois seulement), A/CN.4/692, et A/CN.4/705 et Corr.1.

[803] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 53 et 54, et ibid., soixante et onzième session, Supplément nº 10 (A/71/10), par. 95 et 96 et ibid., soixante-douzième session, *Supplément nº 10* (A/72/10), par. 66 et 67.

règlement pacifique des différends et la nécessité de prendre en considération la dimension scientifique marquée et la complexité factuelle des différends relatifs à l'environnement, qui faisaient qu'il fallait apprécier les éléments scientifiques et faire en sorte que des règles de procédure appropriées s'appliquent à ces différends.

70. Partant de cette analyse, le Rapporteur spécial a proposé trois nouveaux projets de directive portant sur la mise en œuvre (projet de directive 10), le contrôle du respect (projet de directive 11) et le règlement des différends (projet de directive 12). De plus, il a dit espérer que l'examen en première lecture des projets de directive serait mené à bien pendant la session.

71. La Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial à ses 3405e et 3409e à 3413e séances, les 17, 22, 23, 24, 25 et 29 mai 2018.

72. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues échangées, à sa 3413e séance, le 29 mai 2018, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 10, 11 et 12, tels qu'ils figuraient dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial.

73. À sa 3417e séance, le 2 juillet 2018, la Commission a reçu et examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.909) et provisoirement adopté les projets de directive sur la protection de l'atmosphère en première lecture (voir *infra*, section C.1).

74. À ses 3448e à 3450e séances, les 8 et 9 août 2018, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets de directive (voir *infra*, section C.2).

75. À sa 3450e séance, le 9 août 2018, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Shinya Murase, dont le remarquable travail lui a permis de mener à bien la première lecture du projet de directives sur la protection de l'atmosphère.

76. À sa 3450e séance, le 9 août 2018, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, de transmettre le projet de directives (voir *infra*, sect. C) par l'entremise du Secrétaire général aux gouvernements et aux organisations internationales pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 15 décembre 2019.

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et du préambule adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de directive et du préambule

77. Le texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et du préambule adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

Préambule

Conscients que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

Ayant à l'esprit que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

Constatant qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans,

Reconnaissant par conséquent que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

Conscients de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

Conscients également, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

Constatant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

Rappelant que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone et la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à « combler » les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques,

Directive 1
Définitions

Aux fins du présent projet de directives :

a) On entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;

b) On entend par « pollution atmosphérique » l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;

c) On entend par « dégradation atmosphérique » toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

Directive 2
Champ d'application des directives

1. Le présent projet de directives concerne la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est sans préjudice de ces questions.

3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.

4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

Directive 3
Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Directive 4
Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Directive 5
Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.

2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

Directive 6
Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

Directive 7
Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

Directive 8
Coopération internationale

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

Directive 9
Relation entre règles pertinentes

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux règles et principes du droit international coutumier.

2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

Directive 10
Mise en œuvre

1. La mise en œuvre en droit interne des obligations en vertu du droit international sur la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, y compris celles énoncées dans le présent projet de directives, peut s'accomplir par les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies.

2. Les États devraient s'efforcer de donner effet aux recommandations formulées dans le présent projet de directives.

Directive 11
Contrôle du respect

1. Les États sont tenus de respecter leurs obligations en vertu du droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique de bonne foi, y compris par le respect des règles et procédures prévues dans les accords pertinents auxquels ils sont parties.

2. Pour assurer la conformité, des procédures de facilitation ou d'exécution peuvent être utilisées, selon qu'il convient, conformément aux accords pertinents :

a) Les procédures de facilitation peuvent notamment consister à fournir une assistance aux États défaillants, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que ces États s'acquittent de leurs obligations en vertu du droit international, compte tenu de leurs capacités et de leurs circonstances particulières ;

b) Les procédures d'exécution peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que leur confèrent les accords pertinents, ainsi qu'à imposer d'autres formes de mesures d'exécution.

Directive 12
Règlement des différends

1. Les différends entre États relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique doivent être réglés par des moyens pacifiques.

2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, il convient d'envisager le recours aux experts techniques et scientifiques.

2. Texte des projets de directive, du préambule et des commentaires y relatifs

78. Le texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère, du préambule et des commentaires adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-dixième session est reproduit ci-après.

Protection de l'atmosphère

Commentaire général

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) La Commission a conscience qu'il importe d'accorder l'attention nécessaire aux besoins de la communauté internationale contemporaine. Il est admis que l'environnement naturel et le milieu humain peuvent tous deux subir les effets de certains changements dans l'état de l'atmosphère résultant principalement de l'émission de substances nocives, qui sont à l'origine de la pollution atmosphérique transfrontière, de l'appauvrissement de la couche d'ozone ainsi que des modifications des conditions atmosphériques conduisant aux changements climatiques. La Commission vise, par le développement progressif du droit international et sa codification, à établir des directives susceptibles d'aider la communauté

internationale à répondre à des questions critiques ayant trait à la protection transfrontière et mondiale de l'atmosphère. Ce faisant, la Commission n'entend pas empiéter sur les négociations politiques, concernant notamment la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou les changements climatiques, et ne vise pas à « combler » les lacunes des régimes conventionnels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques.

Préambule

Conscients que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

Ayant à l'esprit que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

Constatant qu'il existe une étroite corrélation entre l'atmosphère et les océans,

Reconnaissant par conséquent que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

Conscients de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

Conscients également, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

Constatant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

Rappelant que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone et la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à « combler » les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques,

Commentaire

1) En de précédentes occasions, les préambules ont été établis une fois que la Commission avait conclu ses travaux sur un sujet particulier[804]. Dans le cas présent, toutefois, en raison de la manière dont les directives ont évolué, un projet de préambule a vu le jour au cours du processus de rédaction. La Commission a, par exemple, renvoyé le projet de directive 3 (portant sur la préoccupation commune de l'humanité), tel qu'il

[804] Dans le passé, la Commission a généralement présenté à l'Assemblée générale le résultat de ses travaux sans projet de préambule, s'en remettant à cet égard aux États. Dans certains cas cependant, elle a établi un préambule. Tel a été le cas, par exemple, en ce qui concerne les deux projets de conventions sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir (1954), *Annuaire…, 1954*, vol. II, par. 25, et sur la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (1954), *Annuaire…, 1954*, vol. II, par. 25 ; le modèle de règles sur la procédure arbitrale (1958), *Annuaire…, 1958*, vol. II, par. 22 (le préambule énonçait les règles fondamentales sur lequel est basé l'engagement d'arbitrage) ; le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États (1999), *Annuaire…, 1999*, vol. II (2e partie), par. 47 (reproduit dans l'annexe à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000) ; le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001), *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 97 (reproduit dans l'annexe à la résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007) ; les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (2006), *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 176 ; le projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006), *Annuaire …, 2006*, vol. II (2e partie), par. 66 (reproduit dans l'annexe à la résolution 61/36 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2006) ; et les articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008), *Annuaire … 2008*, vol. II (2e partie), par. 53 et 54.

figurait dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial[805], au Comité de rédaction afin qu'il soit examiné dans le cadre d'un éventuel préambule.

2) Le préambule vise à préciser le cadre contextuel du projet de directives. Son premier alinéa a un caractère général en ce qu'il reconnaît l'importance essentielle de l'atmosphère pour la vie sur terre, la santé et le bien-être de l'homme, et les écosystèmes aquatiques et terrestres. L'atmosphère est la plus grande des ressources naturelles de la Terre et l'une des plus importantes. Elle a été classée comme telle − au même titre que les minéraux, l'énergie et l'eau − par l'ancien Comité des ressources naturelles du Conseil économique et social[806], ainsi que dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 (ci-après « Déclaration de Stockholm »)[807] et dans la Charte mondiale de la nature de 1982[808]. L'atmosphère représente une ressource renouvelable indispensable à la survie de l'homme, des plantes et des animaux sur terre, et elle sert de moyen de transport et de communication. Il a été longtemps considéré que l'atmosphère, en tant que ressource naturelle, était inépuisable et non exclusive, car on pensait que chacun pouvait en profiter sans en priver les autres. Cette opinion n'a plus cours[809]. Il ne faut pas oublier que l'atmosphère est une ressource épuisable aux capacités d'assimilation limitées.

3) Le deuxième alinéa du préambule vise l'aspect fonctionnel de l'atmosphère en tant que milieu à travers lequel ont lieu le transport et la propagation de substances polluantes et de dégradation. La Commission a estimé approprié de mentionner cet aspect fonctionnel dans le préambule. Elle craignait en effet que la mention de l'aspect fonctionnel dans la définition, proposée initialement, ne porte à croire que le transport et la propagation de ces substances sont souhaitables, ce qui n'est évidemment pas son intention. Les mouvements transfrontières à longue distance de substances polluantes et de substances de dégradation sont considérés comme l'un des principaux problèmes de l'environnement atmosphérique actuel[810], la région Arctique étant reconnue comme l'une des zones les plus gravement touchées par la dispersion mondiale de polluants nocifs[811].

---

805 A/CN.4/681 et Corr.1, par. 3.

806 L'inscription des « ressources atmosphériques » parmi les « autres ressources naturelles » par l'ancien Comité des ressources naturelles est apparue pour la première fois dans le rapport du Comité sur les travaux de sa première session, *Documents officiels du Conseil économique et social, cinquantième session, Supplément nº 6* (E/4969-E/C.7/13), sect. 4 (« autres ressources naturelles »), par. 94 d). Les travaux du Comité (devenu ensuite le Comité de l'énergie et des ressources naturelles au service du développement) ont été ensuite transférés à la Commission du développement durable.

807 « Les ressources naturelles du Globe, y compris l'air […] doivent être préservé[e]s dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin. » (adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 et Corr.1), première partie, chap. I, principe 2).

808 « [L]es ressources […] atmosphériques qu'utilise l'homme, seront gérées de manière à assurer et maintenir leur productivité optimale et continue… » (Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale en date du 28 octobre 1982, annexe, principes généraux, par. 4).

809 Dans l'affaire *Gasoline* de 1996, le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont affirmé que l'air pur était une « ressource naturelle » qui pouvait être « épuisée ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), WT/DS2/AB/R.

810 Voir la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants de 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2256, nº 40214, p. 119 (mentionnant dans le préambule que « les polluants organiques persistants […] sont propagés par l'air […] par-delà les frontières internationales et déposés loin de leur site d'origine, où ils s'accumulent dans les écosystèmes terrestres et aquatiques »). Suite à la modification apportée en 2012 au Protocole de Göteborg à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Göteborg, 30 novembre 1999, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2319, p. 81), le troisième alinéa du préambule indique ce qui suit : « Constatant avec préoccupation … que les [éléments chimiques] émis … sont transportés dans l'atmosphère sur de longues distances et peuvent avoir des effets transfrontières nocifs. ».
La Convention de Minamata de 2013 sur le mercure (adoptée à Kumamoto (Japon) le 10 octobre 2013, texte à consulter à l'adresse https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf) reconnaît que le mercure est « une substance chimique préoccupante à l'échelle mondiale vu sa propagation atmosphérique à longue distance » (premier alinéa du

4) Dans le troisième alinéa du préambule, la Commission constate l'« étroite corrélation » qui existe entre l'atmosphère et les océans du fait du rapport physique qui les unit. La pollution du milieu marin, qu'elle soit d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, est en grande partie due aux activités terrestres, y compris celles menées par l'homme[812]. La recherche scientifique montre que les activités humaines sont également responsables du réchauffement de la planète, qui entraîne une augmentation de la température des océans, ce qui provoque des phénomènes atmosphériques extrêmes tels que les inondations et la sécheresse[813]. Dans sa résolution 71/257 en date du 23 décembre 2016, l'Assemblée générale a confirmé les effets des changements climatiques sur les océans et souligné qu'il importait que la communauté scientifique approfondisse sa connaissance de l'interface entre les océans et l'atmosphère[814].

5) La première Évaluation mondiale intégrée du milieu marin (ou « première Évaluation mondiale des océans ») a été menée à bien en 2015. Cette étude globale et approfondie de l'état du milieu marin comporte un chapitre traitant de la pollution transatmosphérique des océans résultant d'activités terrestres[815]. Le résumé du rapport auquel elle a donné lieu a été approuvé par l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session[816].

---

préambule) ; Voir J. S. Fuglesvedt *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate: metrics », *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), p. 4648 à 4677 ; D. J. Wuebbles, H. Lei et J.-T Lin, « Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences », *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), p. 65 à 84 ; J.-T Lin, X.-Z Liang et D. J. Wuebbles, « Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model », *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).

811 Plusieurs de ces polluants menaçant l'environnement arctique ont été identifiés, comme les polluants organiques persistants et le mercure, qui proviennent principalement de sources extérieures à la région. Ces polluants sont transportés jusqu'à l'Arctique depuis les régions industrielles méridionales de l'Europe et d'autres continents sous l'effet de vents du nord dominants et de la circulation océanique. Voir T. Koivurova, P. Kankaanpää et A. Stepien, « Innovative Environmental Protection: Lessons from the Arctic », *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), p. 285 à 311, à la page 297.

812 R. A. Duce *et al.*, « The atmospheric input of trace species to the world ocean », *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), p. 193 à 259 ; T. Jickells et C. M. Moore, « The importance of atmospheric deposition for ocean productivity », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), p. 481 à 501.

813 Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014 : rapport de synthèse − résumé à l'intention des décideurs », p. 4 : « Le réchauffement océanique constitue l'essentiel de la hausse de la quantité d'énergie emmagasinée au sein du système climatique et représente plus de 90 % de l'énergie accumulée entre 1971 et 2010 (*degré de confiance élevé*), environ 1 % seulement étant emmagasinée dans l'atmosphère. À l'échelle mondiale, le réchauffement de l'océan est plus prononcé près de la surface et les 75 premiers mètres de profondeur se sont réchauffés de 0,11 [0,09 à 0,13] °C par décennie sur la période 1971-2010. Le réchauffement de l'océan superficiel (jusqu'à 700 m de profondeur) est *quasiment certain* entre 1971 et 2010, et *probable* entre 1870 et 1971. ». De nombreuses études scientifiques laissent entendre que, du fait de l'augmentation de la température des océans, de nombreuses régions sont menacées par une sécheresse grave et généralisée au XXIe siècle. (Voir S. K. Min *et al.*, « Human contribution to more-intense precipitation extremes », *Nature*, vol. 470 (2011), p. 378 à 381 ; A. Dai, « Increasing drought under global warming in observations and models », *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), p. 52 à 58 ; et J. Sheffield, E. F. Wood, et M. L. Roderick, « Little change in global drought over the past 60 years », *Nature*, vol. 491 (2012), p. 435 à 438. Voir aussi Ø. Hov, « Overview: oceans and the atmosphere », et T. Jickells, « Linkages between the oceans and the atmosphere », dans « Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017 », par. 4 à 12 et 21 à 30. À consulter à l'adresse http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

814 Voir résolution 71/257 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2016, sur les océans et le droit de la mer, par. 185 à 196 et 279.

815 Division des affaires maritimes et du droit de la mer de l'Organisation des Nations Unies, « First Global Integrated Marine Assessment (first World Ocean Assessment) », à consulter à l'adresse www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (consulté le 7 juillet 2017) (voir, en particulier, le chapitre 20, intitulé « Coastal, riverine and atmospheric inputs from land »).

816 Résolution 70/235 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2015.

6) Parmi les conséquences des activités humaines sur les océans, on citera les émissions de gaz à effet de serre provenant des navires, qui contribuent au réchauffement de la planète et aux changements climatiques. Dans l'étude qu'elle a consacrée à ces émissions en 2009, l'Organisation maritime internationale (OMI) a classé les émissions provenant des navires en quatre catégories : émissions de gaz d'échappement ; émissions provenant des cargaisons ; émissions de gaz réfrigérants ; autres émissions[817]. D'après des chercheurs, les émissions excessives de gaz à effet de serre provenant des navires modifient la composition de l'atmosphère et le climat et ont des conséquences néfastes tant sur le milieu marin que sur la santé humaine[818].

7) L'Assemblée générale a continué d'insister sur la nécessité de s'attaquer d'urgence aux effets de la dégradation atmosphérique, notamment l'augmentation des températures à l'échelle mondiale, l'élévation du niveau de la mer et l'acidification des océans, ainsi qu'aux répercussions des autres changements climatiques se faisant lourdement sentir sur les zones côtières et les pays côtiers de faible élévation, y compris nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement, estimant qu'il en allait de la survie de bien des sociétés[819].

8) Le troisième alinéa du préambule est aussi lié au paragraphe 1 du projet de directive 9 en ce que c'est sur le lien physique entre l'atmosphère et les océans que repose la corrélation entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les règles du droit de la mer[820].

9) Le quatrième alinéa du préambule énonce, compte tenu de l'importance déjà mentionnée des problèmes relatifs à l'atmosphère, que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est « une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale ». Alors qu'un certain nombre de conventions et la littérature montrent un certain appui à la notion de « préoccupation commune de l'humanité »[821], la Commission a décidé de ne pas adopter cette terminologie

---

[817] Ø. Buhaug *et al.*, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), p. 23. Voir aussi T. W. P. Smith *et al.*, *Third IMO GHG Study* (Londres, OMI, 2014), synthèse, tableau 1. M. Righi, J. Hendricks et R. Sausen, « The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 − Part 1: land transport and shipping », *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), p. 633 à 651.

[818] La plupart des gaz à effet de serre rejetés par les navires sont émis dans la couche limite marine ou transportés vers cette couche, où ils influent sur la composition de l'atmosphère. Voir, par exemple, V. Eyring *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate : shipping », *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), p. 4735, 4744, 4745, 4752 et 4753. D. E. J. Currie et K. Wowk, « Climate change and CO_2 in the oceans and global oceans governance », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 387 et 389 ; C. Schofield, « Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 12 ; et S. R. Cooley et J. T. Mathis, « Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development », *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), p. 29 à 47.

[819] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015, intitulée « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », par. 14 (« Les changements climatiques représentent l'un des plus grands défis de notre temps et leurs incidences risquent d'empêcher certains pays de parvenir au développement durable. L'élévation des températures à l'échelle mondiale et du niveau de la mer, l'acidification des océans et d'autres effets des changements climatiques ont de graves répercussions sur les zones côtières et les pays côtiers de basse altitude, y compris nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement. C'est la survie de bien des sociétés qui est en jeu ainsi que celle des systèmes biologiques dont la planète a besoin. »). Voir aussi « Les océans et le droit de la mer », rapport du Secrétaire général (A/71/74/Add.1), chap. VIII (« Océans, changements climatiques et acidification des océans »), par. 115 à 122.

[820] Voir *infra*, commentaire du projet de directive 9, par. 6.

[821] Le paragraphe 1 du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, nº 30822, p. 107) affirme que les « changements du climat de la planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière ». De même, le préambule de la Convention de 1992 sur la diversité biologique (ibid., vol. 1760, nº 30619, p. 79) indique que les parties sont « [c]onscientes … de l'importance de la diversité biologique pour l'évolution et pour la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère » (par. 2) et affirme que « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité » (par. 3). La Convention de 1994 sur la

pour qualifier le problème, les conséquences juridiques du concept de préoccupation commune de l'humanité n'étant pas encore très claires au stade actuel de développement du droit international relatif à l'atmosphère. Elle a estimé approprié d'exprimer la préoccupation de la communauté internationale davantage comme une question de fait, et non comme une affirmation normative de la gravité des problèmes atmosphériques. C'est pourquoi, dans ce contexte, l'expression « préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale » a été employée. C'est une expression que la Commission a fréquemment utilisée pour évoquer l'un des critères d'inscription de nouveaux sujets à son programme de travail à long terme[822].

10) Le cinquième alinéa du préambule, qui répond à un souci d'équité, concerne la situation et les besoins particuliers des pays en développement. L'une des premières tentatives pour incorporer ce principe d'équité aura été la Conférence de Washington de l'Organisation internationale du Travail, de 1919, au cours de laquelle les délégations d'Asie et d'Afrique réussiront à faire adopter des normes de travail différenciées[823]. On peut également citer le Système généralisé de préférences, mis au point par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement dans les années 1970, mentionné à l'article 23 du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978[824].

---

lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ouverte à la signature, Paris, 14 octobre 1994,ibid., vol. 1954, nº 33480, p. 3) a adopté des formules comparables à la « préoccupation commune » dans son préambule, notamment « centre des préoccupations », « la vive préoccupation … dans la communauté internationale » et « un problème de dimension mondiale » en vue de lutter contre la désertification et la sécheresse. D'autres instruments comme la Convention de Minamata sur le mercure, la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants et le Protocole de Göteborg à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance emploient des concepts analogues à la préoccupation commune. Voir A. E. Boyle, « International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles », dans *International Law and Global Climate Change*, R. Churchill et D. Freestone (dir. publ.) (Leyde, Kluwer Academic, 1991), p. 11 et 12 ; D. French, « Common concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge? », dans *Research Handbook on Biodiversity and Law*, M. Bowman, P. Davies et E. Goodwin (dir. publ.) (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2016), p. 334 à 360, à la page 347 ; A. Kiss, « The common concern of mankind », *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), p. 246 ; A. A. Cançado-Trindade et D. J. Attard, « The Implication of the "Common Concern of Mankind" Concept on Global Environmental Issues », dans *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, T. Iwama (dir. publ.), (Tokyo, Environmental Research Center, 1991), p. 7 à 13 ; J. Brunnée, « Common Areas, Common Heritage, and Common Concern », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée et H. Hey (dir. publ.) (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 565 et 566. Voir aussi C. Kreuter-Kirchhoff, « Atmosphere, International Protection », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 737 à 744 (the atmosphere as a « common concern of mankind »).

822 *Annuaire … 1997*, vol II (2e partie), par. 238 ; *Annuaire …*1998, vol. II (2e partie), par. 553. Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), par. 269. La Commission a convenu qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale.

823 Sur la base du paragraphe 3 de l'article 405 du Traité de Versailles de 1919 (Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne, 28 juin 1919), qui est devenu le paragraphe 3 de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (9 octobre 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, nº 229, p. 35) (aux termes duquel les conventions du travail doivent « avoir égard aux pays dans lesquels » des « circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes »). Le même principe sera également consacré dans certaines des conventions approuvées par l'Organisation en 1919 et dans plusieurs conventions adoptées ultérieurement. Voir I. F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (New York, Columbia University, 1920), chap. VI, p. 149 et suiv.

824 Voir l'article 23 (La clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne le traitement dans le cadre d'un système généralisé de préférences) et l'article 30 (Nouvelles règles du droit international en faveur des pays en développement) du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée

11) L'impératif de traitement spécial des pays en développement en matière de protection de l'environnement est consacré dans un certain nombre d'instruments internationaux, dont la Déclaration de Stockholm de 1972[825], la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement (ci-après « Déclaration de Rio »)[826] et la Déclaration de Johannesburg de 2002 sur le développement durable[827]. Le principe 12 de la Déclaration de Stockholm rappelle qu'il importe de « [tenir] compte de la situation et des besoins particuliers des pays en développement ». Le principe 6 de la Déclaration de Rio met l'accent sur « les besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement ». Les signataires de la Déclaration de Johannesburg se sont engagés à rester attentifs « aux besoins en matière de développement des petits États insulaires en développement et des pays les moins avancés »[828]. Ce principe est également reflété à l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques[829] et à l'article 2 de l'Accord de Paris conclu en 2015 au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (ci-après « Accord de Paris »)[830].

12) La formulation du cinquième alinéa du préambule est fondée sur le septième alinéa du préambule de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation[831].

13) Le sixième alinéa du préambule traite de l'une des plus lourdes conséquences de la dégradation atmosphérique pour tous les États, à savoir l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement de la planète. Il met l'accent sur la situation particulière dans laquelle l'élévation du niveau de la mer place les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement. Dans son cinquième rapport, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a estimé que, d'ici à 2100, à l'échelle mondiale, le niveau moyen de la mer augmenterait de 26 à 98 centimètres[832]. Si les chiffres absolus et les pourcentages de cette augmentation ne sont pas encore connus, le rapport indique néanmoins que l'élévation du niveau de la mer se poursuivra presque certainement tout au long du XXIe siècle et pendant plusieurs siècles encore, même si les concentrations d'émissions de gaz à effet de serre sont stabilisées. De surcroît, il est probable que ce phénomène ait une configuration fortement régionale et que de nombreuses régions subissent une évolution sensiblement plus importante que la moyenne mondiale[833].

---

adopté par la Commission du droit international à sa trentième session en 1978, *Annuaire ... 1978*, vol. II (2e partie), par. 74, voir aussi par. 47 à 72. S. Murase, *Fondement économique du droit international* (Tokyo, Yuhikaku, 2001), p. 109 à 179 (en japonais). Voir également les exceptions prévues précédemment pour les pays en développement, énoncées à l'article XVIII de l'Accord général de 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, no 814, p. 194.

825 Voir L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515, aux pages 485 à 493.

826 Adoptée à Rio de Janeiro le 14 juin 1992, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) et Corr.1), résolution I, p. 2.

827 *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg, Afrique du Sud, 26 août-4 septembre 2002* (A/CONF.199/20 ; publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.II.A.1, chap. I, résolution 1, annexe.

828 Déclaration de Johannesburg, par. 24. Voir aussi le document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, « L'avenir que nous voulons », contenu dans la résolution 66/288 de l'Assemblée générale en date du 27 juillet 2012, annexe.

829 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, no 30822, p. 107.

830 Accord de Paris au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Paris, 12 décembre 2015), https://treaties.un.org/doc/Treaties/2016/02/20160215%2006-03%20PM/Ch_XXVII-7-d.pdf.

831 Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 51/229 (annexe) le 21 mai 1997. La Convention est entrée en vigueur le 17 août 2014.

832 Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, Changements climatiques 2013 : Les éléments scientifiques. Contribution du Groupe de travail I au cinquième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2013), p. 1180.

833 Ibid., p. 1140.

Cela pourrait poser un risque grave, voire s'avérer catastrophique, pour bon nombre de zones côtières, en particulier les grandes zones côtières de faible élévation densément peuplées, ainsi que pour les petits États insulaires en développement[834].

14) Le sixième alinéa du préambule se rapporte à la corrélation entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les règles du droit de la mer visée au paragraphe 1 du projet de directive 9[835]. Il se rapporte aussi à la nécessité de prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes vulnérables, qui sont mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9[836]. En employant le mot « surtout », la Commission a voulu reconnaître que certaines régions étaient dans une situation particulière sans pour autant exclure la possibilité que d'autres régions soient touchées.

15) Le septième alinéa du préambule met l'accent sur la préservation des intérêts des générations futures, aux fins notamment de la protection des droits de l'homme. L'objectif est de s'assurer que la planète restera habitable pour ceux qui nous succéderont. Les mesures prises pour protéger l'atmosphère aujourd'hui doivent s'inscrire dans une perspective de préservation de la qualité de l'atmosphère à long terme. Le préambule de l'Accord de Paris de 2015 dispose que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que les parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, ainsi que l'équité entre les générations. L'importance qu'il y a à tenir compte des générations futures, déjà reconnue dans le principe 1 de la Déclaration de Stockholm de 1972[837], est au cœur de la notion de développement durable telle qu'elle a été définie dans le rapport Brundtland de 1987 intitulé *Notre avenir à tous*[838] et sous-tend le Programme de développement durable à l'horizon 2030[839]. Elle est aussi reflétée dans la Convention de 1992 sur la diversité biologique, qui en fait mention dans son préambule[840], ainsi que dans d'autres traités[841]. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques, « il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures ». Dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a dit, concernant l'arme nucléaire, qu'il était

[834] Voir A. H. A. Soons, « The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), p. 207 à 232 ; M. Hayashi, « Sea-level rise and the law of the sea: future options », dans *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas et P.J. Schei (dir. publ.) (Leyde, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), p. 187 et suiv. Voir aussi Association de droit international, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (Londres, 2012), p. 385 à 428 ; et Association de droit international, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (rapport d'étape), p. 13 à 18.

[835] Voir *infra*, commentaire du projet de directive 9, par. 6).

[836] Voir *infra*, commentaire du projet de directive 9, par. 16).

[837] Au principe 1 est mentionné « le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

[838] Rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement, *Notre avenir à tous* (Oxford, Oxford University Press, 1987), où est soulignée l'importance d'un développement qui « répond[e] aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs » (p. 26).

[839] Résolution 70/1, du 25 septembre 2015, dans laquelle l'Assemblée générale souligne la nécessité de protéger la planète de la dégradation afin qu'elle puisse « répondre aux besoins des générations actuelles et futures ».

[840] Le préambule de la Convention dispose que les Parties contractantes sont déterminées à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique « au profit des générations présentes et futures ».

[841] Aux termes de l'article 4 vi) de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (Vienne, 5 septembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2153, nº 37605, p. 303), les Parties « s'efforce[nt] d'éviter les actions dont les effets raisonnablement prévisibles sur les générations futures sont supérieurs à ceux qui sont admis pour la génération actuelle ».

impératif de tenir compte « en particulier […] de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir[842] ».

16) Dans le septième alinéa du préambule, la Commission a préféré parler d'« intérêts » plutôt que d'« avantages ». Elle avait retenu une formulation semblable aux fins du projet de directive 6, qui faisait référence aux intérêts des générations futures dans le contexte de l'« utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère »[843].

17) Le huitième alinéa du préambule reflète les conditions posées par la Commission lorsqu'elle a inscrit le sujet à son programme de travail à sa soixante-cinquième session en 2013[844].

[842] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J Recueil 1996*, p. 226, à la page 244, par. 36.

[843] Bien que la jurisprudence des tribunaux internationaux ne reconnaisse pas encore l'existence, en droit coutumier, des droits des générations futures, de nombreuses décisions rendues par des juridictions nationales pouvant être considérées comme constituant une pratique au sens du droit international coutumier posent le principe de l'équité entre les générations. Voir C. Redgwell, « Intra- and inter-generational equity », dans *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray et R. G. Tarasofsky (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 185 à 201, à la page 198. Voir aussi Australie, *Gray v. Minister for Planning* [2006] NSWLEC 720 ; Inde : *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others, original public interest writ petition*, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996) ; Kenya, *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya, miscellaneous civil application*, affaire n° 118 de 2004, requête n° 118/04, ILDC 880 (KE 2006) ; Afrique du Sud, *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others* [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059 ; Pakistan, *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, requête déposée le 6 avril 2016 (résumé à consulter à l'adresse http://www.ourchildrenstrust.org/pakistan). Pour un commentaire, voir E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1989), p. 96 ; M. Bruce, « Institutional aspects of a charter of the rights of future generations », dans *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttil *et al.* (dir. publ.) (La Valette, UNESCO et Fondation pour les études internationales, Université de Malte, 1990), p. 127 à 131 ; T. Allen, « The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), p. 713 à 741, renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour suprême des Philippines dans l'affaire *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 juillet 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), p. 168. Dans certaines affaires, la qualité d'agir en justice a été reconnue sur la base de la « doctrine de la fiducie publique », selon laquelle les gouvernements sont fiduciaires des ressources environnementales communes. Voir M. C. Wood et C. W. Woodward IV, « Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last », *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), p. 634 à 684 ; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999) ; K. Coghill, C. Sampford et T. Smith (dir. publ.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012) ; M. C. Blumm et M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2e édition (Durham, Caroline du Nord, Carolina Academic Press, 2015) ; et K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). Dans un arrêt du 13 décembre 1996, la Cour suprême de l'Inde a dit que la doctrine de la fiducie publique participait du droit interne ; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and Others*, (1997) 1 Supreme Court Cases 388, réimprimé dans C. O. Okidi(dir. publ.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to the Environment : National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Programme des Nations Unies pour le développement, 1998), p. 259. Voir J. Razzaque, « Application of public trust doctrine in Indian environmental cases », *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), p. 221 à 234.

[844] Il avait été convenu que la terminologie et la place de cet alinéa seraient revues à un stade ultérieur des travaux de la Commission sur le sujet. Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 168.

Directive 1
Définitions

Aux fins du présent projet de directives,

a) On entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;

b) On entend par « pollution atmosphérique » l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;

c) On entend par « dégradation atmosphérique » toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

Commentaire

1) La Commission a estimé souhaitable, à titre de nécessité pratique, de prévoir un projet de directive relatif aux « définitions » afin de s'entendre sur ce que doit couvrir le présent projet de directives. Les définitions sont établies uniquement « aux fins du présent projet de directives », et ne visent en aucune façon à avoir une incidence sur les définitions existantes ou futures, en droit international, des termes considérés.

2) Il ne figure aucune définition du terme « atmosphère » dans les instruments internationaux pertinents. La Commission a cependant estimé nécessaire de concevoir une définition opérationnelle pour le présent projet de directives, et la définition qui figure au paragraphe a) s'inspire de celle proposée par un groupe de travail du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat[845].

3) La Commission a estimé que sa définition juridique devait être conforme à l'approche des scientifiques. Selon ces derniers, l'atmosphère constitue ce que l'on a appelé « the atmospheric shell »[846]. Elle s'étend verticalement en partant de la surface du Globe, qui est la limite inférieure de l'atmosphère sèche. La composition moyenne de l'atmosphère jusqu'à une altitude de 25 km est la suivante : azote (78,08 %), oxygène (20,95 %), ainsi qu'un certain nombre de gaz présents à l'état de trace, tels que l'argon (0,93 %), l'hélium et des gaz à effet de serre qui influent sur le rayonnement, comme le dioxyde de carbone (0,035 %) et l'ozone ; l'atmosphère contient également de la vapeur d'eau (effet de serre) en proportions très variables[847]. L'atmosphère contient également des nuages et des aérosols[848]. Elle est divisée verticalement en cinq couches atmosphériques en fonction de la température. De bas en haut, ces couches sont les suivantes : la troposphère, la stratosphère, la mésosphère, la thermosphère et l'exosphère. Environ 80 % de la masse d'air se trouve dans la troposphère et 20 % dans la stratosphère. L'atmosphère est cette fine couche

[845] Cinquième rapport d'évaluation, Groupe de travail III, annexe I. Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, Climate Change 2014: *Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer *et al.* (dir. publ.) (Cambridge University Press, 2014), p. 1252, à consulter à l'adresse http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg3.

[846] La Société météorologique américaine (American Meteorology Society) définit l'expression « atmospheric shell » (on trouve aussi « atmospheric layer » ou « atmospheric region ») comme l'une des couches ou strates de l'atmosphère terrestre (à consulter à l'adresse http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

[847] La vapeur d'eau, qui représente environ 0,25 % de la masse de l'atmosphère, est présente dans l'air à des concentrations extrêmement variables. Dans les sciences atmosphériques, en raison de ce caractère très variable de la concentration de vapeur d'eau dans l'air, il est de coutume d'énumérer les pourcentages des différents composants par rapport à l'air sec. La concentration d'ozone est, elle aussi, extrêmement variable. On considère qu'une concentration supérieure à 0,1 ppm (partie par million) est dangereuse pour l'homme. Voir J. M. Wallace et P. V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2e éd. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8.

[848] Ibid.

brumeuse que l'on voit autour de la Terre depuis l'espace (d'une épaisseur inférieure à 1 % du rayon de la Terre). D'un point de vue scientifique, ces couches qui forment l'« *atmosphère inférieure* » vont jusqu'à une hauteur moyenne de 50 km ; au-delà se trouve l'« *atmosphère supérieure* »[849]. La température de l'atmosphère varie en fonction de l'altitude. Dans la troposphère (qui s'étend jusqu'à la tropopause, à une hauteur d'environ 12 km), la température baisse à mesure que l'on s'élève en raison de l'absorption et de la réflexion des rayons du soleil par la surface de la planète[850]. Par contre, dans la stratosphère (qui s'étend jusqu'à la stratopause, à environ 50 km), la température augmente à mesure que l'on s'élève[851] en raison de l'absorption du rayonnement ultraviolet par l'ozone. Dans la mésosphère (qui s'étend jusqu'à la mésopause, à une hauteur d'environ 80 km), les températures recommencent à chuter à mesure que l'on s'élève et, dans la thermosphère, les températures augmentent rapidement sous l'effet du rayonnement X et du rayonnement ultraviolet du soleil. L'atmosphère ne possède pas de limite supérieure bien définie[852].

4) La définition donnée au paragraphe a) de l'atmosphère comme l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre correspond à une description « physique » de l'atmosphère. Il y a aussi l'aspect « fonctionnel », qui intéresse le mouvement de l'air à grande échelle. Le mouvement atmosphérique a un caractère dynamique et fluctuant. L'air se déplace et circule autour de la Terre dans une formation complexe appelée « circulation atmosphérique ». La Commission a décidé, ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire du préambule, de faire référence à cet aspect fonctionnel de l'atmosphère dans le deuxième alinéa du préambule[853].

5) Il est particulièrement important de reconnaître la fonction de l'atmosphère en tant que milieu en mouvement constant à travers lequel les substances polluantes et de dégradation sont « transportées et propagées ». Assurément, le mouvement transfrontière à longue distance de substances polluantes constitue l'un des problèmes majeurs relativement à l'environnement atmosphérique. Outre la pollution transfrontière, d'autres préoccupations concernent l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques.

6) Le paragraphe b) définit la pollution atmosphérique et vise la pollution atmosphérique transfrontière, tandis que le paragraphe c) définit la dégradation atmosphérique et vise les problèmes atmosphériques mondiaux. Par l'expression « *par l'homme* », figurant dans les paragraphes b) et c), il est indiqué clairement que le projet de directives traite de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique d'origine « anthropique ». La Commission a conscience que l'accent mis sur l'activité, directe ou indirecte, de l'homme correspond à une intention délibérée dès lors que les présentes directives visent à donner des orientations aux États et à la communauté internationale.

7) L'expression « pollution atmosphérique » (ou pollution de l'air) est parfois utilisée dans une acception large pour désigner la dégradation mondiale des conditions atmosphériques comme l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques[854], mais elle est employée dans le présent projet de directives dans un sens

---

[849] La Société météorologique américaine définit l'atmosphère inférieure comme étant, de manière très vague, la partie de l'atmosphère où la plupart des phénomènes météorologiques se produisent (c'est-à-dire la troposphère et la stratosphère inférieure) ; on l'oppose à l'atmosphère supérieure (voir http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere). L'atmosphère supérieure est définie comme une catégorie résiduelle, à savoir la partie de l'atmosphère qui se trouve au-dessus de la troposphère (voir http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

[850] La troposphère est d'épaisseur variable en fonction de la latitude et des saisons. Sa limite supérieure est à environ 17 km à l'équateur et plus basse aux pôles, pour une épaisseur moyenne d'environ 12 km. Voir E. J. Tarbuck, F. K. Lutgens et D. Tasa, *Earth Science*, 13e éd. (New Jersey, Pearson, 2011), p. 466.

[851] Plus précisément, la température dans la stratosphère reste constante jusqu'à une altitude d'environ 20 à 35 km avant de baisser graduellement.

[852] Voir Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science* (*supra*, note 850), p. 467.

[853] Voir *supra*, par. 3) du commentaire du préambule.

[854] Par exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la résolution du Caire de 1987 de l'Institut de Droit international sur la pollution transfrontière de l'air : « Aux fins de la présente résolution, on entend par "pollution transfrontière de l'air" toute *altération* physique, chimique ou biologique *de la composition* ou de la qualité de l'atmosphère résultant directement ou indirectement d'un acte ou d'une omission de l'homme et produisant des effets dommageables ou nocifs dans

étroit, conformément à la pratique conventionnelle existante. Elle exclut donc les questions mondiales de la définition de la pollution atmosphérique.

8) Pour définir la « pollution atmosphérique », le paragraphe b) reprend essentiellement les termes de l'article 1 a) de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance[855], qui dispose que :

> « L'expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement, l'expression "polluants atmosphériques" étant entendue dans le même sens. ».

On notera également que l'alinéa 4) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[856] définit le terme « pollution » comme signifiant « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, […] »[857]. Les effets nocifs de l'émission ou du rejet de substances doivent être de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre, notamment en contribuant à les mettre en danger.

9) Si le paragraphe a) de l'article premier de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et l'alinéa 4) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer mentionnent l'« introduction […] d'énergie » (ainsi que de substances) dans l'atmosphère comme faisant partie de la définition de la « pollution », la Commission a décidé de ne pas inclure le terme « énergie » dans le texte du paragraphe b) du projet de directive. La Commission considère qu'aux fins du présent projet de directives, le mot « substances » inclut l'« énergie ». Il est entendu que l'« énergie » inclut la chaleur, la lumière, le bruit et la radioactivité introduits ou rejetés dans l'atmosphère par les activités humaines[858].

---

l'environnement d'autres États ou de zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale. » (non souligné dans l'original). À consulter à l'adresse http://www.idi-iil.org, *Resolutions*.

855 Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, nº 21623, p. 217. La formulation de l'article 1 a) de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance s'inspire de la définition de la pollution donnée par le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans sa recommandation C(74)224 du 14 novembre 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14 (1975), p. 243) intitulée « Principes relatifs à la pollution transfrontière », qui se lit ainsi : « Aux fins de ces principes, on entend, par pollution, l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement. ». Voir H. van Edig (dir. publ.), Aspects juridiques de la pollution transfrontière (Paris : OCDE, 1977), p. 13 ; voir aussi P. Birnie, A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment* (3e ed) (Oxford, Oxford University Press, 2009), p. 188 et 189 ; A. Kiss et D. Shelton, *International Environmental Law* (Londres, Graham & Trotman, 1991), p. 117 (incluant également dans la définition de la pollution des formes d'énergie comme le bruit, les vibrations, la chaleur, et les radiations).

856 Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, nº 31363, p. 3.

857 L'article 212 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit une obligation de prévention de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ; dans cette mesure, la définition de la « pollution » dans cette Convention intéresse la pollution atmosphérique.

858 S'agissant de la chaleur, voir le rapport de l'Organisation météorologique mondiale et du Projet international d'étude de la chimie de l'atmosphère du Globe, « Impact of Megacities on Air Pollution and Climate », Veille de l'atmosphère globale, rapport nº 205, (Genève, Organisation météorologique mondiale, 2012) ; D. Simon et H. Leck, « Urban Adaptation to Climate/Environmental Change: Governance, Policy and Planning », numéro spécial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014), p. 1 à 134 ; J. A. Arnfield, « Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and

10) L'expression « effets […] qui s'étendent au-delà de l'État d'origine », au paragraphe b), précise que le projet de directives vise les effets transfrontières au sens de l'article 1 b) de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, à savoir que :

> L'expression « pollution atmosphérique transfrontière à longue distance » désigne la pollution atmosphérique dont la source physique est comprise totalement ou en partie dans une zone soumise à la juridiction nationale d'un État et qui exerce des effets dommageables dans une zone soumise à la juridiction d'un autre État à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission.

11) Puisque la « pollution atmosphérique » est définie de façon étroite au paragraphe b), il est nécessaire, aux fins du projet de directives, de traiter des questions autres que la pollution atmosphérique dans une autre définition. C'est pourquoi le paragraphe c) donne la définition de l'expression « dégradation atmosphérique ». Cette définition est censée inclure les problèmes de l'appauvrissement de la couche d'ozone et des changements climatiques. Elle couvre l'altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques mondiales. Il peut s'agir de modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes ou d'altération de la composition de l'atmosphère mondiale. La Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone[859] dispose, au paragraphe 2 de l'article premier, que par « effets néfastes » on entend « les modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes, y compris les changements climatiques, qui exercent des effets nocifs significatifs sur la santé humaine ou sur la composition, la résistance et la productivité des écosystèmes naturels ou aménagés, ou sur les matériaux utiles à l'humanité ». Le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques définit l'expression « changements climatiques » comme « des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables ».

---

water, and the urban heat island », *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), p. 1 à 26 ; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (Londres, Earthscan, 2008) ; voir, en général, B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012). À propos de la pollution lumineuse, voir C. Rich et T. Longcore (dir. publ.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington, Island Press, 2006) ; P. Cinzano et F. Falchi, « The propagation of light pollution in the atmosphere », *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), p. 3337 à 3357 ; F. Bashiri et C. Rosmani Che Hassan, « Light pollution and its effects on the environment », *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), p. 8 à 12. En ce qui concerne la pollution acoustique/par le bruit, voir par exemple l'annexe 16 de la Convention de 1944 sur l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, nº 295, p. 295), vol. I : Bruit des aéronefs, 5e éd., 2008 ; voir P. Davies et J. Goh, « Air Transport and the Environment: Regulating Aircraft Noise », *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), p. 123 à 135. Concernant les émissions radioactives, voir D. Rauschning, « Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution: Interim Report », *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Séoul, 1986), p. 198 à 223, à la page 219 ; et Agence internationale de l'énergie atomique, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience − Report of the Chernobyl Forum Expert Group* « Environment », Radiological Assessment Report Series (2006), STI/PUB/1239. Voir aussi Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, 2013 Report to the General Assembly, *Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japon earthquake and tsnunami* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.IX.1), à consulter à l'adresse http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf. Ceci est sans préjudice des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire en relation avec le changement climatique en particulier (voir Agence internationale de l'énergie atomique, *Climate Change and Nuclear Power 2014* (Vienne, 2014, p. 7).

[859] Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, nº 26164, p. 293.

12) L'expression « effets nocifs significatifs » vise à déterminer la gamme des activités humaines susceptibles d'être couvertes par le projet de directives. Dans ses travaux précédents, la Commission a fréquemment employé le terme « significatif »[860]. La Commission a indiqué que « "*significatif*" *est plus que* "*détectable*" *mais sans nécessairement atteindre le niveau de* "*grave*" *ou* "*substantiel*". Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel … [et] [c]es effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs »[861]. De plus, « [l]'adjectif "significatif", quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme "significative" parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne conduisent pas à attribuer une grande valeur à ladite ressource ». La question de savoir ce qui est « significatif » relève davantage d'une appréciation factuelle que d'une décision juridique[862].

13) Si, en ce qui concerne la « pollution atmosphérique », l'introduction ou le rejet de substances doit seulement contribuer à des effets « nocifs », dans le cas de la « dégradation atmosphérique », l'altération des conditions atmosphériques doit avoir des « effets nocifs significatifs ». Ainsi qu'il ressort du projet de directive 2 sur le champ d'application des directives, le présent projet de directives traite de la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Comme il a été noté au paragraphe 11) ci-dessus, l'expression « effets néfastes » dans la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (art. 1, par. 2) vise des modifications qui exercent des effets nocifs significatifs. L'adjectif « nocif » qualifie un effet préjudiciable, exercé souvent d'une manière subtile ou inattendue.

Directive 2
Champ d'application des directives

1. Le présent projet de directives concerne la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est sans préjudice de ces questions.

3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.

4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

---

860 Voir, par exemple, l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997) (résolution 51/229 de l'Assemblée générale en date du 21 mai 1997, annexe) ; l'article premier du Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) (résolution 62/68 de l'Assemblée générale, annexe) ; le principe 2 du Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006) (résolution 61/36 de l'Assemblée générale, annexe) ; l'article 6 des articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008) (résolution 63/124 de l'Assemblée générale, annexe).

861 Paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 2 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, 2001, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 152, par. 98.

862 Voir, par exemple, les commentaires du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (par. 4) et 7) du commentaire du projet d'article 2), ibid. Voir aussi les commentaires du projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (par. 1) à 3) du commentaire du projet de principe 2), *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 67.

Commentaire

1) Le projet de directive 2 fixe le champ d'application du projet de directives concernant la protection de l'atmosphère. Le paragraphe 1 décrit le champ d'application d'une manière positive, en indiquant ce dont traitent les directives, à savoir la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, tandis que les paragraphes 2 et 3 sont formulés d'une manière négative, en précisant ce qui n'est pas couvert par le présent projet de directives. Le paragraphe 4 contient une clause de sauvegarde sur l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique.

2) Le paragraphe 1 envisage les questions relatives à la protection atmosphérique dans deux domaines, la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Le projet de directives ne concerne que les causes d'origine anthropique et ne s'applique pas à celles d'origine naturelle comme des éruptions volcaniques et des collisions avec des météorites. L'accent mis sur la pollution transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale causées par l'activité humaine correspond aux réalités actuelles, qui sont appuyées par la science[863]. D'après le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, on peut affirmer scientifiquement avec un degré de certitude de 95 % que l'activité humaine est la cause principale du réchauffement observé depuis le milieu du XX^{e} siècle. Le Groupe d'experts indique que l'influence humaine sur le système climatique est claire. Cette influence a été observée dans le réchauffement de l'atmosphère et des océans, dans les modifications du cycle mondial de l'eau, dans la réduction de la neige et de la glace, dans l'élévation du niveau moyen des océans et des mers de la planète, et dans les modifications de certains extrêmes climatiques[864]. Le Groupe d'experts note en outre qu'il est extrêmement vraisemblable que plus de la moitié de l'augmentation de la température moyenne observée à la surface du globe de 1951 à 2010 soit imputable à l'accroissement d'origine anthropique des concentrations de gaz à effet de serre et d'autres facteurs d'origine anthropique agissant ensemble[865].

3) Les directives ne traiteront pas non plus de la pollution au niveau interne ou local. On peut toutefois noter que ce qui se produit au niveau local peut parfois avoir des incidences sur le contexte transfrontière et mondial pour ce qui concerne la protection atmosphérique. Les actions humaines visant à améliorer la situation, individuellement ou collectivement, devraient peut-être envisager la totalité de l'atmosphère, de l'hydrosphère, de la biosphère et de la géosphère et leurs interactions.

4) Le dioxyde de soufre et les oxydes d'azote constituent les principales sources de pollution atmosphérique transfrontière[866], tandis que les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone sont les deux principaux problèmes conduisant à la dégradation atmosphérique[867]. Certaines substances qui ont pour effet d'appauvrir la couche d'ozone contribuent également au réchauffement planétaire[868].

5) Les paragraphes 2 et 3, ainsi que le quatrième alinéa du préambule, reflètent les conditions posées par la Commission lorsqu'elle a inscrit le sujet à son programme de travail à sa soixante-cinquième session en 2013[869]. Il convient de souligner que la décision prise par la Commission de ne pas traiter les questions mentionnées au paragraphe 2 n'est

---

[863] Voir, de façon générale, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis, Summary for Policy makers,* à consulter à l'adresse http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf.

[864] Ibid.

[865] Ibid.

[866] Birnie, Boyle, Redgwell, *International Law and the Environment* (voir *supra*, note 855), p. 342.

[867] Ibid., p. 336. Il est traité des liens entre les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone dans le préambule ainsi que dans l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Les rapports entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques sont traités dans le préambule et au paragraphe 1 de l'article 2 de la modification apportée au Protocole de Göteborg en 2012.

[868] Ibid.

[869] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n^{o} 10* (A/68/10), par. 168.

en aucun cas une indication de leur statut juridique. En outre, il a été dit que la Commission aurait dû les traiter.

6) Le paragraphe 4 est une clause de sauvegarde qui précise que le projet de directives n'affecte pas le statut de l'espace aérien dans le droit international. L'atmosphère et l'espace aérien sont deux notions totalement différentes qu'il convient de distinguer. L'espace aérien est une étendue statique reposant sur une base spatiale sur laquelle l'État, dans les limites de son territoire, exerce une « souveraineté complète et exclusive ». C'est ainsi que l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale dispose que « chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire »[870]. Selon l'article 2 de la même Convention, il faut entendre par territoire d'un État les régions terrestres et les eaux territoriales y adjacentes qui se trouvent sous la souveraineté, la suzeraineté, la protection ou le mandat dudit État. De même que la haute mer, l'espace aérien situé au-delà des eaux territoriales ne relève plus de la souveraineté d'aucun État et peut être librement utilisé par tous les États. En revanche, l'atmosphère, en tant qu'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre, a un caractère dynamique et fluctuant, les gaz se déplaçant constamment sans considération de frontière territoriale[871]. L'atmosphère est invisible, intangible et indivisible.

7) De plus, alors que l'atmosphère se divise en couches successives en fonction de leurs propriétés thermiques, il n'existe pas de frontière précise entre l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique. Au-delà de 100 km, la masse de l'atmosphère se fond progressivement dans le vide spatial[872]. Le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ne comporte aucune définition de l'« espace extra-atmosphérique »[873]. La question est en discussion dans le cadre du Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique depuis 1959, lequel a envisagé les questions de délimitation selon une approche spatiale et une approche fonctionnelle[874].

8) En conséquence, la Commission a choisi d'indiquer, au paragraphe 4, que le projet d'articles ne modifierait pas le statut juridique de l'espace aérien et n'examinerait pas les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique. De plus, la mention de l'espace extra-atmosphérique correspond aux conditions fixées en 2013 par la Commission.

Directive 3
Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 3 est au cœur des présents projets de directive. Les projets de directives 4, 5 et 6, notamment, en découlent. Tous trois visent à appliquer divers principes du droit international de l'environnement au contexte spécifique de la protection de l'atmosphère.

---

870 Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 15, n° 102, p. 295. Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui prévoit que la « souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol ».

871 Voir de façon générale Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment* (*supra*, note 855), chap. 6.

872 Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science* (voir *supra*, note 850), p. 465 et 466.

873 Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, nº 8843, p. 205.

874 Voir de façon générale B. Jasani (dir. publ.), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (New York, Taylor et Francis, 1991), notamment chap. 2 et 3.

2) Le projet de directive porte sur les situations tant transfrontières que mondiales. On se souviendra que le projet de directive 1 contient un « élément transfrontière » de par la définition qu'il donne de la « pollution atmosphérique » (émission ou rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui « s'étendent au-delà de l'État d'origine » et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre) et une dimension « mondiale » par sa définition de la « dégradation atmosphérique » (toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre). Le projet de directive 3 tente de circonscrire l'obligation de protéger l'atmosphère à la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique, établissant une distinction entre les types d'obligation correspondant à l'un et l'autre de ces objectifs. La formulation du présent projet de directive trouve son origine dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, inspiré des conclusions de l'arbitrage concernant l'affaire de la *Fonderie de Trail*[875], qui sont également reflétées dans le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992.

3) La référence aux « États » aux fins du projet de directive implique la possibilité pour les États d'agir « individuellement » ou « conjointement », selon qu'il convient.

4) Tel qu'il est formulé, le projet de directive est sans préjudice de la question de savoir si l'obligation de protéger l'atmosphère est ou non une obligation *erga omnes* au sens de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[876], question à propos de laquelle les opinions divergent. Si d'aucuns estiment qu'il convient de reconnaître que les obligations relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique transfrontière ayant des répercussions mondiales et contre la dégradation atmosphérique mondiale sont des obligations *erga omnes*, certains considèrent que les conséquences juridiques d'une telle reconnaissance ne sont pas encore très claires dans le contexte du présent sujet.

5) Les effets nocifs significatifs sur l'atmosphère ont dans une large mesure pour origine les activités de particuliers et d'entreprises privées, qui ne sont normalement pas imputables à l'État. Sous ce rapport, la diligence requise exige de l'État qu'il « veille » à ce que ces activités, lorsqu'elles sont menées dans les limites de sa juridiction ou de son contrôle, n'entraînent pas de tels effets. Ce n'est cependant pas à dire que la règle de la diligence requise ne joue que s'agissant d'activités privées, les activités de l'État y étant également soumises[877]. C'est une obligation qui suppose non seulement que l'État adopte

---

[875] Voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 à 1982 (sentence du 11 mars 1941), aux pages 1965 et suiv. ; et le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/667), par. 43. Voir aussi A. K. Kuhn, « The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada », *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), p. 785 à 788 et ibid., vol. 35 (1941), p. 665 et 666 ; et J. E. Read, « The Trail Smelter Dispute », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. I (1963), p. 213 à 229.

[876] Aux termes de l'article 48 (« Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé »), « 1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si […] b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble » (résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001. Pour le texte des articles adoptés par la Commission et des commentaires y relatifs, voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. IV, sect. E).

[877] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, aux pages 55 et 179, par. 101 et 197 ; *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, aux pages 706, 720, 724 et 740, par. 104, 153, 168 et 228 ; *Tribunal international du droit de la mer, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), avis consultatif, 1er février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 10, au paragraphe 131 ; projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire…2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 97 (reproduit dans la résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe), par. 7 à 18 ; premier et deuxième rapports du Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international de

des règles et mesures appropriées mais aussi qu'il fasse preuve d'un certain niveau de vigilance dans l'application de ces règles et mesures et dans l'exercice d'un contrôle administratif applicable aux opérateurs publics et privés, comme la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, pour préserver les droits de l'autre partie. Elle implique aussi la prise en compte du contexte et de l'évolution des normes concernant la réglementation et la technologie. Même si des effets nocifs significatifs venaient à se produire, on ne pourrait lui reprocher automatiquement d'avoir failli à l'obligation de diligence. L'État n'encourrait ce reproche que dans l'hypothèse où il aurait méconnu l'obligation à lui faite de prendre toutes les mesures voulues pour prévenir, réduire ou maîtriser toutes les activités humaines qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets nocifs significatifs. L'obligation ainsi faite à l'État « de veiller » n'est pas tant d'obtenir un certain résultat (obligation de résultat) que de faire tout ce qui est en son pouvoir pour ne pas causer d'effets nocifs significatifs (obligation de moyens).

6) La référence au fait de « prévenir, réduire et maîtriser » renvoie aux diverses mesures que les États doivent prendre, séparément ou conjointement, conformément aux règles qui peuvent s'appliquer en matière de pollution atmosphérique d'une part et de dégradation atmosphérique d'autre part. La formule « prévenir, réduire et maîtriser » est inspirée des formulations figurant dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[878] et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques[879].

7) Même si les mesures voulues pour « prévenir, réduire ou maîtriser » s'appliquent tant à la pollution atmosphérique qu'à la dégradation atmosphérique, il est entendu que la référence aux « règles de droit international applicables » vise à signaler une distinction entre les mesures prises compte tenu du caractère transfrontière de la pollution atmosphérique et du caractère mondial de la dégradation atmosphérique, ainsi que des différentes règles applicables à l'une et à l'autre. Dans le contexte de la pollution atmosphérique transfrontière, l'obligation des États de prévenir les effets nocifs significatifs est fermement établie en tant que règle du droit international coutumier, comme cela est confirmé, par exemple, par le projet d'articles de la Commission sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[880] et par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux[881]. Toutefois, le fondement de cette obligation demeure

---

l'Association de droit international, 7 mars 2014 et juillet 2016, respectivement ; J. Kulesza, Due Diligence in International Law (Leyde, Brill, 2016).

878 Art. 194.

879 Le paragraphe 3 de l'article 3 dispose de la même manière qu'« [i]l incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes ».

880 *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. V, sect. E, art. 3 (Prévention) : « L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. ». La Commission a aussi traité de l'obligation de prévention dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le paragraphe 3 de l'article 14 dispose que « la violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue » (ibid., chap. IV, sect. E). Selon le commentaire de cette disposition, « [l]'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas » (ibid., par. 14) du commentaire se rapportant au paragraphe 3 de l'article 14). Le commentaire est venu illustrer « l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution de l'air, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail* » en tant qu'exemple d'obligation de prévention (ibid.).

881 Privilégiant également la prévention, la Cour internationale de Justice dira, dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, « ne pas perdre de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages » (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 78, par. 140). Le tribunal arbitral saisi de l'affaire relative au chemin de fer dit *Iron Rhine* déclarera qu'à l'heure actuelle, le droit international de l'environnement met de plus en plus l'accent sur le devoir de prévention (*Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine*

incertain en ce qui concerne la dégradation atmosphérique. La Cour internationale de Justice a dit que « [l]'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement […] dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fai[sai]t maintenant partie du corps de règles du droit international »[882] et souligné que le respect de l'environnement revêtait une grande importance « non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain »[883] et, dans la sentence relative au chemin de fer dit *Iron Rhine*, le tribunal arbitral a déclaré que l'obligation de prévenir, ou du moins d'atténuer, les effets nocifs significatifs sur l'environnement était devenue un principe du droit international général[884]. Cela étant, les membres n'étaient pas tous du même avis quant à la question de savoir si l'on pouvait considérer que ces conclusions étayaient pleinement la constatation selon laquelle l'obligation de prévenir, réduire ou maîtriser la dégradation atmosphérique mondiale existait en droit international coutumier. Cette obligation est néanmoins consacrée par certaines conventions[885]. Ainsi, les auteurs de l'Accord de Paris, constatant dans le préambule que « les changements climatiques [étaient] un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière », ont souligné « qu'il import[ait] de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité »[886].

Directive 4
Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 porte sur l'évaluation de l'impact environnemental. Il s'agit du premier des trois projets de directives qui découlent du projet de directive 3. Dans l'affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit : « [A]u titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, un État doit vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État. Si tel est le cas, il lui faut effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement »[887]. Elle a conclu que l'État en question « ne s'[était] pas acquitté de l'obligation qu'il avait, en droit international général, d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la construction de la route »[888]. Dans

(« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35 à 125, à la page 116, par. 222).

882 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

883 *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra*, note 881), p. 41, par. 53 ; la Cour a cité le même paragraphe dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 877), p. 78, par. 193.

884 *Sentence relative au chemin de fer dit Iron Rhine* (voir *supra*, note 881), p. 66 et 67, par. 59.

885 Voir, par exemple, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985), ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293, Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Convention sur la diversité biologique, Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ouverte à la signature, Paris, 14 octobre 1994), ibid., vol. 1954, nº 33480, p. 3, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001), ibid., vol. 2256, nº 40214, p. 219 et Convention de Minamata sur le mercure.

886 Art. 2, par. 1.

887 Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (*Nicaragua c. Costa Rica*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, par. 153.

888 Ibid., par. 168.

son opinion individuelle, le juge Owada a fait observer que « l'existence d'une évaluation de l'impact sur l'environnement [était] une donnée importante, voire décisive, pour apprécier si l'État en question fai[sai]t preuve de la diligence requise par le droit international général de l'environnement »[889]. En 2010, dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour a que « l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'alinéa a) de l'article 41 du statut, doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les États ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, *en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement* »[890]. En outre, en 2011, dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a dit que l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement non seulement découlait de la Convention du droit de la mer mais était aussi une « obligation générale en vertu du droit international coutumier »[891]. De la même manière, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a évoqué l'importance des évaluations de l'impact sur l'environnement[892].

2) Le projet de directive est formulé au passif − « Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement » par opposition à « Les États ont l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement » −, afin d'indiquer qu'il s'agit d'une obligation de comportement et que, étant donné la grande variété des acteurs économiques, l'obligation d'effectuer l'évaluation n'incombe pas nécessairement à l'État lui-même. Ce que l'État est tenu de faire, c'est adopter les mesures législatives, réglementaires et autres nécessaires pour qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement soit menée en ce qui concerne les activités proposées. La notification et les consultations sont essentielles à une telle évaluation.

3) Le membre de phrase « des activités proposées relevant de leur juridiction ou de leur contrôle » vise à indiquer que l'obligation qui incombe aux États de veiller à ce que soit menée une évaluation de l'impact sur l'environnement concerne les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle. Les frontières ne permettant pas de circonscrire les menaces environnementales, cela n'exclut pas la possibilité que, dans l'exercice de leur responsabilité au regard de l'environnement mondial, des États prennent des décisions conjointes en ce qui concerne telle ou telle étude d'impact sur l'environnement.

4) Un seuil a été jugé nécessaire pour déclencher l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Le membre de phrase « qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important » a donc été inséré. Il est tiré du libellé du principe 17 de la Déclaration de Rio. En outre, il existe d'autres instruments, tels que la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière[893], qui utilisent un seuil similaire. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a indiqué qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement devait être entreprise lorsque l'activité industrielle projetée risquait d'avoir un « impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »[894].

5) En posant l'existence d'un seuil, à savoir que les activités doivent être « susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important », le projet de directive exclut les études d'impact sur l'environnement pour les activités dont l'impact est susceptible d'être mineur. L'impact du dommage potentiel doit être « important » en ce qui concerne à la fois la

[889] Ibid., Opinion individuelle du juge Owada, par. 18.

[890] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 877), par. 204.

[891] Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (*Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins*), avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, au paragraphe 145.

[892] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra*, note 881).

[893] Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1989, nº 34028, p. 309.

[894] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra*, note 877), p. 83, par. 204.

« pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Déterminer si l'impact est « important » ou non exige une appréciation d'ordre factuel[895].

6) Le membre de phrase « en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique » a été jugé important en ce qu'il relie le projet de directive aux deux principaux sujets de préoccupation du présent projet de directives en matière de protection de l'environnement, à savoir la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique transfrontières. Alors que les précédents pertinents en ce qui concerne l'exigence d'une évaluation de l'impact sur l'environnement abordent essentiellement la question dans un contexte transfrontière, on considère qu'il existe une exigence similaire pour les projets susceptibles d'avoir des effets négatifs importants sur l'atmosphère mondiale, tels que les activités impliquant la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère[896]. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère, ces activités peuvent comporter un risque plus élevé de dommages graves que celles causant des dommages transfrontières ; partant, a fortiori, les mêmes règles devraient s'appliquer aux activités de nature à causer une dégradation de l'atmosphère à l'échelle mondiale. Ainsi, le Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Protocole de Kiev), encourage « l'évaluation stratégique environnementale » des effets probables sur l'environnement, y compris sur la santé, ce qui signifie tout effet sur l'environnement, y compris sur la santé de l'homme, la flore, la faune, la biodiversité, les sols, le climat, l'air, l'eau, les paysages, les sites naturels, les biens matériels, le patrimoine culturel et l'interaction entre ces facteurs[897].

7) S'il est reconnu que la transparence et la participation du public sont des éléments importants pour assurer l'accès à l'information et à la représentation, il a été estimé que les parties traitant des aspects procéduraux de l'étude d'impact sur l'environnement ne devraient pas être traitées dans le projet de directive lui-même. Le principe 10 de la Déclaration de Rio pose notamment que la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Cela comprend, notamment, l'accès à l'information, la possibilité de participer à la prise de décisions et un accès effectif à des mécanismes judiciaires et administratifs. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[898] aborde également ces questions. Le Protocole de Kiev encourage la mise en œuvre d'un processus de consultation et de participation du public et la prise en compte des résultats de ce processus dans un plan ou un programme[899].

Directive 5
Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.

---

[895] La Commission a souvent employé ce terme dans ses travaux, notamment dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001). Dans ce cas, elle a choisi de ne pas le définir, considérant que cette question relevait d'une appréciation de fait et non de droit (voir le commentaire général, par. 4), *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. V, sect. E). Voir, par exemple, les paragraphes 4) et 7) du commentaire de l'article 2 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (ibid.). Voir aussi le commentaire concernant le projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (commentaire sur le principe 2, par. 1) à 3). *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. E).

[896] Voir projet de directive 7.

[897] Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Kiev, 21 mai 2003), ECE/MP.EIA/2003/2 (à consulter à l'adresse http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolfrench), art. 2, par. 6 et 7.

[898] Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus, 28 juin 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, no 37770, p. 447.

[899] Art. 2, par. 6 et 7.

2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

Commentaire

1) L'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée[900]. Le plus souvent elle n'est pas conçue comme pouvant être exploitée de la même manière que, par exemple, les ressources pétrolières et gazières ou minérales peuvent être explorées et exploitées. En réalité, pourtant, l'atmosphère est exploitable et exploitée, dans ses composantes physiques et fonctionnelles. Le pollueur exploite l'atmosphère et ce faisant en réduit la qualité et l'aptitude à assimiler des polluants. Le projet de directive repose sur des analogies tirées de la notion de « ressources partagées » et sur le constat que l'unité de l'atmosphère de la planète exige la reconnaissance d'une communauté d'intérêts. Il a donc pour prémisse que l'atmosphère est une ressource dont la capacité d'assimilation est limitée et dont l'aptitude à maintenir la vie sur la Terre est influencée par les activités anthropiques. Pour assurer la protection de l'atmosphère, il est important de considérer celle-ci comme une ressource soumise à une exploitation, ce qui l'assujettit aux principes de conservation et d'utilisation durable. Certains membres ont exprimé des doutes quant à la possibilité de traiter l'atmosphère de la même manière que les cours d'eau et les aquifères transfrontières.

2) Il est établi au paragraphe 1 que l'atmosphère est une « ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée ». La seconde partie du paragraphe vise à intégrer la conservation et le développement de sorte que les modifications apportées à la planète continuent à permettre la survie et le bien-être des organismes présents sur la Terre. C'est dans cette optique qu'il est dit que l'utilisation de l'atmosphère devrait être entreprise de manière durable. Cet énoncé s'inspire des formulations retenues par la Commission dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[901] et les articles sur le droit des aquifères transfrontières[902].

3) Le terme « utilisation » est employé au sens large et renvoie à des notions qui vont au-delà de l'exploitation. L'atmosphère a été utilisée à plusieurs fins. Les activités menées à ce jour ont, pour la plupart, probablement été entreprises sans intention claire ou manifeste d'influer sur les conditions atmosphériques. Toutefois, certaines visaient expressément à altérer les conditions atmosphériques, par exemple à modifier le temps. Certaines des technologies proposées pour modifier intentionnellement l'atmosphère à grande échelle[903] sont des exemples d'utilisations possibles de celle-ci.

4) L'expression « son utilisation devrait être entreprise de manière durable » employée dans le projet de directive est simple et formulée en des termes qui ne sont pas excessivement juridiques, ce qui traduit bien le fait que la conception de l'atmosphère a sensiblement évolué et que l'on tend à présent à considérer celle-ci comme une ressource naturelle devant être utilisée de manière durable. Elle a davantage valeur de ligne de conduite ou de principe directeur international que de code opératoire visant à déterminer les droits et obligations des États.

5) Le paragraphe 2 s'inspire de la formulation adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans lequel la Cour a constaté la « nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement »[904]. La Commission a aussi pris note d'autres précédents pertinents[905].

---

900 Voir *supra*, par. 2) du commentaire relatif au préambule.

901 Articles 5 et 6. Pour le texte du projet de directives, des paragraphes du préambule et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission, voir *Annuaire … 1994*, vol. II (2e partie), chap. III, sect. E.

902 Résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008, annexe, art. 4 et 5. Pour le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission, voir *Annuaire … 2008*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. E.

903 Voir *infra*, projet de directive 7.

904 *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra*, note 881), p. 78, par. 140.

905 Dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2006 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a mis en évidence « l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement

Faire référence à la « protection de l'atmosphère » plutôt qu'à la « protection de l'environnement » a pour but d'axer le paragraphe sur le sujet à l'examen, à savoir la protection de l'atmosphère.

Directive 6
Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

Commentaire

1) Si l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère est un élément important de la durabilité, comme le fait ressortir le projet de directive 5, il est néanmoins jugé important d'en faire un principe autonome. Comme celle du projet de directive 5, la formulation de la présente directive est abstraite et très générale.

2) Le projet de directive est formulé en termes généraux dans le souci de l'application du principe d'équité[906] à la protection de l'atmosphère en tant que ressource naturelle

économique durable » (Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), Mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, à la page 133, par. 80) ; dans la décision de 1998 de l'Organe d'appel de l'OMC relative à l'affaire *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, il est dit ce qui suit : « [R]appelant que les membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) [de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce] peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables » (Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC relatif à l'affaire *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 131 ; voir aussi par. 129 et 153) ; dans la sentence arbitrale relative au chemin de fer dit *Iron Rhine*, rendue en 2005, le Tribunal a conclu que d'amples débats avaient été consacrés à la question de savoir ce qui, en droit de l'environnement, constituait des « règles » ou des « principes », ce qui relevait du droit non contraignant (« soft law »), et quels normes de droit conventionnel ou principes relatifs à l'environnement avaient contribué au développement du droit international coutumier ; que les principes qui s'en dégageaient, indépendamment de leur statut actuel, faisaient référence au développement durable ; et que l'important était que ces principes émergents intégraient désormais la protection de l'environnement au processus de développement. Le droit de l'environnement et le droit du développement n'étaient pas en opposition, mais étaient des concepts globaux se renforçant mutuellement, si bien que lorsque le développement risquait de porter une atteinte significative à l'environnement, il devait exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette atteinte. Le Tribunal a estimé que cette obligation était devenue un principe de droit international général (Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit *Iron Rhine* (voir *supra*, note 881), par. 58 et 59) ; dans la sentence arbitrale partielle qu'elle a prononcée en 2013 dans l'affaire *Indus Waters Kishenganga Arbitration* (*Pakistan v. India*), la Cour d'arbitrage a constaté qu'il ne faisait aucun doute que le droit international coutumier contemporain faisait obligation à l'État de tenir compte de la protection de l'environnement dans la planification et l'élaboration de projets susceptibles de causer un dommage à un État limitrophe. Depuis l'affaire de la *Fonderie de Trail*, toute une jurisprudence arbitrale internationale est venue souligner la nécessité de gérer les ressources naturelles de façon durable. En particulier, la Cour internationale de Justice a mis en avant le principe de « développement durable » dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra*, note 881), en se référant à « la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement » (Permanent Court of Arbitration Award Series, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*: *Record of Proceedings* 2010-2013, sentence partielle du 18 février 2013, par. 449. La sentence partielle a été confirmée par la sentence finale du 20 décembre 2013, par. 111.

[906] Voir, par exemple, J. Kokott, « Equity in international law », dans *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F. L. Toth (dir. publ.) (Abingdon et New York, Routledge, 2014), p. 173 à 192 ; affaire du *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*), *arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554 ; voir, en général, P. Weil, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : Un mystère en voie de dissipation ? », dans *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.) (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1996), p. 121 à 144 ; F. Francioni, « Equity in international law », dans *Max Plank*

devant être partagée par tous. La première partie de la phrase porte sur l'utilisation « équitable et raisonnable ». La formulation « l'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable » se fonde en partie sur l'article 5 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et sur l'article 4 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Elle suppose la mise en balance de différents intérêts et la prise en considération de tous les facteurs pertinents, qui peuvent être particuliers à la pollution atmosphérique ou à la dégradation atmosphérique.

3) La deuxième partie de la phrase touche aux questions d'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle[907]. Afin de faire ressortir le lien entre ces deux aspects de l'équité, la Commission a choisi d'employer l'expression « en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures » plutôt que « pour le bénéfice des générations présentes et futures ». La formulation « des intérêts des » a été préférée à « pour le bénéfice des » afin de mettre en évidence la nature intégrée de l'atmosphère, dont l'« exploitation » doit tenir compte de l'équilibre entre les intérêts afin d'assurer la survie des organismes vivant sur la Terre.

Directive 7
Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 7 porte sur des activités dont l'objectif même est de modifier les conditions atmosphériques. Comme l'indique le titre du projet, celui-ci ne vise que la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère.

2) L'expression « activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère » est partiellement reprise de la définition de l'expression « techniques de modification de l'environnement » employée dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles[908] pour désigner les techniques ayant pour objet de modifier − grâce à une manipulation délibérée de processus naturels − la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique.

3) Parmi ces activités figurent celles communément considérées comme relevant de la « géo-ingénierie », qui recouvre des méthodes et techniques visant à l'élimination du dioxyde de carbone et à la gestion du rayonnement solaire. Les activités relatives au premier de ces objectifs se pratiquent dans les océans et sur la surface terrestre et font intervenir des systèmes techniques visant à éliminer le dioxyde de carbone de l'atmosphère au moyen des puits naturels ou grâce au génie chimique. Parmi les techniques proposées pour parvenir à cette fin, on peut citer la fixation du carbone du sol, la séquestration du carbone, le captage de l'air ambiant, la fertilisation des océans, l'augmentation de l'alcalinité des océans et l'amélioration de la résistance aux intempéries. De fait, le boisement est traditionnellement utilisé pour réduire les émissions de dioxyde de carbone.

Encyclopedia of Public International Law, vol. III, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 632 à 642.

907 C. Redgwell, « Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity », dans *The Oxford Handbook on International Climate Change Law*, C. P. Carlane *et al.* (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 185 à 201 ; D. Sheldon, « Equity », dans *Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky *et al.* (dir. publ.) (*supra*, note 821), p. 639 à 662.

908 Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, nº 17119, p. 151.

4) D'après les scientifiques, la gestion du rayonnement solaire doit permettre d'atténuer les effets négatifs des changements climatiques en réduisant intentionnellement les températures de la surface terrestre. Parmi les méthodes envisagées à cette fin, on peut citer « l'amélioration de l'albédo », qui consiste à accroître la réflectance des nuages ou de la surface terrestre de manière à ce que la chaleur du soleil soit davantage réfléchie dans l'espace, la méthode des aérosols atmosphériques, qui consiste à introduire de fines particules réfléchissantes dans la haute atmosphère afin que la lumière du soleil soit réfléchie avant d'avoir atteint la surface de la Terre, et la méthode des réflecteurs spatiaux, qui consiste à bloquer une petite quantité de lumière solaire avant qu'elle n'atteigne la Terre.

5) Ainsi qu'il est indiqué plus haut, le terme « activités » s'entend au sens large. Certaines activités sont interdites par le droit international et ne sont pas visées par le présent projet de directive, comme celles interdites par la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles[909] et le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949[910]. Ainsi, le présent projet de directive s'applique uniquement aux activités « non militaires ». Les activités militaires entraînant des modifications délibérées de l'atmosphère n'entrent pas dans son champ d'application.

6) Dans le même ordre d'idées, d'autres activités continueront de relever de différents dispositifs. Par exemple, le boisement est visé par le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques[911] et l'Accord de Paris (art. 5, par. 2). Des mesures tendant à réglementer la séquestration du carbone ont été adoptées dans le cadre de certains instruments juridiques internationaux. Le Protocole de 1996 (le « Protocole de Londres »)[912] à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières comporte à présent une disposition et une annexe modifiées, ainsi que de nouvelles directives concernant le contrôle de la mise en décharge des déchets et d'autres matières[913]. Dans la mesure où la « fertilisation des océans par apport de fer » et « l'augmentation de l'alcalinité des océans » ont trait à l'immersion en mer, la Convention de 1972 et le Protocole de Londres sont pertinents.

7) Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère peuvent largement contribuer à prévenir, contrer, limiter et atténuer les risques de catastrophe et les effets nuisibles de celles-ci, notamment la sécheresse, les ouragans et les tornades, ainsi qu'à accroître la production agricole et améliorer l'approvisionnement en eau. Néanmoins, elles peuvent aussi avoir des effets inattendus et à long terme sur les conditions climatiques actuelles, qui ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Comme l'a relevé l'Organisation météorologique mondiale au sujet de la modification du temps, la complexité des mécanismes atmosphériques est telle que la modification artificielle du temps dans une partie du monde aurait nécessairement des répercussions ailleurs et, avant d'expérimenter la modification artificielle du temps à grande échelle, il faut évaluer scrupuleusement les conséquences possibles et souhaitables de la démarche et de conclure des arrangements internationaux satisfaisants[914].

---

909 Voir art. 1.

910 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, nº 17512, p. 3, art. 35, par. 3 et 55 ; voir aussi Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3, art. 8, par. 2 b) iv).

911 Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, nº 30822, p. 162.

912 Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Londres, 7 novembre 1996), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), p. 7.

913 Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Londres, Mexico, Moscou et Washington, 29 décembre 1972), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, nº 15749, p. 138.

914 Voir *Second Report on the Advancement of Atmospheric Sciences and Their Application in the Light of Developments in Outer Space* (Genève, Organisation météorologique mondiale, 1963) ; voir aussi la décision 8/7 (« Earthwatch: assessment of outer limits ») du Conseil d'administration

8) Le présent projet de directive n'a pas pour objectif de freiner l'innovation et le progrès scientifique. De fait, l'importance des technologies nouvelles et novatrices et de la coopération en la matière est consacrée par les principes 7 et 9 de la Déclaration de Rio. Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement que les activités en question ont toujours des effets positifs.

9) Partant, le projet de directive ne vise ni à autoriser, ni à interdire ces activités, à moins que les États n'en conviennent autrement. Il énonce simplement le principe selon lequel ces activités devraient, le cas échéant, être menées avec prudence et précaution. L'expression « prudence et précaution » est inspirée de la formulation employée par le Tribunal international du droit de la mer dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*[915], l'affaire de l'*usine Mox*[916] et l'*affaire relative aux travaux de poldérisation*[917]. Dans cette dernière, le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, étant donné l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation, et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées […] ». Le projet de directive est rédigé de manière à inciter à l'élaboration de règles régissant ces activités dans le cadre des dispositifs applicables aux divers domaines ayant un rapport avec la pollution et la dégradation atmosphériques.

10) Le projet de directive se termine par le membre de phrase « sous réserve de toute règle applicable de droit international ». Il est donc entendu que le droit international continuera de s'appliquer dans le domaine visé par le projet de directive.

11) Il est communément admis que pareilles activités devraient être menées publiquement et en toute transparence et peuvent exiger l'exécution d'une évaluation de l'impact sur l'environnement au sens du projet de directive 4. On estime que tout projet entraînant une modification intentionnelle et à grande échelle de l'atmosphère peut comporter un risque important de dommage grave et nécessite donc a fortiori une évaluation d'impact.

12) Plusieurs membres n'étaient toujours pas convaincus que ce projet de directive soit nécessaire en ce qu'il restait fondamentalement litigieux, était toujours en cours d'examen et reposait sur une pratique très limitée. D'autres étaient cependant d'avis qu'il pouvait être amélioré en seconde lecture.

Directive 8
Coopération internationale

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

---

du Programme des Nations Unies pour l'environnement, partie A (dispositions relatives à la coopération entre États en matière de modification du temps), du 29 avril 1980.

915 *Thon à nageoire bleue* (*Nouvelle-Zélande c. Japon* ; *Australie c. Japon*), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, au paragraphe 77. Le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves […] ».

916 Usine Mox (*Irlande c. Royaume-Uni*), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95, au paragraphe 84 (« *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent en échangeant des informations relatives aux risques ou effets qui pourraient découler ou résulter des opérations de l'usine MOX et qu'ils élaborent des moyens permettant, le cas échéant, d'y faire face […] »).

917 Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (*Malaisie c. Singapour*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil 2003*, p. 10, au paragraphe 99.

Commentaire

1) La coopération internationale est au cœur de l'ensemble du projet de directives sur la protection de l'atmosphère. Le concept de coopération internationale a subi une évolution importante en droit international[918] et repose aujourd'hui dans une large mesure sur la notion des intérêts communs de « l'ensemble de la communauté internationale »[919]. Le quatrième alinéa du préambule du présent projet de directives reconnaît ce fait en affirmant que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique est « une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale ».

2) Dans ce contexte, le paragraphe 1 du présent projet de directive énonce l'obligation qu'ont les États de coopérer selon qu'il convient. Concrètement, les États ont l'obligation de coopérer entre eux et avec les organisations internationales compétentes. L'expression « selon qu'il convient » vise à laisser une certaine souplesse aux États pour s'acquitter de l'obligation de coopérer, en fonction de la nature et de l'objet de la coopération. Les formes de cette coopération peuvent aussi varier selon la situation et l'exercice d'une certaine marge d'appréciation des États. La coopération peut s'exercer aux niveaux bilatéral, régional ou multilatéral. Les États peuvent aussi prendre individuellement des mesures appropriées.

3) Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a insisté sur les liens entre le devoir d'informer, la coopération entre les parties et l'obligation de prévention. La Cour a estimé que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement […] de manière à prévenir les dommages en question »[920].

4) La notion de coopération internationale figure dans plusieurs instruments multilatéraux intéressant la protection de l'environnement. Tant le principe 24 de la Déclaration de Stockholm que le principe 27 de la Déclaration de Rio soulignent l'importance de la coopération[921]. En outre, parmi certains des traités en vigueur, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985) dispose, dans son préambule, que les Parties à cette convention sont « [*c*]*onscientes* que l'adoption de mesures visant à protéger la couche d'ozone des modifications imputables aux activités

---

[918] W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres, Stevens & Sons, 1964), p. 60 à 71 ; C. Leben, « The changing structure of international law revisited by way of introduction », *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), p. 399 à 408. Voir aussi J. Delbrück, « The international obligation to cooperate − an empty shell or a hard law principle of international law ? − a critical look at a much debated paradigm of modern international law », H. P. Hestermeyer *et al.* (dir. publ.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leyde, Martinus Njihoff, 2012), p. 3 à 16.

[919] B. Simma, « From bilateralism to community interests in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, vol. 250, p. 217 à 384 ; N. Okuwaki, « On compliance with the obligation to cooperate: new developments of "international law for cooperation" », dans *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase), J. Eto (dir. publ.) (Tokyo : Shinzansha, 2015), p. 5 à 46, aux pages 16 et 17 (en japonais).

[920] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*supra*, note 877), p. 49, par. 77.

[921] Le principe 24 de la Déclaration de Stockholm se lit ainsi :
« Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce, dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États. ».
Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (voir supra, note 807).
Le principe 274 de la Déclaration de Rio se lit ainsi :
« Les États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable. ».
Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I, chap. I.

humaines ne peut se faire que dans le contexte d'une coopération et d'une action internationales ». En outre, dans le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), les Parties se disent conscientes que « le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale, efficace et appropriée, … », tout en réaffirmant que « le principe de la souveraineté des États doit présider à la coopération internationale destinée à faire face aux changements climatiques. »[922].

5) Le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, portant sur l'obligation générale de coopérer, dispose que :

> « Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international. ».

6) Dans ses travaux, la Commission a également considéré comme importante l'obligation de coopérer. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) prévoit, dans l'article 4 relatif à la coopération, que :

> « Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. ».

Quant au projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, il prévoit à l'article 7, relatif à l'obligation générale de coopérer, que :

> « 1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières ;
>
> 2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération. ».

7) Enfin, les articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (2016) prévoient, dans le projet d'article 7, une obligation de coopérer[923].

8) La coopération pourrait prendre des formes diverses. Le paragraphe b) du projet de directive met l'accent en particulier sur l'importance de la coopération dans le développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Le paragraphe b) met aussi l'accent sur l'échange d'informations et le suivi conjoint.

---

[922] Voir aussi la section 2 de la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui prévoit la « Coopération au plan mondial ou régional » (art. 197), la « Notification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif » (art. 198), des « Plans d'urgence contre la pollution » (art. 199), des « Études, programmes de recherche et échange de renseignements et de données » (art. 200) et les « Critères scientifiques pour l'élaboration de règlements » (art. 201). La section 2 (Coopération internationale) de la partie XIII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, consacrée à la recherche scientifique marine, prévoit l'« Obligation de favoriser la coopération internationale » (art. 242), l'« Instauration de conditions favorables » (art. 243) et la « Publication et diffusion d'informations et de connaissances » (art. 244).

[923] Le projet d'article 7 se lit ainsi :
« En appliquant le présent projet d'articles, les États doivent, selon qu'il y a lieu, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies, avec les composantes du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et avec les autres acteurs prêtant assistance.».
Le projet d'articles a été adopté en seconde lecture par la Commission à sa soixante-huitième session, en 2016, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session (A/71/10), par. 48. Dans sa résolution 71/141 en date du 13 décembre 2016, l'Assemblée générale a pris note du projet d'articles et a invité les gouvernements à faire savoir ce qu'ils pensaient de l'élaboration d'une convention sur la base de ce projet, comme le recommandait la Commission.

9) La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose, dans son préambule, que la coopération et l'action internationales devraient être fondées « sur des données scientifiques et techniques pertinentes » et, au paragraphe 1) de son article 4, relatif à la coopération dans les domaines juridique, scientifique et technique, il est prévu ce qui suit :

> « Les Parties facilitent et encouragent l'échange des renseignements scientifiques, techniques, socioéconomiques, commerciaux et juridiques appropriés aux fins de la présente Convention et comme précisé à l'annexe II. Ces renseignements sont fournis aux organes agréés par les Parties. ».

L'annexe II de la Convention énumère de façon détaillée les renseignements susceptibles d'être échangés. Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit que les Parties coopèrent dans les domaines techniques, en tenant compte des besoins des pays en développement.

10) Le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, relatif aux engagements, dispose que :

> « Toutes les Parties … e) [p]réparent, en coopération, l'adaptation à l'impact des changements climatiques ; … g) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération les travaux de recherche scientifique, technologique, technique, socioéconomique et autres, l'observation systématique et la constitution d'archives de données sur le système climatique permettant de mieux comprendre les causes, les effets, l'ampleur et l'échelonnement dans le temps des changements climatiques, ainsi que les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, et de réduire et dissiper les incertitudes qui subsistent à cet égard ; h) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'échange de données scientifiques, technologiques, techniques, socioéconomiques et juridiques sur le système climatique et les changements climatiques ainsi que sur les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, ces données devant être échangées dans leur intégralité, librement et promptement ; i) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'éducation, la formation et la sensibilisation du public dans le domaine des changements climatiques et encouragent la participation la plus large à ce processus, notamment celle des organisations non gouvernementales. ».

11) L'obligation de coopérer englobe aussi, notamment, l'échange d'informations. À cet égard, on peut aussi noter que l'article 9 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation comporte un ensemble précis de dispositions concernant l'échange de données et d'informations. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance prévoit quant à elle, dans son article 4, que « [l]es Parties contractantes échangeront des informations et procéderont à des tours d'horizon sur leurs politiques, leurs activités scientifiques et les mesures techniques ayant pour objet de combattre dans toute la mesure du possible les rejets de polluants atmosphériques qui peuvent avoir des effets dommageables, et ainsi de réduire la pollution atmosphérique, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ». La Convention comporte aussi des dispositions précises sur la coopération dans les domaines de la recherche et du développement (art. 7), des échanges d'informations (art. 8), et de la mise en œuvre et de l'élargissement du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (art. 9). De même, l'Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Accord de Nairobi, 2008)[924] et l'Accord-cadre régional pour l'Afrique occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Accord d'Abidjan, 2009)[925] comportent des dispositions semblables en matière de coopération internationale. Les Parties conviennent de :

[924] À consulter à l'adresse https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreementFR.pdf.

[925] À consulter à l'adresse https://web.archive.org/web/20111224143140/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementFr.pdf.

« 1.2 Considérer les synergies et avantages mutuels de la prise de mesure contre les émissions de polluants atmosphériques et gaz à effet de serre ; 1.4 Promouvoir l'information sur la gestion de la qualité de l'air dans le domaine éducatif et de la recherche ; 1.5 Promouvoir la coopération régionale afin de renforcer les institutions de normalisation. ».

12) La deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 17 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières prévoit que la « coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire ». Dans le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, le projet d'article 9 prévoit que « [a]ux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel, d'équipement et de biens de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques ». De plus, le projet d'article 10 (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) dispose que « [l]a coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe ».

13) Dans le contexte de la protection de l'atmosphère, le développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique est considéré comme essentiel par la Commission.

Directive 9
Relation entre règles pertinentes

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux règles et principes du droit international coutumier.

2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

Commentaire

1) Le projet de directive 9, qui porte sur la « relation entre règles pertinentes »[926], a pour objet de définir les relations entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes. Les paragraphes 1 et 2 ont une portée générale, tandis que l'article 3 met l'accent sur la protection des groupes particulièrement vulnérables à la pollution atmosphérique et à la dégradation atmosphérique. Ces deux notions, définies dans le projet de directive 1,

[926] Voir le projet d'article 10 (Interrelations) de la résolution 2/2014 sur la déclaration des principes juridiques relatifs aux changements climatiques adoptée par l'Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014* (Londres, 2014), p. 26.

consacré aux définitions, recouvrent principalement la pollution et la dégradation causées « par l'homme ». Il s'ensuit nécessairement que les activités humaines régies par d'autres domaines du droit ont aussi une incidence sur l'atmosphère et sa protection. Partant, il importe d'éviter, dans la mesure du possible, tout conflit ou divergence entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international. C'est dans cet objectif que le projet de directive 9 énonce les différents procédés prévus en droit international pour faire face aux éventuelles divergences entre principes et règles juridiques, que ces divergences soient une question d'interprétation ou qu'il y ait véritablement conflit. Le libellé du projet de directive 9 est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la question de la fragmentation du droit international et les difficultés découlant de la diversification et du développement de celui-ci[927].

2) Le paragraphe 1 mentionne trois processus juridiques, à savoir la détermination, l'interprétation, et l'application des règles pertinentes. Le membre de phrase « afin d'éviter les conflits » employé à la fin de la première phrase vise à établir qu'« éviter les conflits » est l'un des principaux objectifs de ce paragraphe. Ce n'est toutefois pas le seul et unique objectif du projet de directive. Le paragraphe est formulé à la voix passive pour refléter le fait que la détermination, l'interprétation et l'application des règles pertinentes relèvent non seulement des États, mais aussi des organisations internationales, selon qu'il convient.

3) Le membre de phrase « devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles » est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la fragmentation du droit international. Le terme « déterminées » vise particulièrement les règles découlant des obligations conventionnelles et d'autres sources de droit international. Pour coordonner deux normes, il convient d'abord de déterminer, notamment, si ces normes traitent « de la même matière », laquelle prime l'autre en vertu des principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior*, et si le principe *pacta tertiis* s'applique. De surcroît, il convient de faire preuve de prudence dans la détermination du droit international coutumier avant d'appliquer les règles d'interprétation de ce même droit.

4) La première phrase du paragraphe 1 fait expressément référence aux principes « de l'harmonisation et de l'intégration systémique », auxquels une attention particulière est accordée dans les conclusions du Groupe d'étude. Selon le principe de l'harmonisation, exposé dans la conclusion 4), lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître « un ensemble unique d'obligations compatibles ». En outre, conformément au principe de l'intégration systémique exposé dans la conclusion 17), « quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international ». Les traités doivent donc être interprétés en tenant compte des divers règles et principes du droit international.

5) La deuxième phrase du paragraphe 1 vise à replacer le paragraphe dans le contexte des règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur les droits des traités[928], notamment à son article 30 et au paragraphe 3 c) de son article 31, et des principes et règles du droit international coutumier. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 a pour but de garantir l'« interprétation systémique », disposant que « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » doit être prise en considération[929]. En d'autres termes, il exprime l'unité du droit international public et la notion selon

[927] *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 251. Voir la conclusion 2), sur les « relations d'interprétation » et les « relations de conflit ». Pour l'étude analytique, voir « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1).

[928] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, no 18232, p. 331.

[929] Voir, par exemple, OMC, Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, 6 novembre 1998, par. 158. Voir aussi *Al-Adsani* c. *Royaume-Uni*, requête no 35763/97, CEDH 2001-XI, par. 55.

laquelle ses règles ne peuvent être interprétées isolément les unes des autres[930]. L'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les principes qui président à la résolution des conflits lorsque le principe de l'intégration systémique ne suffit pas, à savoir les principes de la *lex specialis* (par. 2) et de la *lex posterior* (par. 3) et le principe *pacta tertiis* (par. 4)[931]. Les « règles et principes du droit international coutumier » mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 1 sont les règles et principes du droit international coutumier utiles aux fins de la détermination, de l'interprétation et de l'application des règles pertinentes[932].

6) En précisant qu'il faut tenir compte « *inter alia* des règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme », la Commission souligne l'importance pratique que ces trois matières revêtent au regard de la protection de l'atmosphère. Ces domaines sont étroitement liés au droit international relatif à la protection de l'atmosphère sur le plan de la pratique conventionnelle, de la jurisprudence et de la doctrine[933]. Les autres domaines du droit, susceptibles d'être tout aussi pertinents, ne sont pas pour autant exclus, la liste donnée ne se voulant pas exhaustive. De surcroît, aucune des dispositions du projet de directive 9 ne saurait être interprétée comme subordonnant les règles de droit international relevant des matières citées aux règles relatives à la protection de l'atmosphère ou vice-versa.

7) L'émergence de la notion de renforcement mutuel a permis de concilier le droit international du commerce et le droit international de l'environnement, qui recouvre la protection de l'atmosphère. Le préambule de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce[934] dispose que l'objectif de l'OMC est de concilier les objectifs de commerce et de développement avec les besoins environnementaux « conformément à l'objectif de développement durable »[935]. Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC a été créé pour « coordonner les politiques dans le domaine du commerce et de l'environnement »[936] et, dans le rapport qu'il a adressé en 1996 à la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Singapour, il a rappelé que le système commercial incarné par l'OMC et la protection de l'environnement étaient « deux domaines de l'élaboration des politiques […] importants et […] devraient s'étayer mutuellement afin de promouvoir le développement durable »[937]. Le « renforcement mutuel » étant progressivement devenu une norme juridique *interne* à l'OMC[938], la Déclaration ministérielle adoptée

[930] P. Sands, « Treaty, custom and the cross-fertilization of international law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 95, par. 25 ; C. McLachlan, « The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279 ; O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 828 et 829.

[931] Ibid., p. 791 à 798.

[932] On retiendra qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, nº 31874, p. 3, annexe 2, p. 427), « [l]e système de règlement des différends de l'OMC […] a pour but […] de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles *coutumières* d'interprétation du droit international public » [non souligné dans l'original].

[933] Voir Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington* … (*supra*, note 926) ; et A. Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (*supra*, note 821), p. 125 à 146.

[934] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, nº 31874.

[935] Ibid., vol. 1867, nº 31874, p. 154.

[936] Comité des négociations commerciales, décision du 14 avril 1994, MTN.TNC/45(MIN), annexe II, p. 17.

[937] OMC, Comité du commerce et de l'environnement, Rapport (1996), WT/CTE/1 (12 novembre 1996), par. 167.

[938] J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2003) ; R. Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the "WTO-and-competing regimes" debate? », *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), p. 651 et 652. Voir aussi S. Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leyde, Martinus Nijhoff, 1996), p. 283 à 431, reproduit dans S. Murase, *International Law:*

à Doha en 2001 exprime la conviction des États que « les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et les objectifs consistant à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement »[939]. En outre, en droit international du commerce, le renforcement mutuel est considéré comme un aspect du principe de l'harmonisation lorsqu'il s'agit d'interpréter des règles conventionnelles conflictuelles. Entre autres affaires pertinentes examinées par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'affaire *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* de 1996 est particulièrement intéressante en ce que l'Organe d'appel a estimé qu'on ne saurait interpréter l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce sans tenir compte des règles d'interprétation du droit international public, et plus précisément qu'« il ne fa[llai]t pas lire l'*Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* »[940] (non souligné dans l'original), conclusion qui vient clairement étayer les principes interprétatifs de l'harmonisation et de l'intégration systémique.

8) Une tendance comparable se dégage en droit international de l'investissement. Les accords de libre-échange, tel l'Accord de libre-échange nord-américain[941], qui contiennent des clauses relatives aux investissements, et de nombreux traités d'investissement bilatéraux[942] posent également des normes relatives à l'environnement, ce que confirme la jurisprudence des organes de règlement des différends compétents. Certains tribunaux chargés du règlement de différends relatifs aux investissements ont souligné que les traités d'investissement ne sauraient être lus et interprétés indépendamment des règles du droit international public[943].

9) Il en va de même en droit de la mer. Étant donné l'étroite interaction physique entre l'atmosphère et les océans, la protection de l'atmosphère est intrinsèquement liée à la question des océans et, donc, au droit de la mer. Aux termes du préambule de l'Accord de Paris, « il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans ».

An Integrative Perspective on Transboundary Issues (Tokyo, Sophia University Press, 2011), p. 1 à 127 ; et S. Murase, « Conflict of international regimes: trade and the environment », ibid., p. 130 à 166.

939 Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, par. 6. Dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, adoptée en 2005, il est réaffirmé que « le mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha […] vis[ait] à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement » (adoptée le 18 décembre 2005 à la sixième session de la Conférence ministérielle, tenue à Hong Kong (Chine), WT/MIN(05)/DEC, par. 31).

940 OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 19. Voir aussi S. Murase, « Unilateral measures and the WTO dispute settlement » (concernant l'affaire de l'*Essence*), dans *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S. C. Tay et D. C. Esty (dir. publ.) (Singapour, Times Academic Press, 1996), p. 137 à 144.

941 Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique (Washington, United States Government Printing Office, 1993). Voir, en particulier, les articles 104, par. 1, et 1114.

942 Il existe divers modèles de traités d'investissement bilatéraux, notamment : le modèle établi par le Canada en 2004, à consulter à l'adresse https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf ; le modèle établi par la Colombie en 2007, à consulter à l'adresse http://www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf ; le modèle établi par les États-Unis en 2012, à consulter à l'adresse http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf ; le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable, établi par l'Institut international du développement durable (IIDD) en 2005, dans H. Mann *et al.*, *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable* (IIDD) (2e éd.) (Winnipeg, 2005), art. 34, à consulter à l'adresse www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf. Voir aussi Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable* (2015), p. 91 à 121, à consulter à l'adresse http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf [en anglais seulement] ; P. Muchlinski, « Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives », dans *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang et M. Krajewski (dir. publ.) (Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 41 à 64.

943 *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, CIRDI, affaire no ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 78.

Le lien qui unit l'atmosphère et les océans est également reconnu dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer[944], dont le paragraphe 1 4) de l'article premier définit l'expression « pollution du milieu marin » de telle manière qu'elle recouvre l'introduction dans le milieu marin de toutes substances ou énergie polluantes aéroportées, y compris la pollution atmosphérique provenant de sources telluriques et de navires[945], et la partie XII contient des dispositions détaillées sur la protection et la préservation du milieu marin, en particulier les articles 192, 194, 207, 211 et 212. Plusieurs conventions régionales traitent aussi de la pollution marine d'origine tellurique[946]. Dans le cadre de l'action qu'elle mène pour étoffer la Convention[947] et lutter contre les changements climatiques[948], l'OMI s'est efforcée d'établir des règles relatives à la pollution par les navires. La bonne application des règles pertinentes du droit de la mer pourrait contribuer à la protection de l'atmosphère, de même que la bonne application des règles relatives à la protection de l'environnement pourrait contribuer à la protection des océans.

10) Du point de vue du droit international des droits de l'homme, la dégradation de l'environnement, y compris la pollution de l'air, les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone, « peut potentiellement affecter la réalisation des droits de l'homme »[949]. L'existence d'un lien entre les droits de l'homme et l'environnement, notamment l'atmosphère, est admise dans la pratique. La Déclaration de Stockholm prévoit

---

944 Jusqu'à l'adoption de la Convention, le seul véritable instrument international de référence était le Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, nº 6964, p. 43).

945 M. H. Nordquist *et al.* (dir. publ.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 41 et 42.

946 Par exemple, la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Nations Unies, *Recueil des Traités*, nº 42279, p. 67, à la page 71, art. 1, par. e)) ; la Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique (Helsinki, 9 avril 1992, ibid., vol. 1507, nº 25986, p. 166, à la page 169, art. 2, par. 2) ; le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre (ibid., vol. 1328, nº 22281, p. 105, à la page 121, art. 4, par. 1 b)) ; le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique (Quito, 22 juillet 1983, ibid., vol. 1648, nº 28327, p. 73, à la page 90, art. II c)) ; et le Protocole sur la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique relatif à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (Koweït, 21 février 1990, ibid., vol. 2399, nº 17898, p. 3, à la page 40, art. III).

947 À la cinquante-huitième session du Comité de la protection du milieu marin, en 2008, l'OMI a ainsi adopté l'annexe VI modifiée de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (ibid., vol. 1340, nº 22484, p. 61), qui porte notamment sur les émissions de SO_x et de NO_x. La Convention est à présent assortie de six annexes : l'annexe I, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les hydrocarbures (entrée en vigueur le 2 octobre 1983) ; l'annexe II, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances liquides nocives transportées en vrac (entrée en vigueur le 6 avril 1987) ; l'annexe III, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis, ou dans des conteneurs, des citernes mobiles, des camions-citernes ou des wagons-citernes (entrée en vigueur le 1er juillet 1992) ; l'annexe IV, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les eaux usées des navires (entrée en vigueur le 27 septembre 2003) ; l'annexe V, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires (entrée en vigueur le 31 décembre 1988) ; et l'annexe VI, sur les règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires (entrée en vigueur le 19 mai 2005).

948 S. Karim, Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization (Dordrecht, Springer, 2015), p. 107 à 126 ; S. Karim et S. Alam, « Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal », Asian Journal of International Law, vol. 1 (2011), p. 131 à 148 ; Y. Shi, « Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? », Marine Pollution Bulletin, vol. 113 (2016), p. 187 à 192 ; J. Harrison, « Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping » (2012), faculté de droit de l'Université d'Édimbourg, rapport de recherche nº 2012/12, p. 20. À consulter à l'adresse https://ssrn.com/abstract=2037038 (consulté le 7 juillet 2017).

949 « Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement », rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (A/HRC/19/34), par. 15. Voir aussi la résolution 19/10 du Conseil des droits de l'homme, du 19 avril 2012, sur les droits de l'homme et l'environnement.

en son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être »[950]. La Déclaration de Rio de 1992 dispose, également en son principe 1, que « [l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable » et « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature »[951]. En outre, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance établit que la pollution atmosphérique a « une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme » et dispose que les parties sont déterminées à « protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique » d'une certaine magnitude[952]. En ce qui concerne la dégradation atmosphérique, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose que les parties sont tenues de prendre des mesures appropriées pour « protéger la santé humaine »[953] conformément aux dispositions de la Convention et des protocoles auxquelles elles sont parties. Dans le même ordre d'idées, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques traite des effets néfastes des changements climatiques, parmi lesquels les effets nocifs significatifs que ces changements ont « sur la santé et le bien-être de l'homme »[954].

11) Sont pertinents à cet égard les droits de l'homme que sont le droit à la vie[955], le droit au respect de la vie privée et familiale[956] et le droit à la propriété[957]. Lorsqu'un droit particulier lié à l'environnement est consacré par une convention relative aux droits de l'homme, par exemple le droit à la santé, les tribunaux et organes conventionnels compétents le font respecter. Si l'on veut que le droit international des droits de l'homme contribue à la protection de l'atmosphère, il faut toutefois que certaines exigences de base soient respectées[958]. Premièrement, étant donné que le droit international des droits de l'homme est un système juridique qui repose sur la réparation des préjudices causés aux personnes[959], il faut établir un lien direct entre la pollution ou la dégradation atmosphériques et la violation d'un droit protégé. Deuxièmement, les effets néfastes de la pollution ou la dégradation atmosphériques ne relèvent du droit international des droits de l'homme que lorsqu'ils atteignent un seuil donné. Ce seuil est relatif et dépend du contenu du droit invoqué et de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, telles que l'intensité et la durée de la nuisance et ses effets physiques ou mentaux. Troisièmement, et surtout, il

950 Voir L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment » (*supra*, note 825), aux pages 451 à 455.

951 F. Francioni, « Principle 1: human beings and the environment », dans *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J. E. Viñuales (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 93 à 106, aux pages 97 et 98.

952 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, nº 21623, p. 217, à la page 226, art. 1 et 2.

953 Ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293, à la page 326, art. 2.

954 Art. 1.

955 Art. 6 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 171) ; art. 6 de la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (New York, 20 décembre 1989, ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3) ; art. 10 de la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées (New York, 20 décembre 2006, ibid., vol. 2515, nº 44910, p. 3) ; art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (Rome, 4 novembre 1950, ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221 (ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme ») ; art. 4 de la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969, ibid., vol. 1144, nº 14668, p. 171) ; et art. 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (Nairobi, 27 juin 1981, ibid., vol. 1520, nº 26363, p. 217).

956 Art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 11, par. 2, de la Convention américaine des droits de l'homme.

957 Art. 1 du Protocole nº 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221) ; art. 21 de la Convention américaine des droits de l'homme ; et art. 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir D. Shelton, « Human rights and the environment: substantive rights », dans *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), p. 267 à 283, aux pages 267 et 269 à 278.

958 P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015), p. 320 à 329.

959 Ibid., p. 308 et 309.

faut établir un lien de cause à effet entre, d'une part, l'action ou l'omission de l'État, et, d'autre part, la pollution ou dégradation atmosphérique.

12) L'un des problèmes qui se posent en ce qui concerne la relation entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère et les règles du droit international des droits de l'homme est que les unes et les autres n'ont pas le même champ d'application. Si les règles de droit international relatives à l'atmosphère s'appliquent non seulement à l'État sur le territoire duquel se trouvent les victimes, mais aussi à l'État qui est à l'origine du préjudice, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État[960]. Partant, la situation dans laquelle une activité nocive pour l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes situées dans un autre État soulève la question de l'interprétation de la notion de « compétence » dans le contexte des obligations relatives aux droits de l'homme. Aux fins de l'interprétation et de l'application de cette notion, on pourrait vouloir tenir compte de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit au sujet de la compétence extraterritoriale : « [S]i la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions »[961].

13) On voudra peut-être prendre en considération la pertinence du principe de la non-discrimination. Certains auteurs soutiennent qu'il n'est pas raisonnable de penser que le droit international des droits de l'homme ne couvre pas la pollution atmosphérique et la dégradation de l'environnement à l'échelle mondiale et que la loi ne protège que les victimes de pollution intrafrontières. Selon eux, le principe de la non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale comme si elles survenaient sur son territoire[962]. De surcroît, dans la mesure où les normes relatives aux droits de l'homme pertinentes sont aujourd'hui reconnues comme des règles établies ou émergentes du droit international coutumier[963], elles pourraient être considérées comme venant recouper les normes environnementales relatives à la protection de l'atmosphère, notamment celles qui se rapportent à la diligence requise (projet de directive 3), à l'évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4), à l'utilisation durable de l'atmosphère (projet de directive 5), à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère (projet de directive 6) et à la coopération internationale (projet de directive 8), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer ces deux corpus de manière harmonieuse.

14) À la différence du paragraphe 1, qui porte sur la détermination, l'interprétation et l'application des règles existantes, le paragraphe 2 concerne l'élaboration de nouvelles règles par les États. Ce paragraphe traduit une volonté générale d'encourager les États qui mènent des négociations aux fins de l'adoption de nouvelles règles à tenir compte du fait que les règles du droit international relatif à l'atmosphère et les autres règles de droit

960 Art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 1 de la Convention américaine des droits de l'homme. Voir A. Boyle, « Human rights and the environment: where next? », *European Journal of International Law*, vol. 23, (2012), p. 613 à 642, aux pages 633 à 641.

961 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109.

962 Boyle, « Human rights and the environment … » (voir *supra*, note 960), p. 639 et 640.

963 B. Simma et P. Alston, « Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), p. 82 à 108 ; V. Dimitrijevic, « Customary law as an instrument for the protection of human rights », document de travail n° 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), p. 3 à 30 ; B. Simma, « Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change ? », dans *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland *et al.* (dir. publ.) (Leyde, Martinus Nijhoff, 2014), p. 711 à 737 ; et H. Thirlway, « International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues », *Leyde Journal of International Law*, vol. 28 (2015), p. 495 à 506.

international sont liées les unes aux autres en ce qu'elles font partie d'un seul et même système juridique.

15) Le paragraphe 3 est consacré aux personnes placées dans une situation de vulnérabilité du fait de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Il a été formulé pour faire expressément mention de ces deux fléaux. La référence aux paragraphes 1 et 2 renvoie tant à la « détermination, l'interprétation et l'application » des règles applicables qu'à « l'élaboration » de nouvelles règles. Le membre de phrase « devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques » souligne l'importance qu'il convient d'accorder à la situation de ces personnes et groupes au regard des deux aspects du présent sujet, à savoir la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Il n'a pas été jugé utile de faire référence aux « droits de l'homme », ni même à des « droits » ou des « intérêts légitimes ».

16) La deuxième phrase du paragraphe 3 donne des exemples de groupes susceptibles de se trouver en situation de vulnérabilité face à la pollution et à la dégradation atmosphériques. L'Organisation mondiale de la Santé a estimé que toutes les populations seraient concernées par les changements climatiques mais que, dans un premier temps, les risques sanitaires entraînés par ces changements varieraient sensiblement selon les régions et le mode de vie, et que les populations des régions côtières, notamment des petits États insulaires en développement, et celles des mégapoles et des régions montagneuses et polaires étaient particulièrement vulnérables, pour des raisons différentes[964]. La lutte contre la pollution atmosphérique figure parmi les objectifs de développement durable adoptés par l'Assemblée générale dans le cadre du Programme de développement durable à l'horizon 2030, les cibles 3.9 et 11.6 consistant en particulier à réduire nettement le nombre de décès et de maladies dus à cette pollution et à accorder une attention particulière à la qualité de l'air dans les villes[965].

17) Les termes « figurent, *inter alia* » employés dans la deuxième phrase du paragraphe 3 indiquent que les exemples donnés ne constituent pas nécessairement une liste exhaustive. Ainsi qu'il ressort du rapport issu du Sommet mondial des peuples autochtones sur les changements climatiques, les peuples autochtones sont les plus vulnérables aux changements climatiques car ils vivent dans les régions les plus touchées par ces changements et sont en général tout particulièrement désavantagés sur le plan socioéconomique[966]. Les populations des pays les moins développés sont elles aussi particulièrement à risque en ce qu'elles vivent souvent dans la pauvreté extrême, sans accès aux infrastructures de base et à une protection médicale et sociale adéquate[967]. Quant aux populations des zones de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer, elles sont exposées au risque de diminution de

[964] Organisation mondiale de la Santé, Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People (Genève, 2009), p. 2.

[965] Voir B. Lode, P. Schönberger et P. Toussaint, « Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), p. 27 à 38. Voir aussi les indicateurs correspondant à ces cibles définis en 2016 (3.9.1 : taux de mortalité attribuable à la pollution de l'air dans les habitations et à la pollution de l'air ambiant ; et 11.6.2 : niveau moyen annuel de particules fines dans les villes, pondéré en fonction du nombre d'habitants).

[966] Rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur le changement climatique tenu à Anchorage (Alaska) du 20 au 24 avril 2009, p. 12, à consulter à l'adresse http://www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27 (consulté le 7 juillet 2017). Voir R. L. Barsh, « Indigenous peoples », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (*supra*, note 821) (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 829 à 852 ; B. Kingsbury, « Indigenous peoples », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, p. 116 à 133 ; et H. A. Strydom, « Environment and indigenous peoples », (dir. publ.) dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, p. 455 à 461.

[967] Plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques, 7 avril 2016, par. 104, à consulter à l'adresse http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf (consulté le 7 juillet 2017).

la surface terrestre, qui pourrait entraîner leur déplacement, voire, dans certains cas, leur migration forcée. Dans le droit fil du préambule de l'Accord de Paris, on considérera comme particulièrement vulnérables non seulement les groupes expressément mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9, mais aussi les populations locales, les migrants, les femmes, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées, lesquelles sont souvent gravement touchées par la pollution et la dégradation atmosphériques[968].

Directive 10
Mise en œuvre

1. La mise en œuvre en droit interne des obligations en vertu du droit international sur la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, y compris celles énoncées dans le présent projet de directives, peut s'accomplir par les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies.

2. Les États devraient s'efforcer de donner effet aux recommandations formulées dans le présent projet de directives.

Commentaire

1) Le projet de directive 10 porte sur la mise en œuvre en droit interne des obligations de droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Le contrôle du respect des engagements au niveau international est traité dans le projet de directive 11. Dans le présent projet de directive, le terme « mise en œuvre » désigne les mesures que les États sont susceptibles d'adopter pour donner effet aux dispositions conventionnelles au niveau national, y compris dans leur droit interne[969].

2) Le projet de directive 10 est composé de deux paragraphes, qui concernent respectivement les obligations existantes au regard du droit international et les recommandations figurant dans le projet de directives.

3) Les projets de directive renvoient aux obligations pertinentes relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique qui incombent aux États en vertu du droit international, à savoir l'obligation de protéger l'atmosphère (projet de directive 3), l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4) et l'obligation de coopérer (projet de directive 8)[970]. Ces obligations s'imposant aux États, il est clairement nécessaire qu'elles soient fidèlement mises en œuvre.

---

968 Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a tenu un débat sur « les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique hommes-femmes », voir www.ohchr.org/FR/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (consulté le 7 juillet 2017). Ce sont généralement les femmes et les enfants, ainsi que les personnes âgées et les personnes handicapées, qui sont considérés comme des personnes vulnérables. Voir Organisation mondiale de la Santé, *Protecting Health from Climate Change* … (*supra*, note 964) et le plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques (*supra*, note 967). La Convention interaméricaine de 2015 sur la protection des droits de l'homme des personnes âgées (*Assemblée générale de l'Organisation des États américains, quarante-cinquième session ordinaire, Actes*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), p. 11 à 38) dispose, en son article 25 (droit à un environnement sain) que « [l]es personnes âgées ont le droit de vivre dans un environnement sain et d'avoir accès aux services publics de base. À cette fin, les États parties adoptent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, notamment : a) pour favoriser l'épanouissement des personnes âgées au maximum de leur potentiel, en harmonie avec la nature ; b) pour assurer l'accès des personnes âgées, dans des conditions d'égalité avec les autres personnes, aux services publics de base en matière d'eau potable et d'assainissement, entre autres ». [Traduction non officielle.]

969 Voir, de manière générale, P. Sands et J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2012), p. 135 à 183 ; E. Brown Weiss et H. K. Jacobson (dir. publ.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), voir « A framework for analysis », p. 1 à 18, à la page 4.

970 Même l'obligation de coopérer suppose parfois une mise en œuvre en droit interne. Selon le paragraphe 2 du projet de directive 8, « [c]ette coopération pourra prendre la forme d'un échange

4) L'expression « mise en œuvre en droit interne » renvoie aux mesures que les parties sont susceptibles de prendre pour donner effet à des accords internationaux au niveau national, conformément à la constitution et au système juridique de chaque État[971]. La mise en œuvre en droit interne peut s'accomplir par différentes voies, y compris par « les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies ». La forme verbale « peut » reflète le caractère discrétionnaire de cette disposition. La « voie administrative » est mentionnée de préférence à la « voie exécutive », parce qu'elle est de plus large portée. Elle recouvre également la possibilité d'une mise en œuvre à des niveaux inférieurs de l'administration de l'État. L'expression « d'autres voies » désigne une catégorie résiduelle englobant toutes les autres voies de mise en œuvre en droit interne. L'expression « mise en œuvre en droit interne » s'applique aussi aux obligations faites à des organisations régionales telles que l'Union européenne[972].

5) Le terme « obligations » employé au paragraphe 1 ne renvoie pas à de nouvelles obligations des États mais plutôt aux obligations existantes des États en droit international. C'est pourquoi le membre de phrase « y compris [les obligations] énoncées dans le présent projet de directives » a été retenu, l'expression « énoncées dans » visant à souligner que le projet de directives, en tant que tel, ne crée pas de nouvelles obligations et ne rend pas compte de manière exhaustive des différents aspects du sujet.

6) La référence aux « recommandations formulées dans le présent projet de directives », au paragraphe 2, vise à distinguer lesdites recommandations des obligations visées au paragraphe 1. Le terme « recommandations »a été jugé approprié en ce qu'il serait cohérent avec le libellé des projets de directive, dans lequel l'auxiliaire « should » (devrait/devraient/il convient de) est utilisé[973]. Ce choix est sans préjudice de tout contenu normatif qu'ont les projets de directive en droit international. Le paragraphe 2 dispose que les États devraient s'efforcer de donner effet aux recommandations formulées dans le projet de directives.

7) La Commission a décidé de ne pas introduire un projet de directive sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ce que proposait initialement le Rapporteur spécial[974]. Il a été généralement considéré que la Commission avait déjà traité la question des règles secondaires de la responsabilité, avec l'adoption, en 2001, du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[975]. Ces articles étaient également applicables aux obligations environnementales, y compris à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

8) De plus, même si les États ont parfois recours à l'application extraterritoriale du droit interne, dans la mesure où elle peut être autorisée en droit international[976], la

d'informations et d'un suivi conjoint », ce qui nécessite généralement une législation nationale d'application.

971 C. Redgwell, « National implementation », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (*supra*, note 821), p. 925.

972 Voir L. Krämer, « Regional economic integration organizations: the European Union as an example », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al*. (*supra*, note 821), p. 853 à 876 (sur la mise en œuvre, p. 868 à 870).

973 Voir, par exemple, les projets de directive 5, 6, 7, 9 et 12 (par. 2).

974 Voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), par. 31.

975 Pour le texte des articles adoptés par la Commission et des commentaires y relatifs, voir *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

976 Parmi les précédents concernant l'application extraterritoriale du droit interne, on peut citer : a) les affaires *Thon-Dauphin* dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (L'« application extrajuridictionnelle » de la loi des États-Unis sur la protection des mammifères marins ne relève pas des exceptions visées à l'article XX de l'Accord général, rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R-39S/155, 3 septembre 1991 (affaire Thon-Dauphin I, rapport non adopté), par. 5.27 à 5.29 ; Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, rapport du Groupe spécial, *États-Unis − Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin1994 (affaire Thon-Dauphin II, rapport non adopté), par. 5.32 ; b) l'affaire *Essence* dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (Sur l'application extraterritoriale de la loi des États-Unis relative à la lutte contre la pollution atmosphérique, OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 22 avril 1996 ; d) l'arrêt de la Cour de justice européenne, *Air Transport*

Commission n'a pas jugé nécessaire d'aborder la question aux fins du présent projet de directives[977]. Elle a considéré que l'application extraterritoriale du droit interne par un État soulevait un grand nombre de questions complexes, qui avaient de sérieuses conséquences pour les autres États et leurs relations entre eux.

Directive 11
Contrôle du respect

1. Les États sont tenus de respecter leurs obligations en vertu du droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique de bonne foi, y compris par le respect des règles et procédures prévues dans les accords pertinents auxquels ils sont parties.

2. Pour assurer la conformité, des procédures de facilitation ou d'exécution peuvent être utilisées, selon qu'il convient, conformément aux accords pertinents :

a) Les procédures de facilitation peuvent notamment consister à fournir une assistance aux États défaillants, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que ces États s'acquittent de leurs obligations en vertu du droit international, compte tenu de leurs capacités et de leurs circonstances particulières ;

b) Les procédures d'exécution peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que leur confèrent les accords pertinents, ainsi qu'à imposer d'autres formes de mesures d'exécution.

Commentaire

1) Le projet de directive 11, qui complète le projet de directive 10 sur la mise en œuvre en droit interne, porte sur le contrôle du respect des engagements qui est institué au niveau du droit international. L'expression « contrôle du respect » n'est pas employée de manière nécessairement uniforme dans les instruments internationaux ou chez les auteurs. Dans le présent projet de directive, elle renvoie à des dispositifs ou des procédures institués *au niveau du droit international* pour vérifier que les États respectent bien les obligations conventionnelles ou d'autres règles de droit international. Le paragraphe 1 reflète, en particulier, le principe *pacta sunt servanda*. L'emploi de l'expression « obligations en vertu du droit international » relatives à la protection de l'atmosphère a pour but d'harmoniser le libellé du paragraphe 1 avec la formulation adoptée dans l'ensemble du projet de directives. Il a été considéré que le caractère général de l'expression « obligations en vertu du droit international » rendait en outre mieux compte du fait que les règles conventionnelles qui donnent naissance à des obligations peuvent, dans certains cas, lier uniquement les parties aux accords pertinents, tandis que d'autres règles peuvent refléter le droit international coutumier ou conduire à la cristallisation de règles de droit international coutumier, ce qui engendre des effets juridiques pour des États non parties. L'emploi de l'expression « accords pertinents » auxquels les États sont parties vise à éviter de limiter la portée de la disposition aux accords multilatéraux relatifs à l'environnement, car de telles obligations peuvent résulter d'autres instruments[978]. De par son caractère général, le paragraphe 1 fait fonction d'introduction du paragraphe 2.

Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate, 21 décembre 2011 (Sur l'application extraterritoriale de la directive 2008/101/CE relative aux activités aériennes dans l'Union européenne) ; d) la loi singapourienne de 2014 sur la pollution transfrontière par le smog, qui prévoit une compétence extraterritoriale fondée sur le « principe territorial objectif » (Parlement singapourien, *Official Reports*, nº 12, Session 2, 4 août 2014, par. 5 et 6). Voir Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues » (*supra*, note 938), aux pages 349 à 372.

977 Voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), par. 31.

978 Dans le cadre de cette prise en compte de la pratique des États seraient inclus par exemple les accords commerciaux multilatéraux, régionaux ou autres qui peuvent comprendre des dispositions relatives à la protection de l'environnement, y compris des dispositions prévoyant des exceptions, comme l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, ou même ce que l'on appelle

2) Le paragraphe 2 traite des procédures de facilitation ou d'exécution pouvant être utilisées par les dispositifs de contrôle[979]. Le membre de phrase placé au début du chapeau, « [p]our assurer la conformité », met l'accent de manière positive sur la finalité, et reprend la formulation employée dans les accords en vigueur régissant les dispositifs de contrôle. La tournure « peuvent être utilisées, selon qu'il convient » met l'accent sur la diversité des situations et des contextes dans lesquels des procédures de facilitation ou d'exécution pourraient être engagées pour contribuer à favoriser le respect des obligations. La conjonction disjonctive « ou » montre que les procédures de facilitation et les procédures d'exécution doivent être considérées comme deux options distinctes par l'organe compétent créé en vertu de l'accord en question. L'expression « conformément aux accords pertinents », placée à la fin du chapeau, vise à souligner que les procédures de facilitation ou d'exécution sont celles prévues par les accords auxquels les États sont parties, et que ces procédures seront engagées conformément aux accords en vigueur.

3) Outre son chapeau, le paragraphe 2 comprend deux alinéas a) et b). Dans ces deux alinéas, la forme verbale « peuvent » a été placée avant « notamment consister à » afin de donner aux États et à l'organe conventionnel compétent une marge d'appréciation pour engager les procédures de facilitation ou d'exécution existantes.

4) L'alinéa a) emploie l'expression « États défaillants »[980] et renvoie à « ces États », évitant ainsi la tournure « États manquant à leurs obligations ». Les procédures de facilitation peuvent consister notamment à « aider » les États, car certains États peuvent être disposés à se conformer à leurs obligations sans en avoir les capacités. Les mesures de facilitation sont donc mises en œuvre de manière transparente, non accusatoire et non punitive afin que les États en question soient aidés à s'acquitter de leurs obligations au titre du droit international[981]. La dernière partie de la phrase, « compte tenu de leurs capacités et de leurs circonstances particulières », a été jugée nécessaire compte tenu des problèmes particuliers auxquels les pays en développement et les pays les moins avancés se heurtent

---

des « accords environnementaux annexes », comme l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement.

979 De nombreux accords environnementaux multilatéraux relatifs à la protection de l'atmosphère prévoient des procédures applicables en cas de non-respect de leurs dispositions, notamment : a) la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et ses protocoles ultérieurs (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, nº 21623, p. 217) : voir E. Milano, « Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Conventions and its Protocols », dans *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T. Treves *et al.* (dir. publ.), (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009), p. 169 à 180 ; b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, nº 26369, p. 3, et UNEP/OzL.Pro.4/15) ; F. Lesniewska, « Filling the holes: the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms », dans *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.), (*supra*, note 957), p. 471 à 489 ; c) la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière ; d) le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et la décision 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3) ; J. Brunnée, « Climate change and compliance and enforcement processes », dans R. Rayfuse et S. V. Scott (dir. publ.), *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), p. 290 à 320 ; e) l'Accord de Paris conclu au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (FCCC/CP/2015/10/Add.1, annexe ; D. Bodansky, « The Paris Climate Change Agreement: a new hope? » *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, p. 288 à 319.

980 L'expression est inspirée de l'article 8 du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, qui emploie l'expression « Parties contrevenantes » (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, nº 26369, p. 48).

981 M. Koskenniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 123 à 162 ; D. G. Victor, « The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure », dans Victor, K. Raustiala et E. B. Skolnikoff (dir. publ.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments*: *Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), p. 137 à 176 ; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haye, Kluwer International, 2001), p. 178 et 179 ; Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (*supra*, note 958), p. 285 et suiv.

souvent dans l'exécution de leurs obligations en matière de protection de l'environnement. Ces problèmes tiennent surtout à un manque général de capacités, qui peut parfois être atténué par un appui extérieur les aidant à se doter des capacités nécessaires pour mieux s'acquitter de leurs obligations au regard du droit international.

5) L'alinéa b) traite des procédures d'exécution, qui peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que confèrent aux parties les accords pertinents, ainsi qu'à imposer d'autres formes de mesures d'exécution[982]. Contrairement aux procédures de facilitation, les procédures d'exécution visent à assurer le respect des obligations en sanctionnant l'État défaillant. À la fin de la phrase, le terme « mesures d'exécution » a été préféré à celui de « sanctions » afin d'éviter la connotation négative que pourrait avoir le terme « sanctions ». Les procédures d'exécution visées à l'alinéa b) devraient être distinguées de toute invocation de la responsabilité internationale des États, et devraient donc avoir pour seul objectif de ramener les États défaillants à une situation de respect de leurs obligations, conformément aux accords pertinents auxquels ils sont parties, visés dans le chapeau[983].

Directive 12
Règlement des différends

1. Les différends entre États relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique doivent être réglés par des moyens pacifiques.

2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, il convient d'envisager le recours aux experts techniques et scientifiques.

Commentaire

1) Le projet de directive 12 porte sur le règlement des différends. Son paragraphe 1 énonce l'obligation générale faite aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques. L'expression « entre États » permet de préciser que les différends visés dans ce paragraphe ont un caractère interétatique. Le paragraphe ne fait pas référence au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, mais l'intention n'est aucunement de minimiser l'importance des divers moyens de règlement pacifique des différends énumérés dans cet article, comme la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire et le recours à d'autres moyens pacifiques qui peuvent avoir la préférence des États concernés, ni l'importance du principe du choix des moyens de règlement[984]. Le paragraphe 1 ne vise pas à interférer avec les dispositions relatives au règlement des différends existant dans certains régimes conventionnels, qui conservent leurs modalités propres de fonctionnement, ni à s'y substituer. L'objectif principal de ce paragraphe est de réaffirmer le principe du règlement pacifique des différends[985] et de servir de base au paragraphe 2.

[982] G. Ulfstein et J. Werksman, « The Kyoto compliance system: towards hard enforcement », dans O. Schram Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir. publ.), *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (Londres, Earthscan, 2005), p. 39 à 62 ; S. Urbinati, « Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change », dans *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Treves *et al.* (voir *supra*, note 979,), p. 63 à 84 ; S. Murase, « International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT model », dans *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Murase (*supra*, note 938), p. 173 et 174.

[983] G. Loibl, « Compliance procedures and mechanisms » dans *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.) (voir *supra*, note 957), p. 426 à 449, aux pages 437 à 439.

[984] C. Tomuschat, « Article 33 », dans *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2e éd., vol. 1, B. Simma (dir. publ.) (Munich, Verlag C.H. Beck, 2002), p. 583 à 594.

[985] N. Klein, « Settlement of international environmental law disputes », dans *Research Handbook of International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.) (*supra*, note 957),

2) Il est reconnu dans la première partie de la phrase composant le paragraphe 2 que les différends liés à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique peuvent présenter une « grande complexité factuelle » et une « dimension scientifique marquée ». Si l'on a mis l'accent sur les contributions de la science au développement progressif du droit international relatif à la protection de l'atmosphère[986], on a également pu constater ces dernières années une complexification des questions scientifiques et techniques soulevées lors du règlement des différends internationaux. Ainsi, les juridictions internationales ont été de plus en plus amenées à connaître d'affaires supposant l'examen d'éléments de preuve d'une nature hautement technique et scientifique[987]. Partant, il est souvent nécessaire, comme en témoigne l'expérience acquise dans le domaine des différends interétatiques relatifs à l'environnement, de disposer de connaissances spécialisées pour pouvoir replacer l'objet du litige dans son contexte ou en saisir pleinement la portée.

3) L'attitude des États et de la Cour internationale de Justice, qui a sensiblement changé dans des affaires récentes relatives au droit international de l'environnement soulevant des questions éminemment scientifiques, révèle, directement ou indirectement, les caractéristiques propres au règlement des différends relatifs à la protection de l'atmosphère[988]. C'est pourquoi, comme le souligne le paragraphe 2, il « convient d'envisager » le recours aux experts techniques et scientifiques[989]. Ce paragraphe a

p. 379 à 400 ; C. P. R. Romano, « International dispute settlement », dans *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (*supra*, note 821), aux pages 1039 à 1042.

986 Voir S. Murase, « Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere », dans *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, J. Crawford *et al.* (dir. publ.) (Leyde, Brill Nijhoff, 2017), p. 41 à 52.

987 Voir le discours prononcé le 28 octobre 2016 par le Président de la Cour internationale de Justice, Ronny Abraham, devant la Sixième Commission (sur les affaires relatives au droit international de l'environnement devant la Cour) (à consulter à l'adresse http://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/19280.pdf) ; et celui prononcé par le Président Tomka, « The ICJ in the service of peace and justice − words of welcome by President Tomka », le 27 septembre 2013 (à consulter à l'adresse http://www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf). Voir aussi E. Valencia-Ospina, « Evidence before the International Court of Justice », *International Law FORUM du droit international*, vol. 1 (1999), p. 202 à 207 ; A. Riddell, « Scientific evidence in the International Court of Justice − problems and possibilities », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), p. 229 à 258 ; B. Simma, « The International Court of Justice and scientific expertise », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106 (2012), p. 230 à 233 ; A. Riddell et B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009), chap. 9.

988 Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) (voir *supra*, note 881) et celle des *Usines de pâte à papier* (2010) (voir *supra*, note 877), les parties ont suivi la méthode classique de présentation des preuves en faisant appel à des conseils-experts, qui étaient des scientifiques et non des avocats. Leurs conclusions scientifiques ont été considérées comme les moyens des parties, mais cette méthode a soulevé la critique des juges comme de certains commentateurs. Ainsi, dans l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides* (retirée du rôle en 2013) (*Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie), ordonnance du 13 septembre 2013, C.I.J. Recueil 2013*, p. 278), celle de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (2014) (*Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226) et celle de la *Construction d'une route* (2015) (voir *supra*, note 887), les parties ont désigné des experts indépendants qui, dans les deux derniers cas, ont été contre-interrogés, ce qui a donné à leur déposition davantage de poids qu'à celle de conseils-experts. La Cour n'a désigné ses propres experts sur le fondement de l'article 50 de son Statut dans aucune de ces affaires. Ce n'est que dans l'affaire de la *Délimitation maritime*, qui ne relève toutefois pas en soi du droit de l'environnement, qu'elle a eu recours à cette pratique (*Délimitation maritime dans la Mer des Caraïbes et l'Océan pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt (fond), 2 février 2018, à consulter à l'adresse http://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-FR.pdf).

989 Voir D. Peat, « The use of court-appointed experts by the International Court of Justice », *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), p. 271 à 303 ; J. G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016) ; C. E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), p. 77 à 135 ; Special edition on courts and tribunals and the treatment of scientific issues, *Journal of International Dispute Settlement*,

essentiellement pour objet de mettre l'accent sur le recours aux experts techniques et scientifiques dans le règlement des différends interétatiques, qu'il s'agisse d'un règlement judiciaire ou d'autres modes de règlement[990].

4) Dans le contexte des procédures judiciaires ou arbitrales de règlement des différends relatifs à la protection de l'atmosphère, les principes of *jura novit curia* (le juge connaît le droit) et *non ultra petita* (ne pas accorder plus que ce qui est demandé) peuvent trouver à s'appliquer, car la relation entre droit et fait est une question d'importance en matière de preuves scientifiques[991]. La Commission a toutefois décidé de s'en tenir à une formulation simple et de ne pas traiter ces questions dans le corps des projets de directive.

vol. 3 (2012) ; C. Tams, « Article 50 » et « Article 51 », dans *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1287 à 1311 ; C. E. Foster, « New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), p. 139 à 173 ; J. E. Viñuales, « Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), p. 437 à 504, aux pages 476 à 480 ; G. Gaja, « Assessing expert evidence in the ICJ », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), p. 409 à 418.

990 Il faut rappeler que les modes judiciaires et non judiciaires de règlement des différends sont étroitement liés. Lorsque le différend porte sur l'environnement et en particulier sur la protection de l'atmosphère, même au stade des négociations initiales, les États doivent souvent disposer de preuves scientifiques solides pour étayer leurs prétentions. Autrement dit, la négociation n'est jamais très loin du règlement juridique.

991 La frontière entre le « fait » et le « droit » est souvent floue (M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 42 à 49. Les questions scientifiques sont décrites par certains commentateurs comme « des questions mélangées de droit et de fait » (par exemple, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 58, qu'il est difficile de ranger dans l'une ou l'autre catégorie. Le juge Yusuf a estimé dans la déclaration qu'il a faite dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* que les experts avaient pour rôle d'élucider les faits et de vérifier la validité scientifique des méthodes utilisées pour établir certains faits ou recueillir des données, tandis qu'il appartenait à la Cour d'évaluer la force probante des faits (*Usines de pâte à papier* (voir *supra*, note 877), Déclaration du juge Yusuf, par. 10). Voir aussi Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (*supra*, note 989), p. 145 à 147. En s'appuyant sur la règle *jura novit curia*, la Cour peut en principe appliquer toute règle de droit aux faits et peut en théorie apprécier les éléments de preuve et tirer les conclusions qui lui paraissent appropriées (dès lors qu'elle se conforme à la règle *non ultra petita*). Ce sont là des questions juridiques. Compte tenu de sa fonction judiciaire et en application de la règle *jura novit curia*, la Cour doit suffisamment comprendre le sens de chaque fait technique. Voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), par. 104.

Chapitre VII
Application à titre provisoire des traités

A. Introduction

79. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Application à titre provisoire des traités » et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour ce sujet[992]. Dans sa résolution 67/92 en date du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

80. Entre 2013 et 2016[993], le Rapporteur spécial a soumis quatre rapports que la Commission a examinés à ses soixante-cinquième à soixante-huitième sessions (2013-2016). Trois études du secrétariat ont également été soumises à la Commission, à ses soixante-cinquième (2013), soixante-septième (2015) et soixante-neuvième (2017) sessions[994].

81. À sa soixante-huitième session (2016), sur la base des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans ses troisième et quatrième rapports, la Commission a pris note des projets de directives 1 à 4 et 6 à 9, tels que provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Faute de temps, il a été décidé d'examiner les projets de directives 5 et 10 à la session suivante.

82. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1 à 4 et 6 à 9, qu'il avait adoptés provisoirement en 2016, afin de disposer d'un ensemble consolidé de projets. La Commission a ensuite adopté provisoirement les projets de directives 1 à 11, tels que présentés par le Comité de rédaction à la même session, accompagnés des commentaires y relatifs.

B. Examen du sujet à la présente session

83. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/718) et un additif à ce rapport contenant une bibliographie sur le sujet (A/CN.4/718/Add.1). Dans son cinquième rapport, le Rapporteur a analysé les observations formulées par les États et les organisations internationales sur les 11 projets de directive adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-neuvième session, fourni des renseignements complémentaires sur la pratique des organisations internationales et proposé deux nouveaux projets de directives, 5 *bis* et 8 *bis*, portant respectivement sur les réserves et sur la cessation ou suspension de l'application à titre provisoire, ainsi que huit projets de clause type[995]. La Commission était également saisie de la troisième étude du secrétariat (A/CN.4/707), dans laquelle est passée en revue la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives.

84. De sa 3402e à sa 3406e séances, ainsi qu'à sa 3409e séance, tenues du 14 au 18 mai et le 22 mai 2018, la Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial et la troisième étude du secrétariat. À sa 3409e séance, le 22 mai 2018, elle a décidé de renvoyer les projets de directives 5 *bis* et 8 *bis* et les huit projets de clause type au Comité de rédaction, et a chargé celui-ci d'achever la première lecture de l'ensemble du projet de

[992] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément no 10* (A/67/10), par. 267.

[993] A/CN.4/664 (premier rapport), A/CN.4/675 (deuxième rapport), A/CN.4/687 (troisième rapport), et A/CN.4/699 et Add.1 (quatrième rapport).

[994] A/CN.4/658, A/CN.4/676 et A/CN.4/707. L'examen du document A/CN.4/707 a été reporté à la présente session.

[995] Pour le texte des projets de clause type proposés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/718), voir *infra*, note 996.

directives, y compris les projets adoptés provisoirement à la soixante-neuvième session (2017), en tenant compte des commentaires et observations des gouvernements ainsi que du débat tenu en séance plénière sur le rapport du Rapporteur spécial.

85. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.910) à sa 3415e séance, le 31 mai 2018, et adopté les projets de directives 6 [7], 7 [5 *bis*], 9, 10, 11 et 12. Elle a ensuite procédé à l'adoption en première lecture de l'ensemble du projet de directives sur l'application à titre provisoire des traités, qui forme un projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités (voir *infra*, sect. C.1). Elle a en outre pris note de la recommandation du Comité de rédaction préconisant de mentionner dans le commentaire la possibilité d'inclure, lors de la seconde lecture, un ensemble de projets de clause type[996] sur la base d'une proposition révisée qui serait présentée en temps utile par le Rapporteur spécial et qui tiendrait compte des commentaires et des suggestions formulés tant au cours du débat en séance plénière qu'au sein du Comité de rédaction.

86. À ses 3435e, 3437e, 3440e et 3441e séances, les 24, 27 et 31 juillet et le 2 août 2018, la Commission a adopté les commentaires se rapportant aux projets de directives susmentionnés (voir *infra*, sect. C.2).

87. À sa 3441e séance, le 2 août 2018, la Commission a en outre exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Juan Manuel Gómez Robledo, pour sa remarquable

[996] Le texte des projets de clause type proposés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/718), sans les notes de bas de page, est libellé comme suit :

A. Modalités temporelles de l'application provisoire d'un traité

1. Début

Projet de clause type 1

Les États [Les organisations internationales] négociateurs[trices] [contractant[e]s] conviennent d'appliquer à titre provisoire le présent traité à compter de la date de sa signature (ou à une échéance ultérieure dont ils conviennent).

Projet de clause type 2

Les États [Les organisations internationales] négociateurs[trices] [contractant[e]s] conviennent d'appliquer à titre provisoire le présent traité à compter de... [date].

Projet de clause type 3

Les États [Les organisations internationales] négociateurs[trices] [contractant[e]s] conviennent d'appliquer à titre provisoire le présent traité [les articles [...] du présent traité], à l'exception des États [organisations internationales] qui ont informé le dépositaire par écrit, au moment de la signature, qu'ils ne consentent pas à l'application provisoire.

Projet de clause type 4

L'application provisoire du présent traité débute à la date à laquelle l'État [l'organisation internationale] la notifie aux autres États [organisations internationales] concerné[e]s ou soumet au dépositaire une déclaration à cet effet.

2. Cessation

Projet de clause type 5

L'application provisoire du présent traité prend fin au moment de l'entrée en vigueur du traité pour l'État [l'organisation internationale] concerné[e].

Projet de clause type 6

L'application provisoire du présent traité prend fin pour un État [une organisation internationale] si celui-ci [celle-ci] notifie aux autres États [organisations internationales] (ou au dépositaire) son intention de ne pas devenir partie au traité.

B. Portée de l'application provisoire

1. Le traité dans sa totalité

Projet de clause type 7

Tout État [Toute organisation internationale] ayant déclaré aux autres États [organisations internationales] (ou au dépositaire) qu'il [elle] appliquerait à titre provisoire le présent traité s'engage à en respecter l'ensemble des dispositions, selon les modalités convenues avec les États [organisations internationales] concerné[e]s.

2. Une partie du traité seulement

Projet de clause type 8

Tout État [Toute organisation internationale] ayant signalé aux autres États [organisations internationales] (ou au dépositaire) qu'il [elle] appliquerait à titre provisoire les articles [...] du présent traité s'engage à respecter les dispositions de ces articles selon les modalités convenues avec les États [organisations internationales] concerné[e]s.

contribution aux travaux sur le sujet, qui lui a permis de mener à bien sa première lecture du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités.

88. À sa 3441e séance, le 2 août 2018, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, de transmettre le projet de directives (voir *infra*, sect. C) par l'entremise du Secrétaire général aux gouvernements et aux organisations internationales pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général au plus tard le 15 décembre 2019.

C. Texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités, adopté par la Commission en première lecture

1. Texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités

89. Le texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités adopté par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

Guide de l'application à titre provisoire des traités

Directive 1
Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités.

Directive 2
Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

Directive 3
Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

Directive 4
Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

a) D'un traité distinct ; ou

b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

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

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Directive 6
Effet juridique de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

Directive 7
Réserves

1. Conformément aux règles pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, appliquées *mutatis mutandis*, un État, au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, peut formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions de ce traité.

2. Conformément aux règles pertinentes du droit international, une organisation internationale, au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, peut formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions de ce traité.

Directive 8
Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

Directive 9
Extinction et suspension de l'application à titre provisoire

1. L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend fin avec l'entrée en vigueur de ce traité dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés.

2. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement, son intention de ne pas devenir partie au traité.

3. Le présent projet de directive est sans préjudice de l'application, *mutatis mutandis*, des règles pertinentes exposées dans la partie V, section 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou d'autres règles pertinentes du droit international concernant l'extinction et la suspension.

Directive 10
Droit interne des États et règles des organisations internationales, et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Directive 11
Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Directive 12
Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États et des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation.

2. Texte du Guide de l'application à titre provisoire des traités et des commentaires y relatifs

90. Le texte du projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités adopté par la Commission en première lecture, ainsi que des commentaires y relatifs, est reproduit ci-après.

Guide de l'application à titre provisoire des traités

Commentaire général

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de directive doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) L'objet du Guide de l'application à titre provisoire des traités est de fournir une aide aux États, aux organisations internationales et aux autres utilisateurs en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités. Les États, les organisations internationales et les autres utilisateurs peuvent rencontrer des difficultés concernant, notamment, la forme de l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, la prise d'effet et l'extinction de l'application à titre provisoire et l'effet juridique de celle-ci. Le Guide de l'application à titre provisoire des traités vise à les orienter vers des réponses qui sont conformes aux règles en vigueur sont les plus adaptées à la pratique contemporaine.

3) L'application à titre provisoire est un mécanisme dont disposent les États et les organisations internationales pour donner un effet immédiat à tout ou partie des dispositions d'un traité, avant l'accomplissement des modalités internes et internationales nécessaires à l'entrée en vigueur de celui-ci[997]. L'application à titre provisoire peut notamment être

[997] Voir D. Mathy, « Article 25 », dans *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, O. Corten et P. Klein (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 640 ; et A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leyde, Brill, 2012). Cette notion a été définie comme étant l'application des termes d'un traité et le consentement à y être lié dans l'attente de l'entrée en vigueur dudit traité (R. Lefeber, « Treaties, provisional application », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum

pratique lorsque le traité porte sur une question présentant un certain degré d'urgence ou lorsque les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation cherchent à instaurer la confiance dans l'attente de l'entrée en vigueur[998], entre autres objectifs[999]. D'une manière plus générale, elle vise à préparer ou à faciliter l'entrée en vigueur du traité. Il faut toutefois souligner que l'application à titre provisoire est un mécanisme volontaire, auquel les États et les organisations internationales sont libres de recourir ou non, et qui peut être soumis à des limites découlant du droit interne des États et des règles des organisations internationales.

4) Sans être juridiquement contraignants en tant que tels, les projets de directive s'appuient sur des règles de droit international existantes compte tenu de la pratique contemporaine. Ils sont essentiellement basés sur l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »)[1000] et l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après « Convention de Vienne de 1986 »)[1001], qu'ils tendent à préciser, et sur la pratique des États et des organisations internationales en la matière, sans préjudice des autres règles de droit international.

5) Il est bien entendu impossible d'apporter une réponse à toutes les questions qui peuvent se poser dans la pratique et de couvrir la multitude de situations que peuvent rencontrer les États et les organisations internationales. Une approche générale ne pose toutefois pas problème car il s'agit, dans les présents projets de directive, de reconnaître la souplesse inhérente à l'application à titre provisoire des traités[1002] et d'éviter toute tentation d'être excessivement prescriptif. Étant donné la nature foncièrement volontaire de l'application à titre provisoire, laquelle reste toujours facultative, le Guide reconnaît que les États et les organisations internationales peuvent exclure d'un commun accord les solutions visées dans certains projets de directive.

(dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1) ou comme une procédure simplifiée permettant d'obtenir l'application d'un traité ou d'une partie d'un traité pour une durée limitée (M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leyde et Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 354).

998 Voir H. Krieger, « Article 25 », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Heidelberg et New York, Springer, 2012), p. 408.

999 Voir A/CN.4/664, par. 25 à 35.

1000 L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 se lit comme suit :

> Application à titre provisoire
>
> 1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :
>
> a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou
>
> b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.
>
> 2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.
>
> (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331, aux pages 338 et 339).

1001 L'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 se lit comme suit :

> Application à titre provisoire
>
> 1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :
>
> a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou
>
> b) Si les États et les organisations ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.
>
> 2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux États et aux organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.
>
> (A/CONF.129/15 (pas encore entré en vigueur)).

1002 Voir A/CN.4/664, par. 28 à 30.

6) Le Guide devrait aussi permettre d'harmoniser l'emploi des termes et ainsi d'éviter la confusion. Le recours fréquent à certaines expressions, telles qu'« entrée en vigueur provisoire », par opposition à « entrée en vigueur définitive », a donné lieu à une certaine confusion en ce qui concerne la portée et l'effet juridique de la notion d'application à titre provisoire des traités[1003]. En outre, dans bien des cas, les traités ne contiennent pas le qualificatif « provisoire » et parlent plutôt d'application « temporaire » ou « intérimaire »[1004]. C'est pourquoi l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, même s'il constitue le fondement juridique du sujet[1005], a été critiqué pour son manque de clarté[1006] et de précision juridique[1007]. Les présents projets de directive visent à apporter des éclaircissements à cet égard.

7) En vue d'aider les États et les organisations internationales dans leur pratique de l'application à titre provisoire, le Guide devrait en principe contenir aussi des projets de clause type, qui figureraient en annexe[1008]. Ces projets de clause type refléteraient les meilleures pratiques en matière d'application à titre provisoire des traités bilatéraux et multilatéraux. Ils ne visent aucunement à remettre en question la nature volontaire et la souplesse de l'application à titre provisoire des traités, ni ne prétendent couvrir l'ensemble des situations susceptibles de survenir.

Directive 1
Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités.

Commentaire

1) Le projet de directive 1 traite du champ d'application des projets de directive. Il convient de lire cette disposition en parallèle avec le projet de directive 2, qui en énonce l'objet.

2) Les termes « portent sur » ont été jugés plus appropriés pour un texte destiné à fournir des orientations aux États et aux organisations internationales que d'autres formulations, comme « s'appliquent à », plus souvent utilisée dans des textes établissant des règles applicables aux États et aux autres sujets de droit international.

1003 À cet égard, il peut être fait référence à l'analyse figurant dans *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 1975-2010* (Abuja, Ministère des affaires étrangères du Nigéria, 2011), recueil de 59 traités conclus sous les auspices de la Communauté. Il ressort de cette analyse que seuls 11 de ces 59 traités ne prévoient pas l'application provisoire (voir A/CN.4/699, par. 168 à 174).

1004 Voir le paragraphe 33 de la lettre de la République fédérative de Yougoslavie dans l'Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérative de Yougoslavie sur le statut du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République fédérative de Yougoslavie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2042, nº 35283, p. 23, et *Nations Unies, Annuaire juridique 1998* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.5), à la page 136) ; l'article 15 de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Bélarus et le Gouvernement de l'Irlande relatif aux conditions de récupération de citoyens mineurs de la République du Bélarus en Irlande (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2679, nº 47597, p. 65, à la page 79) ; et l'article 16 de l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD (ibid., vol. 2794, nº 49154, p. 67). Voir les études du secrétariat sur les origines de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (A/CN.4/658 et A/CN.4/676) et l'étude du secrétariat sur la pratique des États et des organisations internationales en ce qui concerne les traités prévoyant leur application provisoire (A/CN.4/707).

1005 Voir Mertsch, *Provisionally Applied Treaties…* (voir *supra*, note 997,), p. 22.

1006 Voir A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Éd. A. Pedone, 2005), p. 111.

1007 Voir M. A. Rogoff et B. E. Gauditz, « The provisional application of international agreements », dans *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), p. 41.

1008 Pour le texte des projets de clause type proposés par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport, voir *supra*, note 996. Faute de temps, la Commission n'a pas été en mesure d'achever son examen des projets de clause type. Elle prévoit donc de le reprendre à sa soixante et onzième session, afin que les États et les organisations internationales puissent prendre connaissance de l'annexe contenant les projets de clause type avant la seconde lecture de ces projets, prévue à la soixante-douzième session.

3) La Commission a décidé de ne pas employer de formulation limitant aux États le champ d'application *ratione personae* des projets de directive. Ceux-ci s'appliquent également aux organisations internationales, comme l'indique clairement la référence conjointe à l'« État ou l'organisation internationale » et aux « États ou organisations internationales » dans les projets de directives 5 à 7et 9à 12[1009]. Cela cadre avec le fait que l'application provisoire des traités est envisagée à la fois à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986.

Directive 2
Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 2 porte sur l'objet des projets de directive, suivant la pratique de la Commission qui consiste à inclure une telle disposition dans les textes qu'elle élabore afin d'en clarifier l'objet. Dans le cas présent, les projets de directive sont destinés à fournir des orientations aux États et aux organisations internationales en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités.

2) Le projet de directive 2 vise à mettre l'accent sur le fait que les directives sont basées sur la Convention de Vienne de 1969 et sur d'autres règles de droit international, et notamment sur la Convention de Vienne de 1986. La formule « ou d'autres règles pertinentes du droit international » vise avant tout à étendre le champ d'application de cette disposition à l'application à titre provisoire des traités par des organisations internationales. Elle renvoie au fait que la Convention de Vienne de 1986 n'est pas encore entrée en vigueur et que, partant, elle ne devrait pas être mentionnée de la même manière que son pendant de 1969.

3) Le projet de directive 2 vient établir le principe sur lequel repose l'ensemble des projets de directives, à savoir que l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne reflète pas nécessairement tous les aspects de la pratique contemporaine en ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités. Cela est exprimé par le fait que sont mentionnés à la fois « le droit et la pratique » relatifs à l'application à titre provisoire des traités, ainsi que par la référence à d'« autres règles de droit international », qui reflète l'idée, partagée au sein de la Commission, selon laquelle d'autres règles de droit international, comme celles du droit international coutumier, peuvent également s'appliquer à l'application à titre provisoire des traités.

4) Dans le même temps, sans nier qu'il puisse exister d'autres règles et pratiques concernant l'application à titre provisoire des traités, les projets de directive attestent l'importance fondamentale de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. L'emploi des termes « sur la base de » et la référence expresse à l'article 25 sont destinés à souligner que cet article est le point de départ des projets de directive, même s'il doit être complété par d'autres règles de droit international pour donner une vue d'ensemble du droit applicable à l'application à titre provisoire des traités.

Directive 3
Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

[1009] La question du rôle que pourrait jouer une organisation internationale ou une conférence internationale dans un accord relatif à l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est traitée dans le projet de directive 4.

Commentaire

1) Le projet de directive 3 énonce la règle générale en matière d'application à titre provisoire des traités. Dans ce projet de directive, la Commission a délibérément cherché à suivre le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, afin de souligner que l'article 25 est le point de départ des projets de directive. Cela s'entend sous réserve de l'idée, exprimée dans le paragraphe 3) du commentaire du projet de directive 2, selon laquelle les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne reflètent pas nécessairement tous les aspects de la pratique contemporaine en matière d'application à titre provisoire des traités.

2) Le premier membre de phrase confirme qu'il est de manière générale possible qu'un traité ou une partie d'un traité soit appliqué à titre provisoire. Si la formulation suit celle de la phrase introductive du paragraphe 1 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, le terme « peut » y est néanmoins employé, afin de souligner le caractère facultatif de l'application à titre provisoire.

3) La Commission s'est également attachée à trouver la meilleure manière de renvoyer, dans le texte, aux États ou organisations internationales pouvant appliquer un traité à titre provisoire et aux États ou organisations internationales dont l'accord est requis aux fins de l'application à titre provisoire, et en conséquence, a retenu une formulation plus générale. À la différence de l'article 25, dont l'alinéa b) du paragraphe 1 fait référence à un accord sur l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité entre les « États ayant participé à la négociation » ou « les États et les organisations ayant participé à la négociation », le projet de directive 3 ne précise pas quels États ou organisations internationales peuvent appliquer un traité à titre provisoire. Lorsqu'elle a examiné l'opportunité d'aligner le texte du projet de directive sur celui de l'article 25 en restreignant l'applicabilité de la règle générale à un groupe d'États ou d'organisations internationales particulier, la Commission a estimé qu'il ressortait de la pratique contemporaine qu'un traité pouvait être appliqué à titre provisoire par des États ou des organisations internationales n'ayant pas participé à sa négociation. La question de savoir si l'emploi de l'expression « États ayant participé à la négociation » qui figure au paragraphe 1 b) de l'article 25 empêcherait des États ou des organisations internationales n'ayant pas participé à la négociation de conclure un accord sur l'application à titre provisoire ne pouvait pas être clairement tranchée sur la base des traités multilatéraux pris en considération[1010]. En outre, il a semblé moins utile d'établir une distinction entre différents groupes d'États ou d'organisations internationales du point de vue de leur relation au traité dans le contexte des traités bilatéraux, qui constituent la grande majorité des traités appliqués à titre provisoire. La pratique pertinente a toutefois été déterminée à la lumière de certains accords sur des produits de base qui ne sont jamais entrés en vigueur mais dont l'application à titre provisoire a été prorogée au-delà de leur date d'extinction[1011]. Dans le cas de ces accords, la prorogation a été interprétée comme s'appliquant également aux États ayant adhéré à l'accord, ce qui montre que ces États étaient considérés comme ayant également appliqué l'accord à titre provisoire.

4) La distinction établie entre l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité et l'application à titre provisoire d'une « partie » d'un traité trouve son origine dans l'article 25. Dans les travaux qu'elle a consacrés au droit des traités, la Commission a

[1010] Voir A/CN.4/707, par. 37.

[1011] Voir, par exemple, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1955, nº 33484, p. 81), qui a été prorogé plusieurs fois en vertu de l'article 46 de l'Accord et auquel quelques États (Guatemala, Mexique, Nigéria et Pologne) ont adhéré dans l'intervalle. Voir aussi le cas du Monténégro vis-à-vis du Protocole nº 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (ibid., vol. 2677, nº 2889, p. 3, à la page 34). Le Monténégro, qui a accédé à l'indépendance en 2006 et n'était donc pas un État ayant participé à la négociation, a succédé audit traité et a eu le choix d'appliquer à titre provisoire certaines de ses dispositions conformément à l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur). Pour les déclarations par lesquelles l'Albanie, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse ont accepté l'application provisoire, voir ibid., p. 30 à 37.

expressément envisagé la possibilité de l'application à titre provisoire d'une partie seulement d'un traité. Au paragraphe 2 du projet d'article 22 du projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, la Commission a établi que la « même règle » qui s'appliquait à ce qu'elle appelait alors « entrée en vigueur à titre provisoire » s'appliquait à une « partie d'un traité »[1012]. Dans le commentaire correspondant, elle a dit ce qui suit : « Non moins fréquente de nos jours est la pratique consistant à mettre en vigueur provisoirement une partie seulement d'un traité pour faire face aux besoins immédiats de la situation »[1013]. La possibilité d'appliquer à titre provisoire une partie seulement d'un traité permet de surcroît de surmonter les difficultés que posent certains types de dispositions, telles que les clauses opérationnelles établissant des mécanismes de surveillance des traités, qui peuvent moins bien se prêter à une application à titre provisoire. L'application d'une partie d'un traité à titre provisoire a donc été envisagée dans la formule « l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité », utilisée dans l'ensemble des projets de directive[1014].

5) Le deuxième membre de phrase, « en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernées », est basé sur la phrase introductive de l'article 25. La Commission a examiné l'ambiguïté que pouvait créer la référence à l'« entrée en vigueur ». Si l'expression peut désigner l'entrée en vigueur d'un traité en soi[1015], il est arrivé que l'application à titre provisoire se poursuive pour certains États ou certaines organisations internationales après que le traité était entré en vigueur en soi, mais pas encore pour lesdits États ou organisations internationales, par exemple dans le cas de traités multilatéraux[1016]. L'expression « entrée en vigueur » dans le projet de directive 3 doit donc être interprétée à la lumière de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Ce projet de directive traite à la fois de l'entrée en vigueur du traité en soi et de l'entrée en vigueur pour chaque État ou organisation internationale concerné. En employant d'emblée la formule « en attendant son entrée en vigueur », il souligne également que l'application à titre provisoire joue un rôle dans la préparation ou la facilitation de l'entrée en vigueur, même si elle peut aussi viser d'autres objectifs.

6) Les troisième et quatrième membres de phrase (« lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière ») reflètent les deux cas de figure dans lesquels l'application à titre provisoire est possible selon les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 25. La possibilité d'appliquer un traité à titre provisoire

---

1012 *Annuaire … 1966*, vol. II, par. 38.

1013 Par. 3) du commentaire du projet d'article 22, ibid.

1014 On trouve un exemple d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans le contexte des traités bilatéraux dans l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Principauté de Monaco sur le paiement des prestations sociales néerlandaises à Monaco (*Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 2205, nº 39160, p. 541, à la page 546, art. 13, par. 2) ; et on peut citer, comme exemples de traités bilatéraux excluant expressément une partie d'un traité de l'application à titre provisoire, l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération des autorités policières et des administrations douanières dans la région frontalière (ibid., vol. 2170, nº 38115, p. 573, à la page 594) et l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie (ibid., vol. 2306, nº 41129, p. 439). En ce qui concerne les traités multilatéraux, on trouve des exemples d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans les instruments suivants : la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (ibid., vol. 2056, nº 35597, p. 211, à la page 254) ; la Convention sur les armes à sous-munitions (ibid., vol. 2688, nº 47713, p. 39, à la page 140) ; le Traité sur le commerce des armes (A/CONF.217/2013/L.3, art. 23) ; le Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (à consulter à l'adresse http://www.osce.org/fr/library/14100). De même, le Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas (ibid., vol. 2259, nº 40269, p. 597) indique expressément quelles dispositions du Traité révisé ne doivent pas être appliquées à titre provisoire, et l'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique (ibid., vol. 2592, nº 46151, p. 225) donne un exemple d'application provisoire d'une partie du traité qui s'applique uniquement à l'égard d'une des parties à l'Accord.

1015 Comme dans le cas de l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (ibid., vol. 1836, nº 31364, p. 67) et de l'Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur.

1016 Par exemple, le Traité sur le commerce des armes.

sur la base d'une de ses dispositions étant bien établie[1017], la formulation du troisième membre de phrase est calquée sur celle des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

7) Une formule modifiée, plus générale, a été adoptée pour prévoir l'autre cas de figure, à savoir l'application à titre provisoire sur la base d'un accord distinct. Contrairement aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986, le projet de directive ne fait pas expressément référence à un groupe particulier d'États ou d'organisations internationales, l'objectif étant de tenir compte de la pratique contemporaine, dans laquelle il existe des cas d'application à titre provisoire, convenue soit par certains seulement des États ayant participé à la négociation, soit par des États qui n'ont pas participé à la négociation, mais qui, ultérieurement, ont adhéré au traité ou l'ont signé. En outre, le projet de directive envisage la possibilité qu'un État tiers ou une organisation internationale tierce sans lien aucun avec le traité applique celui-ci à titre provisoire après en avoir convenu d'une autre manière avec un ou plusieurs États ou organisations internationales concernés. Cela explique que le projet de directive 3 soit formulé de manière plus neutre et à la voix passive, en des termes qui reprennent simplement la règle fondamentale.

8) Le projet de directive 3 doit être lu en parallèle avec le projet de directive 4, qui apporte des précisions sur l'application à titre provisoire au moyen d'un accord distinct en expliquant le sens des termes « convenu d'une autre manière ».

Directive 4
Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

a) D'un traité distinct ; ou

b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, ou une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 traite des formes d'accords au moyen desquels l'application à titre provisoire d'un traité ou une partie d'un traité peut être convenue, outre le cas dans lequel le traité en question en dispose ainsi. Sa structure suit celle de l'article 25 des

[1017] Parmi les traités bilatéraux prévoyant une telle disposition, on peut citer à titre d'exemples : l'Accord entre la Communauté européenne et la République du Paraguay sur certains aspects des services aériens (*Journal officiel de l'Union européenne* L 122, 11 mai 2007), art. 9 ; l'Accord entre la République argentine et la République du Suriname relatif à l'exemption de visa pour les titulaires de passeports ordinaires (Nations Unies, *Recueil des Traités* [vol. à paraître], nº 51407), art. 8 ; le Traité entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté du Liechtenstein (ibid., vol. 2761, nº 48680, p. 23), art. 5 ; l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre sur le transfert et la gestion des déchets (ibid. [vol. à paraître], nº 50313), art. 13 ; l'Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la République slovaque en matière d'entraide dans la lutte contre la criminalité organisée (ibid., vol. 2098, nº 36475, p. 341), art. 14, par. 2 ; et l'Accord portant création de l'Association de la Russie et de la Biélorussie (ibid., vol. 2120, nº 36926, p. 595), art. 19. On peut citer comme exemples parmi les traités multilatéraux : l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, art. 7 ; l'Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save concernant le régime de la navigation (ibid., vol. 2367, nº 42662, p. 697), art. 3, par. 5 ; l'Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie (ibid., vol. 2265, nº 40358, p. 5, à la page 15), art. 18, par. 7, et son Protocole concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation (ibid., p. 41), art. 4, par. 8 ; les Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise (ibid., vol. 2233, nº 39756, p. 207), art. 21 ; et la Convention portant création de la Fondation « Karanta » pour l'appui aux politiques d'éducation non formelle et comportant en annexe les Statuts de la Fondation (ibid., vol. 2341, nº 41941, p. 3), art. 8 et 49, respectivement.

Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui envisage d'abord l'application à titre provisoire expressément autorisée par le traité, et ensuite l'application à titre provisoire décidée par un autre moyen, c'est-à-dire lorsque les États ou les organisations internationales conviennent « d'une autre manière », ce qui se produit généralement lorsque le traité est muet sur ce point.

2) Comme il a été indiqué précédemment, le projet de directive 4 explique le membre de phrase « il en a été ainsi convenu d'une autre manière » figurant à la fin du projet de directive 3, qui est repris du paragraphe 1 b) de l'article 25. Cela ressort de la formule introductive, « [o]utre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi », qui fait écho aux termes « lorsque le traité lui-même en dispose ainsi » employés dans le projet de directive 3, également repris de l'article 25. Deux méthodes supplémentaires permettant de convenir de l'application d'un traité à titre provisoire sont énoncées dans les alinéas.

3) L'alinéa a) envisage la possibilité de convenir d'une application à titre provisoire au moyen d'un traité distinct du traité appliqué à titre provisoire[1018].

4) L'alinéa b) pose que l'application à titre provisoire peut être convenue non seulement par un traité distinct, mais aussi par « tout autre moyen ou arrangement », ce qui élargit l'éventail des moyens par lesquels il peut être convenu de l'application d'un traité à titre provisoire. La Commission a estimé qu'ajouter cette référence permettait de confirmer la souplesse qui caractérise l'application à titre provisoire[1019]. Dans un souci de clarté, deux exemples des « moyen[s] ou arrangement[s] » envisagés sont donnés, à savoir les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale, et les déclarations d'un État ou d'une organisation internationale qui sont acceptées par les autres États et organisations internationales concernés[1020].

[1018] Parmi les exemples de traités bilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer l'Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application provisoire entre les Pays-Bas et l'Allemagne (ibid. [vol. à paraître], nº 49430) et l'Amendement à l'Accord relatif aux services aériens entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar (*ibid.*, vol. 2265, nº 40360, p. 507, à la page 515). Les Pays-Bas ont conclu un certain nombre de traités de ce type. Parmi les exemples de traités multilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer le Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (ibid. [vol. à paraître], nº 51181), le Protocole d'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas et l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole nº 14 dans l'attente de son entrée en vigueur).

[1019] Dans la pratique, certains traités ont été enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies comme ayant été appliqués à titre provisoire, mais sans indication quant aux moyens ou arrangements employés pour convenir de l'application provisoire. Entre autres exemples de tels traités, on peut citer : l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis d'Amérique relatif au statut du personnel des États-Unis dans la partie caribéenne du Royaume (ibid., [vol. à paraître], nº 51578) ; l'Accord de coopération entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République azerbaïdjanaise en vue de combattre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, de substances psychotropes et ses précurseurs et le crime organisé (ibid., vol. 2461, nº 44230, p. 205) ; l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif à la création du Bureau sous-régional pour l'Asie du Nord et l'Asie centrale de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies (ibid., vol. 2761, nº 48688, p. 352). Voir R. Lefeber, « The provisional application of treaties », dans *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers et R. Lefeber (dir. publ.) (La Haye, Martinus Nijhoff, 1998), p. 81.

[1020] Il ne s'agit pas d'accords conclus relativement à des traités auxquels l'organisation internationale est elle-même partie, mais d'accords conclus entre États à l'occasion de réunions ou de conférences tenues sous les auspices de l'organisation internationale. Plusieurs exemples peuvent être cités. Premièrement, les amendements apportés à la Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT) et son accord d'exploitation (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1143, nº 17948, p. 105). Voir D. Sagar, « Provisional application in an international organization », *Journal of Space Law*, vol. 27(1999), p. 99 à 116. Deuxièmement, les cas dans lesquels les organes compétents d'organisations internationales ont appliqué à titre provisoire des amendements à l'instrument constitutif de l'organisation concernée sans que celui-ci ne prévoit expressément cette possibilité, comme l'ont fait le Congrès de l'Union postale universelle, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et l'Union

5) Même si cette pratique reste exceptionnelle[1021], la Commission a jugé utile de mentionner qu'un État ou une organisation internationale pouvait faire une déclaration aux fins de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité dans les cas où le traité est muet sur l'application à titre provisoire ou celle-ci n'est pas convenue par un autre moyen. La déclaration doit toutefois être acceptée de manière vérifiable par les autres

internationale des télécommunications. Voir Sagar, « Provisional application in an international organization », p. 104 à 106. Troisièmement, l'amendement adopté en 2012 par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, nº 30822, p. 162), au cours de laquelle le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des Parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto, constatant que l'entrée en vigueur des amendements au Protocole de Kyoto pouvait interrompre le fonctionnement du mécanisme pour un développement propre, a recommandé que ces amendements soient appliqués à titre provisoire. Voir « Considérations juridiques relatives à un hiatus éventuel entre la première période d'engagement et les périodes d'engagement suivantes » (FCCC/KP/AWG/2010/10), par. 18. Quatrièmement, l'amendement apporté à l'article 14 des Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (Nations Unies, *Recueil des Traités* [volume à paraître], nº 14403). Parmi les exemples d'accords que les gouvernements ont la possibilité de faire entrer en vigueur à titre provisoire en application d'une décision collective, on peut citer : a) l'Accord international sur l'huile d'olive et les olives de table (ibid., vol. 2684, nº 47662, p. 63) ; b) l'Accord international sur les bois tropicaux ; c) l'Accord international de 1993 sur le cacao (ibid., vol. 1766, nº 30692, p. 3) ; d) l'Accord international de 2010 sur le cacao (ibid., vol. 2871, nº 50115, p. 3). On citera également la création de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, dont deux sources universitaires estiment qu'elle a participé d'une application provisoire du traité en ce qu'elle a été décidée par une résolution de la Réunion des États signataires (CTBT/MSS/RES/1) du 19 novembre 1996. Bien que la possibilité de prévoir l'application provisoire du traité ait été rejetée au cours des négociations préalables à l'adoption du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, que le Traité ne prévoie pas expressément pareille application, et qu'aucun traité distinct n'ait été conclu pour la permettre, ces sources sont d'avis qu'étant donné que les décisions de la Commission préparatoire visaient à faire appliquer les dispositions principales du Traité avant l'entrée en vigueur de celui-ci, la résolution adoptée par la Réunion des États signataires peut être interprétée, sur la base du paragraphe 1 b) de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, comme une preuve que l'application provisoire a été convenue par un autre moyen ou implicitement prévue. Voir A. Michie, « The provisional application of arms control treaties », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10 (2005), p. 347 à 377, aux pages 369 et 370. Voir aussi Y. Fukui, « CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, p. 183 à 200, aux pages 197 à 199. Une autre source, dont les travaux ont été publiés sous les auspices de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement et sont préfacés par le Secrétaire exécutif de la Commission préparatoire, soutient au contraire que le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires n'est pas actuellement appliqué à titre provisoire. Voir R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), p. 227 à 231.

[1021] Dans certains cas, le traité ne prescrit pas aux États négociateurs et signataires de l'appliquer à titre provisoire, ménageant à chacun la faculté de décider de le faire ou non, et ce, à tout moment à compter de son adoption, y compris après son entrée en vigueur. La volonté de tel ou tel État d'être lié par les obligations découlant du traité peut alors s'exprimer par une déclaration unilatérale. On peut citer pour exemple l'application à titre provisoire, par la République arabe syrienne, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (*Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1974, nº 33757). Quand la République arabe syrienne a déclaré unilatéralement qu'elle appliquerait ladite convention à titre provisoire, le Directeur général de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) a répondu à la Syrie, en toute impartialité, que sa « demande » d'application provisoire serait communiquée aux États parties par l'entremise du Dépositaire. Bien que la Convention ne prévoie pas l'application provisoire, qui n'a pas été envisagée lors des négociations, ni les États parties ni l'organisation ne se sont opposés à ce que la République arabe syrienne ne donne suite à sa déclaration unilatérale (voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/675), par. 35 c), et le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/687, par. 120). On trouvera dans le Protocole sur l'application provisoire de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet un autre exemple de l'expression du consentement à être lié par l'application à titre provisoire d'une partie d'un traité au moyen d'une déclaration unilatérale, mais qui est expressément prévue dans un accord parallèle au traité (voir www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf).

États ou organisations internationales concernés ; la seule absence d'objection ne suffit pas. Le plus souvent, dans la pratique, l'acceptation est exprimée par écrit. Le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit exprimée. La Commission a évité d'employer le terme « unilatérale » après « déclaration » afin d'éviter toute confusion entre les règles présidant à l'application à titre provisoire des traités et le régime juridique régissant les actes unilatéraux des États.

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

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Commentaire

1) Le projet de directive 5 traite de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Il est inspiré du paragraphe 1 de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, relatif à l'entrée en vigueur des traités.

2) Le premier membre de phrase reflète la décision de faire porter le projet de directives sur l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité ou d'une partie d'un traité.

3) Le deuxième membre de phrase comporte deux éléments. Les termes « en attendant l'entrée en vigueur du traité » reprennent ceux employés dans le projet de directive 3, l'« entrée en vigueur » désignant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou les organisations internationales concernés. Ainsi qu'il ressort du commentaire du projet de directive 3, ces considérations sont surtout pertinentes dans le contexte de l'application à titre provisoire de traités multilatéraux. La Commission a décidé de retenir l'expression générale « entrée en vigueur », comme il est déjà mentionné dans le commentaire du projet de directive 3[1022].

4) Le second élément est la référence faite à la fois aux États et aux organisations internationales. Celle-ci reflète le point de vue la Commission, exposé au paragraphe 3) du commentaire du projet de directive 1, selon lequel le projet de directives devrait aussi couvrir les traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. La référence à l'entrée en vigueur du traité « entre » les États ou les organisations internationales est formulée en termes généraux afin qu'elle puisse s'appliquer aux divers cas de figure possibles, notamment à l'application à titre provisoire entre un État ou une organisation internationale pour qui le traité est entré en vigueur et un autre État ou une autre organisation internationale pour qui le traité n'est pas encore entré en vigueur.

5) Le membre de phrase « prend effet […] à la date et suivant les conditions et les modalités fixées » définit la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Inspiré du libellé de l'article 68 de la Convention de Vienne de 1969, dans lequel sont employés les termes « pris effet », il confirme que la disposition porte sur l'effet juridique du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui décide de l'appliquer à titre provisoire. Afin d'alléger le texte, la Commission a décidé de ne pas faire expressément référence aux différents modes d'expression du consentement à être lié par un traité.

6) Le dernier membre de phrase, « fixées par le traité ou autrement convenues », établit que l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est fondé sur une disposition du traité appliqué à titre provisoire, sur un traité distinct de quelque type que ce soit, ou sur tout autre moyen ou arrangement prévoyant l'application à titre provisoire, et est soumis aux conditions et modalités fixées dans ces instruments.

[1022] Voir *supra*, le paragraphe 5) du commentaire du projet de directive 3.

Directive 6
Effet juridique de l'application à titre provisoire

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

Commentaire

1) Le projet de directive 6 traite de l'effet juridique de l'application à titre provisoire. Deux types d'« effet juridique » peuvent être envisagés : l'effet juridique de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité, et l'effet juridique du traité ou de la partie du traité qui sont appliqués à titre provisoire.

2) Le projet de directive commence par poser que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés. En d'autres termes, un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire sont considérés comme contraignants pour les parties qui les appliquent à titre provisoire à compter de la date de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Cet effet juridique découle de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité par les États ou les organisations internationales concernés, qui peut prendre l'une des formes définies au projet de directive 4. Lorsque, comme c'est souvent le cas, cet accord est muet quant à l'effet juridique de l'application à titre provisoire, le projet de directive prévoit que l'application à titre provisoire emporte l'obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur[1023].

3) Ce principe général est nuancé par le dernier membre de phrase, « à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », qui établit que la règle de base découle du traité ou d'un autre accord, lesquels peuvent prévoir différentes conséquences juridiques. Cette idée, à savoir l'existence d'une présomption selon laquelle il est créé une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité comme s'il était en vigueur, à moins que les parties n'en conviennent autrement, est reflété dans la pratique existante des États[1024].

4) Le membre de phrase introductif « [l]'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité » est aligné sur la formulation du projet de directive 5. Les termes « une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur », qui sont au cœur du projet de directive, décrivent l'effet que produirait le traité s'il était en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale concernés et le comportement qui est attendu des États ou des organisations internationales qui décident de recourir à l'application à titre provisoire. L'emploi du membre de phrase « entre les États ou organisations internationales concernés » vise à aligner le projet de directive sur le projet de directive 5. Le membre de phrase final, « à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », énonce la condition sur laquelle repose la règle générale, à savoir que le traité n'en dispose pas autrement.

5) Ce nonobstant, il convient d'établir une distinction importante. Par principe, l'application à titre provisoire n'est pas destinée à faire naître l'ensemble des droits et

[1023] Voir Mathy, « Article 25 » (*supra*, note 997), p. 651.

[1024] Dans l'étude publiée sous la cote A/CN.4/707, le secrétariat a examiné plus de 400 traités bilatéraux et 40 traités multilatéraux, et reconnaît qu'en réalité le nombre de traités bilatéraux et multilatéraux appliqués à titre provisoire est supérieur au nombre figurant dans le *Recueil des Traités* des Nations Unies ; voir aussi les exemples donnés dans les rapports du Rapporteur spécial publiés sous les cotes A/CN.4/664, A/CN.4/675, A/CN.4/687 et A/CN.4/699 et Add.1. Ce dernier rapport contient en annexe des exemples de la pratique récente de l'Union européenne concernant l'application à titre provisoire d'accords avec des États tiers. Voir également les exemples de la pratique de l'Association européenne de libre-échange (AELE) présentés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/718).

obligations découlant du consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité ou une partie d'un traité. L'application à titre provisoire des traités est différente de l'entrée en vigueur en ce qu'elle n'est pas soumise à toutes les règles du droit des traités. En conséquence, le membre de phrase « [l']application à titre provisoire […] produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur » ne signifie pas que l'application à titre provisoire a le même effet juridique que l'entrée en vigueur. L'expression « une obligation juridiquement contraignante » est destinée à décrire avec plus de précision l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire.

6) La Commission a envisagé d'introduire une disposition visant expressément à empêcher que l'application d'un traité à titre provisoire puisse entraîner une modification de la teneur du traité. Le projet de directive 6 a toutefois été jugé suffisamment exhaustif à cet égard en ce qu'il prévoit que l'application du traité à titre provisoire se limite à produire une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur. Il en ressort donc implicitement que le fait d'appliquer le traité à titre provisoire est sans incidence sur les droits et obligations des autres États ou organisations internationales[1025]. En outre, le projet de directive 6 ne saurait être compris comme limitant la liberté qu'ont les États ou les organisations internationales d'amender ou de modifier le traité appliqué à titre provisoire conformément aux dispositions de la partie IV des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

Directive 7
Réserves

1. Conformément aux règles pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, appliquées *mutatis mutandis*, un État, au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, peut formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions de ce traité.

2. Conformément aux règles pertinentes du droit international, une organisation internationale, au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, peut formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions de ce traité.

Commentaire

1) Le projet de directive 7 traite de la formulation, par un État ou une organisation internationale, de réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions d'un traité.

2) Parce que la pratique est relativement peu abondante en la matière et que la question des réserves dans le cas de l'application à titre provisoire n'a pas été traitée dans le Guide de 2011 de la pratique sur les réserves aux traités[1026], la Commission n'en est qu'au stade initial de l'examen de la question des réserves dans le contexte de l'application à titre provisoire des traités. Différentes opinions, assez divergentes, ont été exprimées au sein de la Commission sur la question de savoir s'il était opportun ou nécessaire d'introduire dans le Guide une disposition sur les réserves relatives à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, bien que, de l'avis général, rien n'empêche en principe la formulation de telles réserves.

[1025] Cela étant, la pratique ultérieure de l'une ou de plusieurs des parties à un traité peut être un moyen d'interprétation du traité au sens des articles 31 ou 32 de la Convention de Vienne de 1969. Voir *supra*, chapitre IV sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

[1026] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10 et Add.1).

3) Les déclarations interprétatives que font les États lorsqu'ils conviennent de l'application à titre provisoire sont à distinguer des réserves[1027]. De la même manière, une déclaration par laquelle un État dit ne pas consentir à l'application à titre provisoire ne constitue pas une réserve au sens du droit des traités[1028].

4) Le paragraphe 1 commence par la formule « [c]onformément aux règles pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, appliquées *mutatis mutandis* ». Cette tournure vise à indiquer que certaines règles de la Convention de Vienne de 1969 applicables aux réserves, mais pas nécessairement toutes, s'appliquent dans le cas de l'application à titre provisoire. Elle a été introduite en début de paragraphe pour montrer clairement que les règles pertinentes de la Convention de Vienne auxquelles il est fait référence ici sont celles qui établissent les modalités de la formulation des réserves, et non celles qui ont trait à l'application à titre provisoire de certaines dispositions du traité en question.

5) Le libellé « un État, au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, peut formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire de certaines dispositions de ce traité » est inspiré du paragraphe 1 d) de l'article 2 et de l'article 19 de la Convention de Vienne. La référence à l'effet juridique « produit par l'application à titre provisoire » met en évidence le lien intrinsèque entre le projet de directive 6 et le projet de directive 7. Ce libellé est considéré comme neutre quant à la question de savoir si les réserves excluent ou modifient l'effet juridique découlant de l'application à titre provisoire du traité, ou celui de l'accord conclu entre les parties aux fins de l'application à titre provisoire du traité en tant que tel.

6) Le paragraphe 2 prévoit la possibilité pour des organisations internationales de formuler des réserves, au même titre que les États, dont le cas est envisagé au paragraphe 1. Il reprend la formulation du paragraphe 1, avec les modifications nécessaires. L'expression « [c]onformément aux règles pertinentes du droit international », en début de phrase, doit être interprétée au sens large comme recouvrant avant tout les règles du droit des traités, mais aussi les règles des organisations internationales.

Directive 8
Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 8 traite de la question de la responsabilité en cas de violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire. Il exprime les conséquences juridiques du projet de directive 6. Un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire produisant une juridiquement contraignante, la violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire constitue nécessairement un fait illicite engageant la responsabilité internationale. La Commission s'est demandé s'il était opportun de consacrer une disposition à la responsabilité. Elle a jugé que le présent projet de directive était nécessaire en ce qu'il traitait d'une conséquence juridique fondamentale de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. L'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité en raison de la responsabilité internationale d'un État, tout comme l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986. La portée du projet de directives n'était pas limitée à celle des deux Conventions de Vienne, ainsi qu'il est dit dans le projet de directive 2.

[1027] Voir, en particulier, la directive 1.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (ibid.).

[1028] Voir, par exemple, art. 45, par. 2 a) du Traité sur la Charte de l'énergie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2080, n° 36116, p. 95) ; art. 7, par. 1 a) de l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

2) La Commission a décidé de faire figurer la référence à « une partie » d'un traité pour préciser que, lorsqu'une partie d'un traité est appliquée à titre provisoire, seule une violation de cette partie du traité est susceptible d'engager la responsabilité internationale.

3) Le projet de directive est aligné sur les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1029] et les articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales[1030] dans la mesure où ils reflètent le droit international coutumier. Les termes « une obligation découlant » et « engage » sont ainsi repris de ces articles, et c'est à ceux-ci, entre autres, que le membre de phrase final « conformément aux règles applicables du droit international » renvoie.

Directive 9
Extinction et suspension de l'application à titre provisoire

1. L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend fin avec l'entrée en vigueur de ce traité dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés.

2. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

3. Le présent projet de directive est sans préjudice de l'application, *mutatis mutandis*, des règles pertinentes exposées dans la partie V, section 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou d'autres règles pertinentes du droit international concernant l'extinction et la suspension.

Commentaire

1) Le projet de directive 9 porte sur l'extinction et la suspension de l'application à titre provisoire. L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin dans deux cas : premièrement, lorsque le traité entre en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale en question et, deuxièmement, lorsque l'intention de ne pas devenir partie au traité est notifiée par l'État ou l'organisation internationale appliquant le traité ou une partie du traité à titre provisoire aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou la partie du traité est provisoirement appliqué. La possibilité de mettre fin à l'application à titre provisoire par d'autres moyens, moins courants, n'est pas exclue.

2) Le paragraphe 1 traite de la cessation de l'application à titre provisoire au moment de l'entrée en vigueur. L'entrée en vigueur est le cas de figure le plus fréquent dans lequel l'application à titre provisoire prend fin[1031]. La cessation de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité du fait de l'entrée en vigueur du traité lui-même est implicitement envisagée dans les projets de directives 3 et 5 par la formule « en attendant l'entrée en vigueur du traité », inspirée de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986[1032]. Conformément au projet de directive 5, l'application à titre provisoire se

[1029] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, ensuite annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

[1030] *Annuaire … 2011*, vol. II (2e partie), par. 87.

[1031] Voir A/CN.4/707, par. 88.

[1032] La plupart des traités bilatéraux disposent que le traité s'applique à titre provisoire « en attendant son entrée en vigueur », « en attendant sa ratification », « en attendant l'accomplissement des formalités nécessaires à son entrée en vigueur », « en attendant l'aboutissement de ces procédures internes et l'entrée en vigueur de la présente Convention », « en attendant que les Gouvernements s'informent par écrit de l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises dans leurs pays respectifs », « jusqu'à l'accomplissement de toutes les procédures mentionnées au paragraphe 1 du présent article » ou « jusqu'à son entrée en vigueur » (voir A/CN.4/707, par. 90). C'est aussi le cas de traités multilatéraux comme l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole no 14 à la Convention européenne des droits de l'homme dans l'attente de

poursuit jusqu'à l'entrée en vigueur du traité pour l'État ou l'organisation internationale qui applique à titre provisoire le traité ou une partie du traité à l'égard des autres États ou organisations internationales appliquant aussi le traité ou une partie du traité à titre provisoire[1033].

3) La formule « dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés » a été ajoutée pour établir une distinction entre l'entrée en vigueur du traité et son application à titre provisoire par une ou plusieurs parties au traité. Cette distinction a été jugée particulièrement pertinente dans les relations entre les parties à un traité multilatéral, puisque ce type de traité peut entrer en vigueur pour certaines parties tout en continuant de n'être appliqué qu'à titre provisoire par les autres. Cette formule vise donc à couvrir toutes les situations juridiques possibles en la matière.

4) Le paragraphe 2 traite du second cas de figure envisagé au paragraphe 1) du commentaire du présent projet de directive − à savoir le cas dans lequel l'État ou l'organisation internationale notifie son intention de ne pas devenir partie au traité. Il suit étroitement le libellé du paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

5) L'expression « [à] moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », au début du paragraphe 2, n'indique pas, comme le font les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qu'un tel accord ne peut être conclu qu'entre les États ou les organisations internationales « ayant participé à la négociation ». La formule « ou qu'il en soit autrement convenu » couvre les États ou les organisations internationales qui ont participé à la négociation du traité, mais elle peut aussi viser les États et les organisations internationales qui n'y ont pas participé. Étant donné la complexité aujourd'hui inhérente à la conclusion de traités multilatéraux, la pratique contemporaine va dans le sens d'une lecture large du libellé des Conventions de Vienne, en ce que tous les États ou organisations internationales ayant participé à la négociation sont traités comme étant sur le même plan juridique en ce qui concerne l'application à titre provisoire, compte tenu de l'existence d'autres groupes d'États ou d'organisations internationales dont l'accord pourrait également être requis aux fins de l'extinction de l'application à titre provisoire[1034].

6) La Commission a aussi voulu déterminer quels États ou organisations internationales devaient être avisés de l'intention d'un tiers de mettre fin à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Le membre de phrase « notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement », à la fin du projet de directive, répond à cette question[1035].

---

son entrée en vigueur) qui prévoit, au paragraphe *d)*, que « [c]ette déclaration [d'acceptation de l'application provisoire] cessera d'être effective au moment de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 *bis* à l'égard de la Haute Partie contractante concernée ».

[1033] Voir, par exemple, l'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovénie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovène des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovénie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38039, p. 287, à la page 306) et l'Échange de notes constituant un accord entre le Gouvernement espagnol et le Gouvernement colombien sur la gratuité de visas (ibid., vol. 2253, n° 20662, p. 328, aux pages 335 à 338).

[1034] Cette approche cadre avec celle qui a été adoptée concernant la position des États ayant participé à la négociation dans le projet de directive 3. Voir *supra*, commentaire du projet de directive 3, par. 2) et 5).

[1035] Un petit nombre de traités bilatéraux contiennent des dispositions expresses sur la cessation de l'application à titre provisoire, et certains en prévoient la notification. À titre d'exemple, on peut citer l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall concernant la coopération en vue de la répression par mer de la prolifération des armes de destruction massive, leurs systèmes de lancement et matériels connexes (Nations Unies, *Recueil des traités*, [vol. à paraître], n° 51490, p. 26), art. 17, ainsi que : le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (ibid., vol. 2389, n° 43165, p. 117, à la page 187) ; l'Accord entre l'Espagne et le Fonds international

7) La Commission a décidé de ne pas soumettre la cessation unilatérale de l'application à titre provisoire à des précautions particulières, par exemple en reprenant *mutatis mutandis* la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 56 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui établit une période de préavis pour dénoncer un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait, ou s'en retirer. Elle a renoncé à adopter pareille clause pour conserver la flexibilité inhérente à l'article 25 et parce que la pratique pertinente était insuffisante.

8) Le paragraphe 3 confirme que le projet de directive 9 est sans préjudice de l'application, *mutatis mutandis*, des règles pertinentes exposées dans la partie V, section 3, de la Convention de Vienne de 1969 ou d'autres règles pertinentes du droit international concernant l'extinction et la suspension. Malgré le manque apparent de pratique pertinente et bien que le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne prévoie qu'il peut aisément être mis fin à l'application provisoire, la Commission a jugé utile d'introduire dans le Guide une disposition consacrée à l'extinction et à la suspension afin d'envisager plusieurs scénarios possibles qui n'étaient pas prévus aux paragraphes 1 et 2. Il peut arriver, par exemple, qu'un État ou une organisation internationale souhaite mettre fin à l'application à titre provisoire, mais compte tout de même devenir partie au traité. On peut également envisager le cas de figure dans lequel, face à une violation substantielle, un État ou une organisation internationale souhaiterait faire cesser ou suspendre l'application à titre provisoire à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale ayant commis la violation, tout en continuant d'appliquer le traité à titre provisoire à l'égard d'autres parties. Il se peut aussi que l'État ou l'organisation internationale qui a subi les conséquences de la violation substantielle souhaite reprendre l'application à titre provisoire après que la violation a donné lieu à une réparation adéquate.

9) Le paragraphe 3, libellé sous la forme d'une clause « sans préjudice », permet de faire en sorte que des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'extinction et à la suspension puissent s'appliquer à un traité appliqué à titre provisoire. Cette disposition ne vise toutefois pas à déterminer de façon définitive quels motifs envisagés dans la section 3 pourraient servir de fondement supplémentaire à la cessation de l'application à titre provisoire, ni à définir dans quels cas de figure et dans quelle mesure ces motifs s'appliqueraient. Les règles de la Convention de Vienne doivent au contraire être « appliquées *mutatis mutandis* » selon les circonstances.

10) La formule « ou d'autres règles pertinentes du droit international » vise avant tout à étendre le champ d'application de cette disposition à l'application à titre provisoire des traités par des organisations internationales, mais elle indique aussi clairement que la disposition est sans préjudice, plus généralement, d'autres méthodes de cessation de l'application à titre provisoire[1036].

---

d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ibid., vol. 2161, nº 37756, p. 45, à la page 54) ; le Traité entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord représentée par le Grand quartier général des puissances alliées en Europe sur les conditions spéciales applicables à l'établissement et au fonctionnement sur le territoire espagnol de quartiers généraux militaires internationaux (ibid., vol. 2156, nº 37662, p. 139, à la page 173). En ce qui concerne l'extinction de traités multilatéraux, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (ibid., vol. 2167, nº 37924, p. 3, aux pages 126 et 127) comprend une disposition (art. 41) qui permet de mettre fin à l'application à titre provisoire au moyen d'une notification, et qui s'inspire du libellé du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. En outre, la pratique relative aux accords sur les produits de base montre qu'il peut être convenu de mettre fin à l'application à titre provisoire par un retrait de l'accord, comme dans le cas de l'Accord international sur l'huile d'olive et les olives de table.

[1036] Voir, par exemple, l'article 29 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités (ibid., vol. 1946, nº 33356, p. 3), qui envisage d'autres moyens de mettre fin à l'application à titre provisoire de traités multilatéraux qui sont en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États.

11) Le champ d'application de cette disposition a été limité à la partie V, section 3, de la Convention de Vienne de 1969 pour éviter toute incertitude juridique qui aurait pu résulter d'une référence générale à la partie V. De même, la référence expresse à la section 3 permet d'exclure l'applicabilité de la partie V, section 2, de la Convention de Vienne, qui porte sur la nullité. Le Guide traite la question de la nullité dans le projet de directive 11.

Directive 10
Droit interne des États et règles des organisations internationales, et le respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Commentaire

1) Le projet de directive 10 traite du respect des traités appliqués à titre provisoire et de leur relation avec le droit interne des États et les règles des organisations internationales. Il porte plus précisément sur la question de l'invocation du droit interne des États ou, dans le cas des organisations internationales, de l'invocation des règles de l'organisation, comme motif qui justifierait la non-exécution d'une obligation découlant de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Son premier paragraphe est consacré à la règle applicable aux États et le second à la règle applicable aux organisations internationales.

2) Cette disposition est étroitement inspirée du libellé de l'article 27 des Conventions de Vienne de 1969[1037] et de 1986[1038]. Elle devrait donc être considérée conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international.

3) L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international. Comme à l'article 27[1039], le projet de directive 10 dispose, comme une règle générale, qu'un État ou une organisation internationale ne peut invoquer les dispositions de son droit interne ou ses règles pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant de l'application à titre provisoire. De même, ce droit interne ou ces règles ne sauraient être invoqués comme motif d'exonération de la responsabilité pouvant être encourue à raison de la non-exécution de ces obligations[1040]. Cependant, comme cela est indiqué dans le projet de directive 12, les États et organisations internationales concernés peuvent convenir de l'application à titre provisoire avec les limites découlant de ce droit interne ou de ces règles.

[1037] L'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé :
Droit interne et respect des traités
Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46.

[1038] L'article 27 de la Convention de Vienne de 1986 est ainsi libellé :
Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités
1. Un État partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité.
2. Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité.
3. Les règles énoncées dans les paragraphes précédents sont sans préjudice de l'article 46.

[1039] Voir A. Schaus, « Convention de 1969. Article 27 : droit interne et respect des traités », dans *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Corten et Klein (voir *supra*, note 997), p. 688 à 701, à la page 689.

[1040] Voir art. 7, « Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne », dans le quatrième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, Rapporteur spécial (*Annuaire … 1959*, vol. II, A/CN.4/120, p. 44).

4) S'il est vrai que chaque État ou organisation internationale peut décider, en vertu de son droit interne ou de ses règles, de convenir ou non de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité[1041], une fois qu'un traité ou une partie d'un traité est appliqué à titre provisoire, une incompatibilité avec le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale ne saurait justifier le défaut d'application à titre provisoire du traité ou d'une partie de celui-ci. En conséquence, l'invocation des dispositions internes visées comme tentative de justification de la non-application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne serait pas conforme au droit international.

5) La non-exécution des obligations découlant de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité motivée par le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale engage la responsabilité internationale de cet État ou de cette organisation internationale[1042]. Toute autre interprétation serait contraire au droit de la responsabilité de l'État, selon lequel la qualification du fait d'un État ou d'une organisation internationale comme internationalement illicite relève du droit international et n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne[1043].

6) L'expression « droit interne des États et règles des organisations internationales », dans le projet de directive, vise toute disposition de cette nature et pas uniquement les dispositions internes ou les règles portant spécifiquement sur l'application à titre provisoire des traités.

7) La formule « obligation découlant de ladite application à titre provisoire », employée dans les deux paragraphes du projet de directive, est suffisamment générale pour englober les cas où l'obligation naît du traité lui-même et ceux où elle découle du fait qu'il a été convenu d'appliquer à titre provisoire le traité ou une partie du traité. Cela est conforme à la règle générale énoncée dans le projet de directive 6, à savoir que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci comme si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés.

Directive 11
Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

[1041] Voir Mertsch, *Provisionally Applied Treaties…* (*supra*, note 997), p. 64.

[1042] Voir Mathy, « Article 25 », (*supra*, note 997), p. 646.

[1043] Voir l'article 3 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 (*Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, ultérieurement annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001) ; et le projet d'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011 (*Annuaire … 2011*, vol. II (2e partie), par. 87, ultérieurement annexé à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011).

Commentaire

1) Le projet de directive 11 traite des effets des dispositions du droit interne des États et des règles des organisations internationales sur la compétence des États ou des organisations de convenir de l'application à titre provisoire des traités. Le premier paragraphe concerne le droit interne des États et le second les règles des organisations internationales.

2) Le projet de directive 11 est étroitement inspiré du libellé de l'article 46 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Plus précisément, le premier paragraphe du projet de directive est inspiré du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969[1044], et le second du paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986[1045]. Le projet de directive devrait donc être considéré conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles applicables du droit international.

3) Le projet de directive 11 dispose que, pour faire valoir la nullité du consentement à l'application à titre provisoire, il faut pouvoir se fonder sur une violation manifeste du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation concernant la compétence de l'État ou de l'organisation de convenir de l'application à titre provisoire ; cette violation doit en outre concerner une règle d'importance fondamentale.

4) Une violation du type visé est « manifeste » si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États ou, selon le cas, des organisations internationales, et de bonne foi[1046].

Directive 12
Accord relatif à l'application à titre provisoire avec les limites découlant du droit interne des États et des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec les limites découlant du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation.

Commentaire

1) Le projet de directive 12 a trait aux limites pouvant découler du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale, que les États et les organisations internationales concernés peuvent faire valoir lorsqu'ils consentent à l'application à titre

[1044] L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé :
Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités
1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

[1045] L'article 46 de la Convention de Vienne de 1986 est ainsi libellé :
Dispositions du droit interne d'un État et règles d'une organisation internationale concernant la compétence pour conclure des traités
1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.
3. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et de bonne foi.

[1046] Selon le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 et le paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986.

provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Il admet que de telles limites puissent exister, et reconnaît donc le droit des États et des organisations internationales de convenir de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité sous réserve de ces limites, qui seront reflétées dans le consentement à l'application à titre provisoire.

2) Même si l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être soumise à certaines limites, le présent projet de directive offre aux États et aux organisations internationales la souplesse nécessaire pour convenir de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité d'une manière qui garantisse le respect des limites découlant de leurs dispositions internes respectives. Ainsi, le présent projet de directive prévoit la possibilité que le traité renvoie expressément au droit interne de l'État ou aux règles de l'organisation internationale, et subordonne l'application à titre provisoire à l'absence de violation du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation[1047].

3) Le terme « accord » employé dans le titre du projet de directive traduit le fait que l'application à titre provisoire des traités repose sur une base consensuelle, ainsi que le fait que l'application à titre provisoire peut ne pas être du tout possible au regard du droit interne des États ou des règles des organisations internationales[1048].

4) Le projet de directive ne devrait pas être interprété comme impliquant la nécessité d'un accord distinct sur l'applicabilité des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales concernés. L'existence de ces limites doit simplement être suffisamment claire dans le traité lui-même, dans l'accord distinct ou dans toute autre forme d'accord par lequel il est convenu d'appliquer à titre provisoire un traité ou une partie d'un traité.

[1047] Voir, par exemple, l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie.

[1048] Voir les exemples d'accords de libre-échange entre les États de l'AELE et de nombreux autres États (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chili, Égypte, ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Liban, Mexique, Monténégro, Pérou, Philippines, République de Corée, Serbie, Singapour, Tunisie et États d'Amérique centrale, États membres du Conseil de coopération du Golfe et États de l'Union douanière de l'Afrique australe), dans lesquels différentes clauses sont utilisées à cette fin, notamment « sous réserve de ses exigences constitutionnelles », « si son propre cadre juridique l'y autorise » ou « si leur droit interne les y autorise » (http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements). Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 43 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et les États de l'Union douanière de l'Afrique australe est ainsi libellé :

> Article 43 (Entrée en vigueur)
>
> […]
>
> 2. Sous réserve de ses exigences constitutionnelles, tout État de l'AELE ou de la SACU peut appliquer le présent Accord à titre provisoire. L'application provisoire du présent Accord en vertu du présent paragraphe fait l'objet d'une notification au Dépositaire.

Chapitre VIII
Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)

A. Introduction

91. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « *Jus cogens* » à son programme de travail et a désigné M. Dire Tladi Rapporteur spécial pour ce sujet[1049]. Dans sa résolution 70/236, du 23 décembre 2015, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

92. À ses soixante-huitième (2016) et soixante-neuvième (2017) sessions, la Commission a examiné les premier et deuxième rapports du Rapporteur spécial[1050], respectivement. À l'issue des débats qu'elle a consacrés à ces rapports, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusion qui y étaient proposés. La Commission a pris note des rapports intérimaires présentés oralement par les présidents du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), dans lesquels figuraient les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-huitième et soixante-neuvième sessions, respectivement.

93. À sa soixante-neuvième session, comme l'avait proposé le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[1051], la Commission a décidé de modifier l'intitulé du sujet, « *Jus cogens* », et de le remplacer par « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »[1052].

B. Examen du sujet à la présente session

94. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/714 et Corr.1), qui contenait un examen des conséquences et des effets juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Sur la base de son analyse, le Rapporteur spécial y proposait 13 projets de conclusion[1053].

[1049] À sa 3257e séance, le 27 mai 2015 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 286). La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-sixième session (2014), sur la base de la proposition formulée à l'annexe de son rapport (ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), par. 23).

[1050] A/CN.4/693 et A/CN.4/706.

[1051] A/CN.4/706, par. 90.

[1052] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément nº 10* (A/72/10), par. 146.

[1053] Le texte des projets de conclusions 10 à 23, tels que proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, est reproduit ci-après :

Projet de conclusion 10
Nullité des traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)

1. Un traité est nul si, au moment de sa conclusion, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Un tel traité ne crée ni droits ni obligations.
2. Un traité devient nul et prend fin s'il est en conflit avec une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) qui survient après sa conclusion. Les parties à un tel traité sont libérées de l'obligation de continuer à l'exécuter.
3. Pour éviter tout conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), les dispositions conventionnelles doivent autant que possible être interprétées d'une manière qui les rende compatibles avec cette norme.

Projet de conclusion 11
Séparabilité des dispositions conventionnelles en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)

1. Un traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul dans son ensemble, et aucune de ses dispositions n'en est séparable.

2. Un traité qui devient nul en raison de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) prend fin dans son ensemble sauf si :

a) Les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ;

b) Les dispositions qui sont en conflit avec la norme impérative du droit international général (*jus cogens*) n'ont pas constitué une base essentielle du consentement à être lié par le traité ; et

c) Il ne serait pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

Projet de conclusion 12
Élimination des conséquences des actes accomplis sur la base d'un traité nul

1. Les parties à un traité qui est nul parce qu'il est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) au moment de sa conclusion ont l'obligation juridique d'éliminer les conséquences de tout acte accompli sur la base de la disposition du traité qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

2. L'extinction d'un traité due à la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin sauf si ces droits, obligations ou situations juridiques sont eux-mêmes en conflit avec cette norme.

Projet de conclusion 13
Effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les réserves aux traités

1. Une réserve à une disposition conventionnelle qui reflète une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte pas atteinte au caractère contraignant de cette norme, qui continue à s'appliquer.

2. Une réserve ne peut exclure ni modifier les effets juridiques d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

Projet de conclusion 14
Procédure recommandée pour le règlement des différends concernant un conflit entre un traité et une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)

1. Sous réserve des règles de la Cour internationale de Justice relatives à sa compétence, tout différend sur le point de savoir si un traité est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) devrait être soumis à la Cour internationale de Justice pour décision, sauf si les parties au différend conviennent de le soumettre à l'arbitrage.

2. Nonobstant le paragraphe 1, le fait qu'un différend mette en cause une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne suffit pas à établir la compétence de la Cour en l'absence du consentement à cette compétence, nécessaire en droit international.

Projet de conclusion 15
Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur le droit international coutumier

1. Une règle du droit international coutumier ne se forme pas si elle serait en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

2. Une règle du droit international coutumier qui n'a pas le caractère de *jus cogens* cesse d'exister si survient une nouvelle règle impérative du droit international général (*jus cogens*) en conflit avec elle.

3. Comme les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lient tous les sujets de droit international, la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas.

Projet de conclusion 16
Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les actes unilatéraux

Un acte unilatéral qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est nul.

95. La Commission a examiné le troisième rapport de sa 3414e à sa 3421e séance, et à sa 3425e séance, les 30 mai et 1er juin 2018 et du 2 au 4 juillet ainsi que le 9 juillet 2018.

96. À sa 3425e séance, le 9 juillet 2018, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 10 à 23[1054] figurant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, étant entendu que les projets de conclusions 22 et 23 seraient remaniés sous la forme de clauses « sans préjudice ».

97. À la 3402e séance, le 14 mai 2018, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intermédiaire du Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), concernant les projets de conclusions 8 et 9

Projet de conclusion 17
Conséquences des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les résolutions contraignantes des organisations internationales
1. Les résolutions contraignantes des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, n'établissent pas d'obligations contraignantes si elles sont en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Dans la mesure du possible, les résolutions des organisations internationales, y compris celles du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, doivent être interprétées d'une manière compatible avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Projet de conclusion 18
Relation entre normes impératives du droit international général (jus cogens) et obligations *erga omnes*
Les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) établissent des obligations *erga omnes*, dont la violation concerne tous les États.

Projet de conclusion 19
Effets des normes impératives du droit international général (jus cogens) sur les circonstances excluant l'illicéité
1. Aucune circonstance ne peut être invoquée pour exclure l'illicéité d'un fait qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsqu'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) survient après la commission du fait.

Projet de conclusion 20
Obligation de coopérer
1. Les États *coopèrent* pour mettre fin par des moyens licites à toute violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Une violation grave d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) s'entend d'une violation qui est soit flagrante soit systématique.
3. La coopération envisagée dans le présent projet de conclusion peut être mise en œuvre au moyen de mécanismes de coopération institutionnalisés ou d'accords de coopération ad hoc.

Projet de conclusion 21
Obligation de ne pas reconnaître ni prêter assistance
1. Les États ont l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).
2. Les États ne doivent pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation créée par la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

Projet de conclusion 22
Obligation des États d'exercer leur compétence pour connaître des crimes interdits par des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)
1. Les États ont l'obligation d'exercer leur compétence pour connaître des infractions interdites par les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lorsque ces infractions sont commises par leurs nationaux ou sur un territoire relevant de leur juridiction.
2. Le paragraphe 1 n'exclut pas l'établissement de la compétence sur tout autre fondement autorisé par le droit interne.

Projet de conclusion 23
Non-pertinence de la position officielle et inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae*
1. La position officielle d'une personne qui commet une infraction interdite par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale.
2. L'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par une norme impérative du droit international général (*jus cogens*).

[1054] Ibid.

provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-dixième session. À la 3434e séance, le 20 juillet 2018, le Président du Comité de rédaction a présenté un nouveau rapport intermédiaire du Comité de rédaction, concernant les projets de conclusions 10 à 14 provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-dixième session. Présentés à titre d'information seulement, ces deux rapports peuvent être consultés sur le site Web de la Commission[1055].

1. Présentation du troisième rapport par le Rapporteur spécial

98. Donnant un aperçu du débat tenu à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a rappelé que même si, dans l'ensemble, les États avaient approuvé les critères d'identification des normes du *jus cogens* adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, certains d'entre eux avaient recommandé d'introduire des éléments tels que la non-dérogation, les valeurs fondamentales de la communauté internationale et la pratique. Le Rapporteur spécial a pris note de la demande de clarification des notions d'« acceptation » et de « reconnaissance ». De nombreux États ont convenu que le caractère impératif d'une norme devait être accepté et reconnu par « une très large majorité » d'États, mais certains préconisaient un critère plus strict qui ne serait pas uniquement quantitatif mais qui refléterait également la représentativité des différents groupes d'États. Le Rapporteur spécial a rappelé également les divergences de vues à propos des sources du droit pouvant constituer le fondement d'une norme impérative, tout en faisant observer que la reconnaissance du droit international coutumier en tant que fondement le plus courant des normes du *jus cogens* faisait l'objet d'un consensus quasi universel.

99. Le Rapporteur spécial a ensuite présenté ses projets de conclusion figurant à la section IV du troisième rapport. Il a fait observer que les projets de conclusions 10, 11 et 12 s'inspiraient des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (« Convention de Vienne de 1969 »), à l'exception du paragraphe 3 du projet de conclusion 10, selon lequel un traité devait être interprété d'une manière compatible avec les normes impératives, ce que le Rapporteur spécial considérait comme une conséquence nécessaire du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, qui disposait que les règles pertinentes du droit international devaient être prises en considération dans l'interprétation des traités. Le Rapporteur spécial a signalé en outre que le paragraphe 3 du projet de conclusion 10 était étayé par une pratique abondante.

100. Le projet de conclusion 13, relatif aux effets des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) sur les réserves aux traités, se fondait principalement sur la directive 4.4.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités[1056], adopté par la Commission en 2011.

101. Le projet de conclusion 14 exposait la procédure recommandée pour le règlement des différends concernant un conflit entre un traité et une norme du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial a rappelé l'importance fondamentale de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 pour l'application des articles 53 et 64 de la Convention. Il jugeait néanmoins difficile d'incorporer la procédure prévue à l'article 66 dans un projet de conclusions non contraignant. Il pensait en revanche que, dans les cas où l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 n'était pas applicable (par exemple parce que les États intéressés n'étaient pas parties à la Convention), le projet de conclusion 14 qu'il proposait encouragerait les parties à rechercher un règlement judiciaire, notamment devant la Cour internationale de Justice.

102. À propos du projet de conclusion 15, le Rapporteur spécial a fait observer que le paragraphe 1 était fondé sur un certain nombre de décisions de juridictions nationales dans lesquelles il avait été considéré que les normes du *jus cogens* l'emportaient sur les règles du droit international coutumier. À son avis, ces constatations impliquaient nécessairement que les normes existantes du *jus cogens* étaient de nature à invalider les règles du droit

[1055] Les rapports peuvent être consultés dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

[1056] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément no 10* (A/66/10), par. 75.

international coutumier ou à empêcher leur émergence. Le deuxième paragraphe du projet de conclusion 15, relatif au conflit entre une règle de droit international coutumier et une nouvelle norme du *jus cogens*, était inspiré de l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969 et sa teneur, approuvée par les États, était étayée par des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre que le paragraphe 3, relatif à la non-application aux normes du *jus cogens* de la règle de l'objecteur persistant, était conforme au caractère universel du *jus cogens* et étayé par la pratique des États, y compris les décisions des tribunaux nationaux et régionaux.

103. En ce qui concerne le projet de conclusion 16, relatif à la nullité d'un acte unilatéral en conflit avec une norme du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a fait remarquer que l'expression « est nul » était directement tirée du principe n° 8 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques[1057], adoptés par la Commission en 2006.

104. Le projet de conclusion 17 avait trait aux résolutions contraignantes des organisations internationales. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'énoncé figurant dans le premier paragraphe, à savoir que les résolutions contraignantes des organisations internationales n'établissaient pas d'obligations contraignantes si elles étaient en conflit avec une norme du *jus cogens*, était étayé par de nombreux éléments de doctrine et de nombreuses déclarations publiques dans lesquelles les États avaient soutenu que les résolutions du Conseil de sécurité étaient subordonnées aux normes du *jus cogens*, ainsi que par des décisions de tribunaux nationaux, régionaux et internationaux. Il a ajouté que, sur le modèle du paragraphe 3 du projet de conclusion 10, le paragraphe 2 du projet de conclusion 17 énonçait une présomption relative à l'interprétation selon laquelle, dans la mesure du possible, les résolutions des organisations internationales devaient être interprétées d'une manière compatible avec les normes du *jus cogens*. Cette affirmation était étayée par les déclarations que des États avaient faites dans divers contextes et par les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

105. À propos du projet de conclusion 18, le Rapporteur spécial a soutenu qu'il était presque universellement admis que les normes du *jus cogens* créaient des obligations *erga omnes*.

106. Les projets de conclusions 19, 20 et 21 concernaient certains aspects de la responsabilité internationale. Le projet de conclusion 19, inspiré du projet d'article 26 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1058] adoptés en 2001 (« articles sur la responsabilité de l'État »), confirmait, en son paragraphe 1, que les circonstances excluant l'illicéité en vertu du droit international général ne s'appliquaient pas aux violations d'obligations découlant de normes du *jus cogens*. Le deuxième paragraphe visait à empêcher toute responsabilité rétroactive lorsqu'une norme du *jus cogens* émergeait après la commission d'un fait n'étant pas conforme à cette norme.

107. Le projet de conclusion 20 avait trait à l'obligation de coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave d'une norme du *jus cogens*. Le premier paragraphe s'inspirait du paragraphe 1 du projet d'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État. L'obligation de coopérer était un principe bien établi du droit international. Elle avait été codifiée par la Commission dans le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe[1059], adopté en 2016, et était étayée par l'avis consultatif sur le *Mur* rendu par la Cour internationale de Justice[1060] et l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *La Cantuta*[1061].

[1057] *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 176.

[1058] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76.

[1059] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 48.

[1060] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 200, par. 159.

[1061] *La Cantuta c. Pérou (fond, réparations et dépens)*, série C, n° 162, arrêt, 29 novembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, par. 160 (« Comme on l'a souligné à maintes reprises, les actes en cause dans la présente affaire ont violé des normes impératives du droit international

108. Le projet de conclusion 21, qui énonçait l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par la violation d'une norme du *jus cogens* et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien d'une telle situation, s'inspirait du paragraphe 2 du projet d'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État. En 2001, la Commission avait reconnu que cette obligation relevait du droit international coutumier, comme l'avait confirmé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Namibie*[1062] et dans son avis consultatif sur le *Mur*, ainsi que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale dans leurs résolutions. Le Rapporteur spécial a souligné également qu'à la différence du projet de conclusion 20, le projet de conclusion 21 n'était pas limité aux violations « graves », étant donné que l'obligation de non-reconnaissance ou de non-assistance reposait sur le caractère impératif de la norme de *jus cogens* et non sur la gravité de la violation de celle-ci. Il a fait observer à cet égard que ni dans son avis consultatif sur la *Namibie*, ni dans son avis consultatif sur le *Mur*, la Cour n'avait précisé que la gravité constituait un critère s'agissant de l'obligation de ne pas reconnaître ni prêter assistance. Par ailleurs, étant donné que, contrairement à l'obligation de coopérer, cette obligation n'imposait pas un comportement positif et était moins contraignante, il était justifié de retenir un critère moins rigoureux.

109. Le projet de conclusion 22, relatif à l'établissement de la compétence en matière de crimes interdits par des normes du *jus cogens*, s'inspirait du projet d'article 7 du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité[1063], adopté par la Commission en première lecture en 2017, quoique dans une formulation simplifiée. Le paragraphe 2 conservait la même approche en matière de compétence universelle que celle retenue au paragraphe 3 du projet d'article 7, en raison de l'incertitude entourant la pratique des États.

110. Le projet de conclusion 23 avait trait à la non-pertinence de la position officielle et à l'inapplicabilité de l'immunité *ratione materiae*. Le paragraphe 1, disposant que la position officielle d'une personne ne constitue pas un motif d'exonération de sa responsabilité, était inspiré du paragraphe 3 du projet d'article 6 du projet d'articles sur les crimes contre l'humanité, adopté en première lecture en 2017, et était généralement accepté comme faisant partie du droit international coutumier. Le paragraphe 2, prévoyant que l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas aux infractions interdites par les normes du *jus cogens*, était principalement fondé sur le projet d'article 7 des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État[1064], adoptés provisoirement par la Commission en 2017. Face aux critiques dont le projet de disposition avait fait l'objet, notamment celle faisant valoir l'existence d'une pratique étatique contraire à l'exception prévue, le Rapporteur spécial a souligné que la pratique contradictoire en question concernait généralement des poursuites civiles et des procédures engagées contre des États, qui n'avaient pas vocation à constituer des précédents pour les immunités accordées au pénal, comme le montraient plusieurs décisions judiciaires, notamment celle de la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*[1065].

2. Résumé du débat

a) Observations d'ordre général

111. Dans l'ensemble, les membres de la Commission ont accueilli favorablement le troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Plusieurs d'entre eux ont félicité le Rapporteur spécial d'avoir tenté d'envisager toutes les

(*jus cogens*). […] Étant donné la nature et la gravité des événements [...] la nécessité de mettre fin à l'impunité apparaît à la communauté internationale comme une obligation des États de coopérer »).

[1062] *Conséquences juridiques pour les États de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la page 54, par. 119.

[1063] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément nº 10* (A/72/10), par. 45.

[1064] Ibid., par. 140.

[1065] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 130, par. 70 (législations nationales) et p. 141, par. 96 (jurisprudence).

conséquences possibles du *jus cogens*, en allant au-delà du droit des traités et de la responsabilité des États, les deux principaux domaines dans lesquels la Commission avait précédemment fait des efforts de codification considérables. Certains ont fait observer que les conséquences du *jus cogens*, par exemple pour ce qui concernait le droit pénal international, le droit international coutumier et les résolutions du Conseil de sécurité, posaient des problèmes pratiques importants et suscitaient un débat chez les auteurs, et que les divergences de vues dans la jurisprudence ne devaient pas empêcher la Commission d'aborder ces questions.

112. Plusieurs membres ont approuvé la démarche du Rapporteur spécial consistant à traiter le sujet à l'examen dans une perspective pratique plutôt que sous un angle doctrinal ou trop théorique. Les difficultés liées à l'insuffisance de la pratique et à la relative complexité des aspects politiques et moraux en jeu ont par ailleurs été relevées. Il a été souligné que la Commission devait faire preuve de prudence et examiner tous les aspects des conséquences du *jus cogens* de manière équilibrée et sur la base du droit existant et de la pratique établie. Il a été observé que, comme elles étaient étroitement liées entre elles, les caractéristiques des normes du *jus cogens* et les conséquences de la violation de ces normes devaient être analysées conjointement. Certains membres étaient préoccupés par le fait que le Rapporteur spécial attache une signification juridique à des éléments essentiellement descriptifs tels que la non-dérogeabilité, qui était un critère d'identification des normes du *jus cogens* et non pas une conséquence juridique de celles-ci. Il a été proposé de mener une étude sur les travaux préparatoires des articles 53, 64 et 66 a) et d'autres dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 et sur ceux de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

113. Le fait que la plupart des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial soient fondés sur les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 et d'autres instruments adoptés par la Commission a été accueilli dans l'ensemble avec satisfaction. L'absence d'une structure parallèle dans les projets de conclusion relatifs aux conséquences d'un conflit entre différentes sources du droit international et le *jus cogens* a toutefois suscité des interrogations. Certains membres étaient d'avis que la même structure que celle des articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 devait être utilisée pour traiter des conséquences d'un conflit entre le *jus cogens* et les sources du droit international autres que les traités. Ils ont souligné en outre la nécessité de définir des procédures qui permettraient d'établir l'invalidité d'une règle particulière de droit international découlant d'un conflit avec le *jus cogens*.

114. Plusieurs membres ont convenu que les projets de conclusion pouvaient être regroupés dans différentes parties en fonction du contexte envisagé et présentés de manière cohérente, concise et rationnelle, en suivant étroitement la structure des instruments existants. Il a été estimé que la Commission devait réfléchir à nouveau à l'opportunité d'adopter des projets de « conclusion » à l'issue de l'examen du sujet.

115. Il a été constaté que le Rapporteur spécial n'avait pas proposé de projet de conclusion relatif aux principes généraux du droit, ce qui laissait supposer qu'un principe général du droit en conflit avec une norme du *jus cogens* pouvait être valide. Certains membres estimaient qu'il fallait se dispenser d'un tel projet de conclusion car l'on ne pouvait envisager aucun conflit avec les principes généraux du droit. Il a également été dit que la Commission devait s'efforcer d'introduire de nouveaux éléments dans l'examen du sujet, autres que ceux qui avaient été pris en compte dans ses travaux antérieurs.

116. Il a été dit que, dans l'ensemble du projet de conclusions, les termes tels que « conséquences », « effets juridiques », « nul » ou « invalide » devaient être employés conformément à l'usage qui en était fait dans les instruments existants. Il a été proposé que la notion de « conflit » évoquée dans les projets de conclusion soit clarifiée dans le but de fournir aux États des indications ou des critères s'agissant de déterminer si, d'un point de vue juridique, un traité ou une loi entrait en conflit avec une norme du *jus cogens*.

b) Observations particulières

i) Projet de conclusion 10

117. Certains membres ont relevé que la première phrase du paragraphe 1 reprenait l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et ont proposé que la seconde, selon laquelle un traité en conflit avec le *jus cogens* ne crée ni droits ni obligations, soit explicitée dans le commentaire. Il a aussi été proposé que la seconde phrase soit davantage alignée sur le libellé du paragraphe 2 a) de l'article 71 de la Convention. Il a également été dit que la seconde phrase était superflue.

118. Tout en admettant qu'il était extrêmement rare que des traités soient en conflit direct avec le *jus cogens*, des membres se sont déclarés favorables à l'ajout du paragraphe 3, selon lequel les traités devaient être interprétés d'une manière qui les rende compatibles avec les normes du *jus cogens* et qui permettrait de guider les États dans leur interprétation. Il a été proposé de préciser dans le commentaire que cette disposition ne devait pas prévaloir sur les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 ou ancrées dans le droit international coutumier. Certains estimaient que la question de l'interprétation se poserait vraisemblablement pour toutes les sources du droit international et méritait de faire l'objet d'un projet de conclusion distinct. Plusieurs propositions visant à rendre la disposition plus claire ont été faites.

ii) Projet de conclusion 11

119. Plusieurs membres ont accueilli favorablement le paragraphe 1, qui confirmait l'impossibilité de séparer les dispositions d'un traité qui était en conflit avec une norme du *jus cogens* au moment de sa conclusion. Certains ont exprimé leur préférence pour une structure dans laquelle la séparabilité des dispositions (évoquée au paragraphe 2) serait présentée comme la règle générale et leur inséparabilité (actuellement évoquée au paragraphe 1) comme une règle spéciale, applicable dans le cas visé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Les raisons pour lesquelles les conséquences juridiques étaient différentes selon les situations devaient être examinées plus en détail. Certains ont estimé que le projet de conclusion pouvait aussi couvrir les actes des organisations internationales qui créent des obligations pour les États. Il a en outre été dit que le paragraphe 1 devait être reformulé de manière à être compatible avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 10 et qu'il devait souligner le caractère absolu de l'inséparabilité des dispositions conventionnelles en conflit avec les normes du *jus cogens* existantes.

iii) Projet de conclusion 12

120. Il a été dit que la formule « tout acte accompli sur la base de la disposition du traité », à la fin du paragraphe 1 du projet de conclusion 12, était trop générale pour décrire la relation entre le traité et l'acte, et pouvait être remplacée par « tout acte accompli au titre de l'application du traité ». Il a aussi été proposé que l'expression « dans la mesure du possible », employée à l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969, soit ajoutée au paragraphe 1 pour garantir l'applicabilité de la disposition, ou que la raison pour laquelle le libellé de la disposition différait légèrement de l'article 71 soit expliquée dans les commentaires. Il a également été proposé d'insérer entre les paragraphes 1 et 2 un nouveau paragraphe qui suivrait le libellé du paragraphe 1 b) de l'article 71, pour que les États soient aussi tenus de rendre leurs relations mutuelles conformes au *jus cogens*. Une autre proposition était d'aligner la formulation du paragraphe 2 sur celle du paragraphe 2 b) de l'article 71, en particulier par une référence au « maintien » des droits, obligations ou situations. Il a été dit que le projet de conclusion devait aussi inclure les dispositions des articles 69 et 70 de la Convention de Vienne de 1969 et traiter de la nullité ou de l'extinction d'un traité dans toutes les situations, y compris en cas de conflit avec le *jus cogens*.

121. Étant donné que le projet de conclusion 12 portait sur les conséquences de la nullité ou de l'extinction d'un traité, il a aussi été avancé qu'il serait préférable de placer cette disposition après le projet de conclusion 14.

iv) Projet de conclusion 13

122. Il a été dit que le paragraphe 2 du projet de conclusion 13 présentait un intérêt dans le domaine des instruments relatifs aux droits de l'homme et il a été fait mention de l'observation générale du Comité des droits de l'homme concernant les réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1066], selon laquelle des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte. Il a été dit que la simple présence de normes du *jus cogens* dans un traité n'impliquait pas que toute réserve à ce traité, par exemple une réserve à une clause compromissoire, n'était pas valide. Il a aussi été proposé de déplacer la disposition pour écarter tout malentendu et ne pas donner à entendre que les différends relatifs aux réserves à un traité sont également soumis à la procédure de règlement recommandée dans le projet de conclusion 14.

v) Projet de conclusion 14

123. La « procédure recommandée pour le règlement des différends », qui vise à faciliter la prise d'une décision finale quant à la nullité d'un traité en conflit avec le *jus cogens*, a été accueillie favorablement. Des membres estimaient que la Cour internationale de Justice ne devait être saisie, en application des dispositions, que des différends relatifs à la nullité d'un traité pour cause d'incompatibilité avec des normes du *jus cogens* ; d'autres étaient favorables à l'élargissement de la procédure aux différends relatifs à l'existence d'un conflit entre un traité et une norme du *jus cogens* et aux conséquences de la nullité. Il a été rappelé que, même si le projet d'articles de 1966 de la Commission renvoyait seulement à tous les moyens de règlement des différends, les États participant à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (Conférence de Vienne) avaient fait le choix de prévoir un mécanisme spécial pour les différends relatifs au *jus cogens*, qui devait devenir l'objet de l'alinéa a) de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, certains se sont demandé comment pourrait être vaincue la vive réticence des États à l'égard d'un règlement judiciaire en pareilles circonstances, dont attestaient les nombreuses réserves à cet article. Il a aussi été noté avec préoccupation que le recours à l'arbitrage créait un risque de divergence plus élevé, ce qui pouvait aller à l'encontre du but recherché, à savoir consolider le système juridique international et parvenir à la sécurité juridique. Il a été demandé si la décision de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral entraînerait la nullité ou l'extinction du traité, ou si cette décision aurait une simple valeur déclarative.

124. Certains membres considéraient que le fait de qualifier la procédure de « recommandée » atténuait le caractère juridiquement contraignant de l'obligation faite aux États parties à la Convention de Vienne de 1969 de soumettre à la Cour internationale de Justice leurs différends relatifs à la nullité d'un traité pour cause de conflit avec les normes du *jus cogens*. Un tel résultat risquait de conduire à l'absence de mécanisme spécifique pour l'établissement de la nullité d'un traité en conflit avec le *jus cogens* et de créer le problème que les États avaient justement tenté d'éviter en adoptant l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. Il a donc été proposé que l'affirmation unilatérale par un État de la nullité d'un traité pour cause d'incompatibilité avec le *jus cogens* fasse l'objet d'une autre procédure, telle que celle prévue à l'article 65 de la Convention, même lorsqu'un tribunal national ou régional avait déjà déclaré que le traité n'était pas conforme à une norme du *jus cogens*. À ce propos, il a été relevé que la Cour internationale de Justice avait souligné que les articles 65 à 67 de la Convention de Vienne de 1969, « s'ils ne codifi[aient] pas le droit coutumier, le reflét[aient] du moins généralement et cont[enaient] certains principes de procédure qui [avaient] pour fondement l'obligation d'agir de bonne foi »[1067]. Il a aussi été dit que le consentement de l'État à la compétence de la Cour internationale de Justice n'était pas nécessaire dans le cas d'un différend concernant le

[1066] Comité des droits de l'homme, observation générale nº 24 (1994) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquantième session, Supplément n° 40*, vol. I (A/50/40 (vol. I)), annexe V, par. 8.

[1067] *Projet Gabčíkovo- Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 66, par. 109.

jus cogens. De plus, il a été proposé d'ajouter un nouveau paragraphe qui prévoirait le recours à la compétence de la Cour internationale de Justice en matière consultative ou à d'autres procédures amiables aux fins du règlement des différends.

125. D'autres membres doutaient de la nécessité d'inclure le projet de conclusion dans son intégralité, vu qu'il revenait finalement aux États de choisir la procédure appropriée pour régler un différend et qu'il n'existait pas de hiérarchie proprement dite entre les différentes méthodes énumérées à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Il a aussi été dit que la disposition n'était pas en adéquation avec la démarche que suivait la Commission lorsqu'elle élaborait des projets de conclusion, qui était de refléter le droit international existant, dans la mesure où le Rapporteur spécial avait lui-même reconnu que la disposition ne reflétait pas le droit international existant et avait été introduite uniquement dans le but de recommander une procédure.

vi) Projet de conclusion 15

126. Les deux premiers paragraphes portant sur les conséquences du *jus cogens* pour le droit international coutumier, élaborés selon la même approche que celle appliquée au droit des traités, ont été accueillis favorablement. Il a toutefois été dit que la Commission ne devait pas éluder la question de savoir ce qui distinguait les normes du *jus cogens* des règles du droit international coutumier, le consentement de l'État n'étant pas l'unique fondement du *jus cogens*.

127. Sur le plan des propositions de modification, il a été rappelé que les projets de conclusions 3 et 5, tels qu'ils avaient été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, avaient respectivement confirmé qu'une norme du *jus cogens* pouvait être modifiée par une nouvelle norme ayant le même caractère et que le droit international coutumier était le fondement le plus commun des normes du *jus cogens*. En conséquence, il a été proposé que le projet de conclusion 15 dispose qu'une règle du droit international coutumier en conflit avec une norme du *jus cogens* pouvait se former à la condition que cette nouvelle règle coutumière soit acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'était permise. Il a également été proposé d'ajouter la relative « qui n'a pas le caractère de *jus cogens* » au paragraphe 1, comme cela avait été fait au paragraphe 2, pour ménager la possibilité de remplacer une norme du *jus cogens* par une autre. Il a été proposé que le premier paragraphe soit modifié pour indiquer que la pratique et l'*opinio juris* ne peuvent pas donner naissance à une norme du droit coutumier si elles sont en conflit avec le *jus cogens*, au lieu de postuler que la règle coutumière existe déjà au moment du conflit.

128. Plusieurs membres ont accueilli avec satisfaction le paragraphe 3, qui excluait l'applicabilité de la doctrine de l'objectif persistant aux normes du *jus cogens*, et l'ont jugé en accord avec la clause sans préjudice qui avait été introduite dans le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, adopté par la Commission en seconde lecture à la session en cours[1068]. Il a été rappelé qu'une norme du *jus cogens* supposait l'acceptation et la reconnaissance par une très large majorité des États, représentant toutes les régions et tous les systèmes juridiques.

129. Cependant, des membres étaient d'avis que le paragraphe 3 tel qu'il était proposé ne rendait pas pleinement compte de la complexité de la question, qui touchait à la relation entre la supériorité des normes du *jus cogens* et le principe du consentement de l'État. Il a été demandé si les effets d'une objection persistante, constatée au moment de la formation d'une règle du droit international coutumier, devaient être écartés lorsque cette règle coutumière accédait ensuite au statut de norme du *jus cogens*. Il a aussi été proposé d'examiner plus avant la différence entre les objections à une norme du *jus cogens* existante et les objections soulevées pendant la formation d'une norme du *jus cogens*. Il a également été proposé que la question de l'objection persistante soit traitée dans les commentaires.

[1068] Voir *supra*, chap. V.

vii) Projet de conclusion 16

130. Plusieurs membres ont insisté sur la nécessité de préciser le sens du terme « acte unilatéral » employé dans le projet de conclusion, et peut-être de lui préférer le terme « engagements unilatéraux », de manière à souligner que le projet de conclusion concernait uniquement les actes unilatéraux formels qui créaient des obligations juridiques. Il a été proposé de classer les actes unilatéraux en trois catégories. Il a été demandé si le projet de conclusion devait s'appliquer aussi aux organisations internationales. Il a aussi été proposé que des éclaircissements sur la différence entre les actes unilatéraux et les réserves soient apportés dans les commentaires.

viii) Projet de conclusion 17

131. Plusieurs membres ont souscrit à la position adoptée dans le projet de conclusion 17, à savoir que les obligations contraignantes découlant de résolutions d'organisations internationales, y compris les résolutions du Conseil de sécurité, ne devaient pas être valides si elles étaient contraires au *jus cogens*. Il a été avancé que le projet de conclusions devait tenir compte de toutes les résolutions d'organisations internationales, y compris des résolutions relatives au maintien de la paix et de la sécurité qui étaient adoptées par l'Assemblée générale lorsque le Conseil de sécurité n'était pas en mesure de prendre une décision. Il a aussi été relevé que d'autres actes d'organisations internationales, tels que les règlements, les directives et les décisions de l'Union européenne ou les actes d'une conférence intergouvernementale, pouvaient également créer des obligations juridiques et devaient être traités dans le projet de conclusions. Bien qu'un conflit direct entre une résolution du Conseil de sécurité et une norme du *jus cogens* soit peu probable, des membres jugeaient important que les résolutions du Conseil de sécurité soient traitées à part. Il estimaient en effet qu'un traitement distinct de ces résolutions était nécessaire compte tenu de leur statut particulier et de leurs conséquences juridiques pour les États dans diverses branches du droit international en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et en application de l'Article 103 de la Charte.

132. D'autres membres ne jugeaient pas approprié de mentionner expressément les résolutions du Conseil de sécurité dans le projet à l'examen, qui visait à formuler des règles générales. Des préoccupations ont été exprimées au sujet des conséquences négatives qui pourraient en découler pour l'effectivité des résolutions du Conseil de sécurité et pour le système de sécurité collectif mis en place par la Charte des Nations Unies. Il a été proposé que le projet de conclusion insiste plutôt sur le rôle des normes du *jus cogens* en tant que référence pour les États qui adoptaient des résolutions dans le cadre d'organisations internationales.

133. Il a été proposé que la disposition indique non seulement que les résolutions non conformes au *jus cogens* ne seraient plus contraignantes, mais aussi qu'elles ne seraient plus valides. Il a aussi été proposé de bien préciser que les conséquences pour les organisations internationales comprendraient aussi le devoir de non-reconnaissance et toutes les autres conséquences juridiques résultant du conflit avec une norme du *jus cogens*, et d'examiner la question de la séparabilité en cas de nullité des résolutions des organisations internationales, de la même manière qu'en cas de nullité des traités.

ix) Projet de conclusion 18

134. Tout en souscrivant à l'idée que les normes du *jus cogens* établissaient des obligations *erga omnes*, des membres ont proposé de préciser dans les commentaires que les obligations *erga omnes* ne découlaient pas toutes de normes du *jus cogens*. D'aucuns se sont demandé s'il était juste de dire que des normes du *jus cogens* « établissent » des obligations *erga omnes*. Des membres ont proposé de reformuler la disposition de manière à mieux refléter la relation entre les normes du *jus cogens* et les obligations *erga omnes* ainsi que les conséquences qui en résultaient. Il a aussi été proposé d'aligner la formulation sur celle du paragraphe 1 de l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il a également été dit que le projet de conclusion devait uniquement porter sur les violations graves d'obligations découlant de normes du *jus cogens*, de la même manière que les articles 40 et 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il a en outre été dit que la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* était complexe et méritait un

examen plus étendu et plus approfondi, qui permettrait de donner un meilleur aperçu de la question et de tenir compte de l'évolution récente de la réflexion, par exemple sur la question de savoir si les obligations *erga omnes* pouvaient naître de règles relatives à la protection de l'environnement.

x) Projet de conclusion 19

135. Le projet de conclusion 19, inspiré de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, a recueilli l'adhésion générale. Il a toutefois été proposé que son libellé suive plus fidèlement celui de l'article 26. Il a aussi été proposé que le projet de conclusion couvre les circonstances excluant l'illicéité dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales. Enfin, il a été proposé que le projet de conclusion traite également des contre-mesures.

xi) Projet de conclusion 20

136. Il a été proposé que le paragraphe 1 du projet de conclusion 20 suive plus fidèlement le texte de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Namibie* et mentionne que les États « ont l'obligation »[1069] de coopérer pour mettre fin à toute violation grave du *jus cogens*. Il a aussi été dit que l'on ne savait pas bien si l'obligation de coopérer correspondait au droit existant, ni quelles obligations en découleraient exactement.

137. Il a été proposé que le paragraphe 2 soit aligné sur le paragraphe 2 de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État et se lise donc comme suit : « [l]a violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ».

138. Certains membres doutaient de l'utilité du paragraphe 3, relatif aux formes de coopération, notamment parce qu'il ne faisait aucune mention du système de sécurité collective des Nations Unies, en particulier du Conseil de sécurité. Il a aussi été dit que le paragraphe 3 visait à développer progressivement l'application de l'obligation de coopérer, dans le cadre d'institutions ou de manière ad hoc, ce qui était bienvenu et devait être encouragé.

xii) Projet de conclusion 21

139. Si, de façon générale, les membres de la Commission ont appuyé le projet de conclusion 21, plusieurs ont dit douter du bien-fondé de l'omission, après le mot « violation », de l'adjectif « grave », qui figure au paragraphe 2 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État, car elle avait pour effet d'élargir la portée du principe au-delà de ce qui était prévu dans ce projet d'articles. En particulier, il a été dit que les motifs avancés par le Rapporteur spécial pour justifier cette omission pouvaient s'appliquer de la même manière à l'obligation de coopérer. Selon un autre point de vue, si la limitation de ladite obligation à des violations graves du *jus cogens* (comme le prévoyait le projet de conclusion 20) reposait sur de solides fondements juridiques et théoriques, il n'en allait pas de même pour l'obligation de ne pas reconnaître ni prêter assistance en cas de violation. À ce propos, il a été observé que la Commission devait faire œuvre de développement progressif en la matière.

140. Il a été proposé d'ajouter au projet de conclusion un paragraphe indiquant que la non-reconnaissance ne devait pas défavoriser la population concernée et que les actes pertinents, tels que l'inscription à l'état civil des naissances, des décès et des mariages, devaient être reconnus.

xiii) Projet de conclusions 22 et 23

141. Différents points de vue se sont exprimés quant à l'opportunité de traiter de la responsabilité pénale individuelle et de l'immunité *ratione materiae* (projet de

[1069] Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la page 54, par. 117 à 119.

conclusion 23) dans le cadre du projet de conclusions en cours d'élaboration. Plusieurs membres jugeaient pertinent d'examiner ces deux questions dans le contexte de l'analyse des conséquences de la violation du *jus cogens* et considéré de ce fait qu'elles avaient leur place dans le projet de conclusions. Plusieurs autres étaient d'avis que les projets de conclusions 22 et 23 portaient sur des règles primaires du droit pénal international concernant les poursuites pénales relevant de la compétence nationale, ainsi que sur les effets d'un sous-ensemble spécifique de règles de *jus cogens*, celles qui interdisaient des infractions internationales. Cette approche, ont-ils affirmé, s'écartait du champ du sujet, qui devait être limité aux règles secondaires du droit international et viser les effets généraux de l'ensemble des règles de *jus cogens*.

142. Concernant le paragraphe 1 du projet de conclusion 22, plusieurs membres ont relevé que le troisième rapport contenait de nombreux éléments, tirés tant du droit conventionnel que de la jurisprudence, qui étayaient l'existence d'une obligation juridique imposant aux États d'établir leur compétence pour connaître des crimes prohibés par le *jus cogens*, obligation qui découlait elle-même de l'interdiction des infractions internationales et de l'obligation faite aux États de coopérer pour mettre fin aux violations graves du *jus cogens*. Des membres ont regretté que cette disposition ne fasse pas mention du principe de la nationalité passive et ont proposé de traiter la question des conflits de compétence dans le commentaire.

143. D'autres membres étaient d'avis que le troisième rapport ne montrait pas suffisamment que la pratique des États permettait d'établir l'existence en droit international d'une obligation imposant à chaque État d'exercer sa compétence pénale nationale à l'égard de toutes les infractions interdites par le *jus cogens* lorsque ces infractions étaient commises sur son territoire ou par ses nationaux. Au contraire, le fait que la moitié, voire la majorité, des États ne soient pas dotés de lois réprimant les infractions prohibées par le *jus cogens*, comme les crimes contre l'humanité, le crime d'apartheid et le crime d'agression, témoignait de l'absence de conviction générale au sujet de l'existence d'une telle obligation en droit international. Certains ont, en outre, fait valoir que les exemples de pratique donnés dans le troisième rapport, qui portaient sur l'exercice par des États de leur compétence pénale nationale en application d'un traité, n'étaient pas nécessairement propres à étayer l'affirmation du paragraphe 1.

144. Plusieurs membres se sont dits favorables au maintien du paragraphe 2 sous la forme d'une clause sans préjudice, ce qui offrait la possibilité d'élargir l'exercice de la compétence nationale sur le fondement de la compétence universelle. Il a été proposé d'insérer l'expression « conformément au droit international » pour tenir compte des ambiguïtés actuelles du droit international au sujet de la compétence universelle.

145. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 23, il a été dit que la non-pertinence de la position officielle était une règle bien établie.

146. Pour ce qui est du paragraphe 2, plusieurs membres ont estimé que le Rapporteur spécial avait adopté une approche exhaustive de la question en examinant tant la pratique à l'appui de la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* dans le cas de crimes de *jus cogens* que la pratique contraire, et qu'il avait conclu à juste titre que la balance penchait en faveur de la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae* à l'égard d'une infraction commise en violation d'une norme de *jus cogens*. Certains membres se sont dits favorables à l'établissement d'une distinction entre le domaine civil et le domaine pénal dans l'examen des exceptions à l'immunité *ratione materiae*. Il a été suggéré de préciser, dans le projet de conclusion ou dans le commentaire y relatif, les crimes auxquels s'appliqueraient ces exceptions.

147. D'autres membres étaient d'avis que la pratique mentionnée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport n'étayait pas les projets de conclusion proposés. D'aucuns ont observé que, tel qu'il était libellé, le projet de conclusion 23 était potentiellement plus large encore que le projet d'article 7 du projet d'articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, adopté en 2017, à la soixante-neuvième session[1070].

[1070] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10* (A/72/10), par. 140.

Ils ont dit craindre que le projet de conclusion 23 ne rende plus difficile la conclusion d'un accord à la Commission au sujet des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, ainsi que l'adoption d'une convention sur la base des projets d'article sur les crimes contre l'humanité[1071].

148. Il a également été proposé de concilier les deux points de vue qui s'exprimaient au sein de la Commission en restreignant la portée du projet de conclusion, notamment en dressant une liste des crimes visés et en insistant dans le commentaire sur le caractère exceptionnel de la non-applicabilité de l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres encore ont proposé de laisser cette disposition en suspens jusqu'à l'achèvement des travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et sur les crimes contre l'humanité.

xiv) Travaux futurs

149. Certains membres ont regretté que, dans le cadre de la procédure suivie, les projets de conclusion restent devant le Comité de rédaction jusqu'à l'achèvement de la première lecture de l'ensemble du projet et ne soient pas soumis chaque année à l'examen en session plénière, accompagnés de leurs commentaires, et que les États n'aient pas la possibilité de faire des observations sur une position adoptée par la Commission après mûre réflexion. D'autres membres ont dit ne pas voir là de véritable obstacle aux travaux de la Commission car, dans le cadre de la Sixième Commission, les États avaient la possibilité de réagir aux rapports du Rapporteur spécial et aux projets de conclusion qu'il proposait, ainsi qu'aux rapports intérimaires présentés oralement par les Présidents successifs du Comité de rédaction.

150. L'idée de dresser une liste indicative de normes de *jus cogens* a suscité des réactions favorables. Il a été proposé de faire fond, à cette fin, sur les travaux antérieurs de la Commission dans le cadre desquels des normes de *jus cogens* avaient été identifiées. D'aucuns ont insisté sur l'importance de tenir le plus grand compte des observations reçues des États au sujet des normes devant figurer sur cette liste. D'autres ont attiré l'attention sur le fait que la Commission pourrait mettre beaucoup de temps à s'accorder sur une liste, même indicative.

151. Certains membres ont noté que la possibilité d'un *jus cogens* régional avait recueilli un certain soutien de la part des États à la Sixième Commission et ils ont proposé d'examiner l'existence de normes régionales de *jus cogens* et les relations de ces normes avec les normes de *jus cogens* d'application universelle. D'autres membres ont exprimé des doutes quant à l'existence d'un *jus cogens* régional et ont souligné que des travaux sur ce point risquaient de porter atteinte à la notion de *jus cogens* en tant qu'ensemble de normes « acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » et d'aller à son encontre.

152. Si certains membres ont dit partager la position du Rapporteur spécial, qui souhaitait achever la première lecture du projet de conclusions à la session suivante de la Commission, il a aussi été dit que la Commission ne devait pas se précipiter pour achever ses travaux sur le sujet.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

153. Le Rapporteur spécial a noté que, de manière générale, la Commission s'était montrée favorable à l'approche qu'il avait adoptée dans son troisième rapport, ainsi qu'aux projets de conclusion proposés. Il a dit partager l'opinion de certains membres selon laquelle il importait pour la stabilité du système juridique international d'exposer avec précision les conséquences des normes de *jus cogens*. Il a dit souscrire aux préoccupations exprimées au sujet des risques que ferait courir l'absence de garde-fous appropriés et raisonnables. Il a rappelé que l'objectif du sujet à l'examen n'était pas d'élaborer de nouvelles règles mais de rendre les règles existantes plus accessibles et compréhensibles. Tout en admettant que la rareté relative de la pratique des États posait un défi, il a dit qu'elle n'était pas un obstacle insurmontable et qu'elle ne justifiait pas l'adoption d'une approche exagérément prudente du sujet. Il a souligné que la Commission devait au

[1071] Ibid., par. 45.

contraire s'employer à évaluer soigneusement la pratique, en tenant compte des autres sources sur lesquelles elle s'appuyait habituellement, afin de décrire le plus fidèlement possible le droit international en vigueur. Il a fait remarquer que le libellé de nombre des projets de conclusion qu'il avait proposés était inspiré de la Convention de Vienne de 1969. Dans le même temps, il a jugé utile de rappeler que la structure de cette Convention n'avait pas été conçue compte tenu des seules normes de *jus cogens*.

154. Passant aux projets de conclusion proposés, le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission pour les divers commentaires et propositions de modification qu'ils avaient formulés et qui pourraient être examinés au Comité de rédaction ou reflétés dans le commentaire. De façon générale, les projets de conclusions 10 à 13 avaient suscité l'adhésion. Les deux premiers paragraphes du projet de conclusion 10, lus conjointement, énonçaient la principale conséquence découlant d'un conflit entre un traité et une norme de *jus cogens*, à savoir qu'un tel traité, soit était nul dès sa conclusion, soit devenait nul du fait de l'apparition ultérieure d'une norme de *jus cogens*. Ces deux paragraphes étaient inspirés de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a souscrit à la proposition d'élaborer, sur la base du paragraphe 3 de son projet de conclusion 10, un projet de conclusion unique qui énoncerait une règle générale d'interprétation applicable à toutes les sources du droit international. Le commentaire correspondant préciserait que cette règle s'appliquait dans le respect des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a également convenu qu'une telle règle d'interprétation reposait sur la bonne foi, idée qui était rendue par l'expression « autant que possible » et pourrait faire l'objet d'explications plus fournies dans le commentaire. Le principe *pacta sunt servanda* justifiait en grande partie l'adoption d'une approche de l'interprétation des traités qui soit cohérente et intégrative et, lorsqu'il était possible d'interpréter des dispositions conventionnelles d'une manière compatible avec le *jus cogens*, cette solution était toujours largement préférable à celle de la nullité du traité.

155. S'il a dit partager les préoccupations exprimées par certains membres de la Commission au sujet du caractère absolu de la règle de non-divisibilité en cas de conflit entre un traité et une règle de *jus cogens* existante, telle qu'elle apparaît au paragraphe 1 du projet de conclusion 11, le Rapporteur spécial a toutefois estimé qu'il était difficile de s'écarter des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sans fondement juridique cohérent ressortant de la pratique. Il a déclaré ne pas souscrire à la proposition tendant à faire référence aux articles 69 et 70 de la Convention dans le projet de conclusion 12, car les articles en question ne visaient pas les conséquences spécifiquement attachées au *jus cogens*.

156. Concernant le projet de conclusion 14, qui recommandait une procédure pour le règlement des différends, le Rapporteur spécial n'était pas opposé à l'idée d'y insérer un nouveau paragraphe s'inspirant de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969, pour autant que les membres de la Commission s'accordent de manière générale sur ce point. Il doutait toutefois, pour sa part, de l'opportunité d'assujettir les conséquences de la violation de normes de *jus cogens* à la recherche d'un accord par voie de négociation entre deux États ou plus. Il a réaffirmé que le projet de conclusion 14 ne cherchait pas à imposer quoi que ce soit aux États ni à trancher des questions de compétence ou de qualité pour agir. Cette disposition ne visait pas non plus à minimiser les obligations juridiques pesant sur les États parties à la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a accepté d'élargir la gamme des options envisagées pour le règlement des différends et de remanier le second paragraphe du projet pour en faire une clause sans préjudice. Il a en outre expliqué que la place choisie pour le projet de conclusion 14, à la fin du premier groupe de projets de conclusion, ne minimisait pas l'importance accordée à la procédure de règlement des différends, mais visait plutôt à montrer que cette procédure présentait un lien avec les projets de conclusion consacrés au conflit entre traités et normes de *jus cogens*.

157. Afin de répondre aux préoccupations de certains membres de la Commission quant à la logique qui sous-tendait le paragraphe 1 du projet de conclusion 15, le Rapporteur spécial a proposé de le remanier comme suit : « [u]ne règle du droit international coutumier ne se forme pas si la pratique sur laquelle elle se base est en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ». Il a en outre souscrit à la proposition selon laquelle le Comité de rédaction pourrait insérer l'expression « qui n'a pas le caractère de *jus cogens* »

au paragraphe 1 afin de régler la question de la modification d'une norme impérative par une nouvelle norme impérative. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Rapporteur spécial ne voyait pas d'inconvénient à établir un lien entre les effets de l'objection persistante lors de la formation du droit international coutumier et le fait que l'objection persistante ne soit plus applicable une fois qu'une norme avait acquis le statut de *jus cogens*.

158. Le Rapporteur spécial a donné raison aux membres qui estimaient utile de faire spécifiquement mention des résolutions du Conseil de sécurité dans le texte du projet de conclusion 17, car le débat sur les effets des normes de *jus cogens* sur les actes des organisations internationales se tenait souvent sur le terrain des décisions du Conseil de sécurité, eu égard aux pouvoirs uniques de celui-ci et à la teneur de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

159. Le Rapporteur spécial s'est dit opposé à l'insertion de l'adjectif « grave » dans le projet de conclusion 18, car elle ne trouvait aucune justification dans les articles sur la responsabilité de l'État et ne rendait pas dûment compte de la relation entre normes de *jus cogens* et obligations *erga omnes*. Dans le même temps, il ne voyait pas d'objection à examiner au Comité de rédaction la possibilité d'aligner le texte du projet de conclusion 18 sur le passage pertinent de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* [1072]. Il s'est, en outre, attaché à expliquer l'omission du même adjectif dans le projet de conclusion 21 en faisant observer qu'il ne fallait pas donner à penser que les États pourraient de manière licite reconnaître des situations résultant de violations du *jus cogens* qui n'auraient pas la « gravité » requise, ou contribuer au maintien de celles-ci.

160. Le Rapporteur spécial a également convenu que les projets de conclusion 18 à 21 devraient viser non seulement les États mais aussi les organisations internationales.

161. Le Rapporteur spécial a admis que les projets de conclusions 22 et 23 étaient différents des autres projets de conclusion en ce qu'ils concernaient les règles primaires tandis que les autres projets de conclusion traitaient de questions méthodologiques. Il a affirmé que l'on pouvait voir là une bonne raison de les écarter. Toutefois, il a souligné que la question des effets des normes de *jus cogens* sur les immunités était expressément mentionnée au paragraphe 17 du descriptif du sujet, qui avait été rédigé lorsqu'il avait été décidé d'inscrire le sujet au programme de travail à long terme de la Commission [1073]. Cette question n'avait suscité aucune objection au moment de son examen par la Commission et ni les États ni les membres de la Commission n'avaient à l'époque suggéré d'exclure les immunités du champ du sujet. Le Rapporteur spécial a fait observer que, comme l'avaient également relevé certains membres, une pratique abondante existait à l'appui des deux projets de conclusion et que la Commission avait déjà adopté des projets de conclusion reposant sur une pratique plus mince. Il n'était pas convaincu par l'argument selon lequel la présence de ces deux projets de conclusion ferait obstacle à un accord sur d'autres sujets à l'examen. De même, il s'inscrivait en faux contre l'idée que le projet de conclusion 23 n'était pas étayé par une pratique suffisante. Il a rappelé qu'il était dit dans les affaires au civil qui étaient souvent invoquées pour justifier l'absence d'exception à l'immunité dans le cas de crimes internationaux relevant du *jus cogens*, comme celle des *Immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*), qu'elles ne préjugeaient en rien de possibles exceptions dans le cadre de procédures au pénal. Tout en observant que les deux projets de conclusion bénéficiaient d'un large soutien auprès des membres de la Commission, le Rapporteur spécial a dit que, pour trouver une solution qui permette d'aller de l'avant, à la fois pour ce qui était du fond et de la possibilité de réunir un consensus, la Commission souhaiterait peut-être traiter de ces questions sous la forme d'une clause sans préjudice. Dans ce contexte, il a proposé au Comité de rédaction de substituer aux deux projets de conclusion une unique clause sans préjudice, qui se lirait comme suit : « [l]e présent projet de conclusions est sans préjudice des conséquences de normes impératives spécifiques/données/particulières du droit international général (*jus cogens*) ». Le commentaire correspondant indiquerait que l'une

[1072] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 32, par. 33.

[1073] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), annexe.

des questions visées par cette disposition était celle de l'immunité *ratione materiae* et il serait libellé de manière à réserver toute autre question.

162. En ce qui concerne les observations formulées au sujet de la méthode de travail consistant à laisser les textes en attente devant le Comité de rédaction sans rédiger de commentaires, le Rapporteur spécial a fait observer que la Commission l'avait approuvée à titre de compromis. Il a rappelé que, chaque année, le sujet avait été examiné pendant la seconde partie de la session, ce qui ne laissait pas suffisamment de temps pour rédiger et adopter des commentaires. Il s'est néanmoins engagé à soumettre un ensemble complet de commentaires à la Commission pour examen, étant entendu qu'en 2019 le sujet serait au programme de la première moitié de la session.

163. Enfin, le Rapporteur spécial a assuré aux membres de la Commission qu'il étudierait attentivement toutes leurs observations concernant les travaux futurs lorsqu'il préparerait son quatrième rapport. Il a dit souscrire à différentes suggestions faites à cet égard, telles que celles relatives à l'inclusion d'une bibliographie et à la nécessité de veiller à la cohérence de l'emploi des termes, ainsi qu'à l'idée selon laquelle le projet devait englober les principes généraux.

Chapitre IX
Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

A. Introduction

164. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » à son programme de travail et a désigné M^me^ Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour ce sujet[1074].

165. La Commission a reçu et examiné trois rapports de sa soixante-sixième (2014) à sa soixante-huitième session (2016)[1075]. À sa soixante sixième session (2014), elle a examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale[1076]. À sa soixante-septième session (2015), elle a examiné le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale[1077] et pris note des projets de disposition introductive et de principe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, qui ont été par la suite renumérotés et révisés par celui-ci pour des raisons techniques à la soixante-huitième session[1078]. À cette session, la Commission a en conséquence provisoirement adopté les projets de principes 1, 2, 5 et 9 à 13 assortis des commentaires y relatifs[1079]. À la même session, la Commission a également examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale[1080] et pris note des projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction[1081] sans adopter aucun commentaire à titre provisoire.

166. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a décidé, à la suite du départ de M^me^ Jacobsson, de créer un groupe de travail chargé de réfléchir à la marche à suivre pour poursuivre les travaux sur le sujet[1082]. Le groupe de travail, présidé par M. Vázquez-Bermúdez, était saisi des projets de commentaire préparés par la Rapporteuse spéciale, même si celle-ci ne faisait plus partie de la Commission, et se rapportant aux projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-huitième session et dont la Commission avait pris note à la même session. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission de désigner un nouveau rapporteur spécial pour ce sujet afin de l'aider à mener à bien ses travaux[1083]. Après avoir pris connaissance du rapport présenté oralement par le Président du Groupe de travail, la Commission a décidé de nommer M^me^ Marja Lehto Rapporteuse spéciale[1084].

B. Examen du sujet à la présente session

167. À la présente session, la Commission a constitué, à sa 3390^e^ séance, un groupe de travail présidé par M. Vázquez-Bermúdez, afin d'aider la Rapporteuse spéciale à élaborer

---

1074 La décision a été prise à la 3171^e^ séance de la Commission, le 28 mai 2013 (voir *Annuaire … 2013*, vol. II (2^e^ partie), p. 78, par. 167). Pour le plan d'étude du sujet, voir *Annuaire … 2011*, vol. II (2^e^ partie), annexe V.

1075 Document A/CN.4/674 et Corr.1 (rapport préliminaire), A/CN.4/685 (deuxième rapport) et A/CN.4/700 (troisième rapport).

1076 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n^o^ 10* (A/69/10), chap. XI.

1077 Ibid., *soixante-dixième session, Supplément n^o^ 10* (A/70/10), chap. IX.

1078 Documents A/CN.4/L.870 et A/CN.4/L.870/Rev.1.

1079 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n^o^ 10* (A/71/10), par. 188.

1080 Ibid., chap. X.

1081 Document A/CN.4/L.876.

1082 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n^o^ 10* (A/72/10), par. 255.

1083 Ibid., par. 260.

1084 Ibid., par. 262.

les projets de commentaire se rapportant aux projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18. Le Groupe de travail s'est réuni deux fois, les 3 et 4 mai 2018.

168. À sa 3426e séance, le 10 juillet 2018, la Commission a adopté provisoirement les projets de principes 4, 6 à 8 et 14 à 18, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-huitième session (voir sect. C.1 ci-après).

169. À la même séance, la Commission a entrepris l'examen du premier rapport de la Rapporteuse spéciale, Mme Marja Lehto (A/CN.4/720 et Corr.1). La Commission a poursuivi l'examen du premier rapport à ses 3427e à 3431e séances, du 11 au 17 juillet 2018.

170. Dans son premier rapport, la Rapporteuse spéciale traitait de la protection de l'environnement dans les situations d'occupation. Le rapport comportait une présentation générale de la protection de l'environnement au regard du droit de l'occupation et traitait des complémentarités entre le droit de l'occupation, le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement. La Rapporteuse spéciale proposait trois projets de principe relatifs à la protection de l'environnement dans les situations d'occupation, qui feraient l'objet d'une partie distincte (quatrième partie). Elle faisait aussi quelques propositions pour la suite des travaux sur le sujet.

171. À sa 3431e séance, le 17 juillet 2018, la Commission a renvoyé les projets de principes 19 à 21, tels qu'ils figuraient dans le premier rapport de la Rapporteuse spéciale, au Comité de rédaction[1085].

172. À sa 3436e séance, le 26 juillet 2018, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité de rédaction sur le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », qui comprenait les projets de principes 19, 20 et 21 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-dixième session (A/CN.4/L.911)[1086]

[1085] Le texte des projets de principe proposés par la Rapporteuse spéciale dans son premier rapport se lisait comme suit :

« **Quatrième partie**

Projet de principe 19

1. L'État occupant tient compte des considérations environnementales dans l'administration du territoire occupé, y compris toutes les zones maritimes adjacentes sur lesquelles l'État territorial a le droit d'exercer ses droits souverains.

2. Sauf empêchement absolu, l'État occupant respecte le droit du territoire occupé relatif à la protection de l'environnement.

Projet de principe 20

L'État occupant administre les ressources naturelles dans le territoire occupé de façon à garantir leur utilisation durable et à réduire au minimum les atteintes à l'environnement.

Projet de principe 21

L'État occupant use de tous les moyens à sa disposition pour que les activités menées dans le territoire occupé ne causent pas de dommages significatifs à l'environnement d'un autre État ou aux zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. ».

[1086] Le texte provisoirement adopté par le Comité de rédaction se lit comme suit :

« **Quatrième partie**

Principes applicables dans les situations d'occupation

Projet de principe 19

Obligations générales de la Puissance occupante

1. La Puissance occupante respecte et protège l'environnement du territoire occupé conformément au droit international applicable et tient compte des considérations environnementales dans l'administration de ce territoire.

2. La Puissance occupante prend les mesures voulues pour prévenir des dommages significatifs à l'environnement du territoire occupé qui sont susceptibles de compromettre la santé et le bien-être de la population de ce territoire.

3. La Puissance occupante respecte le droit et les institutions du territoire occupé relatifs à la protection de l'environnement et ne peut introduire de changements que dans les limites prévues par le droit des conflits armés.

Projet de principe 20

Utilisation durable des ressources naturelles

Dans la mesure où elle est autorisée à le faire, au bénéfice de la population du territoire occupé et à d'autres fins licites en vertu du droit des conflits armés, la Puissance occupante

(document à consulter sur le site Web de la Commission)[1087]. La Commission a pris note des projets de principe présentés par le Comité de rédaction. Elle devrait se prononcer sur les projets de principe et les commentaires y relatifs à la prochaine session.

173. À sa 3451e séance, le 9 août 2018, la Commission a adopté les commentaires des projets de principe provisoirement adoptés à la présente session (voir sect. C.2 ci-après).

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son premier rapport

174. La Rapporteuse spéciale a retracé l'historique du sujet, en rappelant que la Commission était déjà sérieusement engagée dans l'examen de celui-ci sur la base de trois rapports soumis par la précédente Rapporteuse spéciale. Elle a aussi souligné que les États continuaient de manifester leur intérêt pour le sujet et insisté sur l'importance que revêtaient les consultations avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le Comité international de la Croix-Rouge. Son premier rapport, qui faisait fond sur les rapports précédents, ne s'écartait pas de la méthode précédemment suivie et s'inscrivait dans la continuité des travaux déjà accomplis. Le rapport proposait trois nouveaux projets de principe portant sur une question dont la Commission avait estimé qu'elle justifiait un examen plus approfondi, celle de la protection de l'environnement dans les situations d'occupation. La Rapporteuse spéciale a réaffirmé la portée temporelle du sujet, qui couvrait tout le cycle du conflit et permettait de passer en revue le droit des conflits armés, le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement.

175. Le droit de l'occupation constituait un régime juridique distinct, principalement fondé sur le Règlement de La Haye de 1907 et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève). Ces instruments n'avaient qu'un effet indirect sur la protection de l'environnement, mais des notions pertinentes comme celles de « vie civile » et d'« usufruit » se prêtaient à une interprétation évolutive. En outre, il convenait d'interpréter le droit de l'occupation à la lumière des circonstances de l'occupation, en particulier son caractère stable ou instable et sa durée. La Rapporteuse spéciale a rappelé que, de manière générale, un territoire occupé était censé être administré au bénéfice de la population occupée, et non de l'État occupant.

176. Le rapport analysait les relations entre le droit international des droits de l'homme, le droit international de l'environnement et le droit de l'occupation en tant que *lex specialis*. Il ressortait de la jurisprudence internationale que le droit des droits de l'homme s'appliquait parallèlement au droit de l'occupation, tandis que le contenu exact des obligations dépendait de la nature et de la durée de l'occupation. Le rapport citait le droit à la santé comme un exemple de la contribution que pouvait apporter le droit des droits de l'homme à la protection de l'environnement en cas d'occupation. Le droit de l'environnement, tant coutumier que conventionnel, jouait aussi un rôle dans les situations d'occupation, en particulier par rapport à des questions ayant un caractère transfrontière ou une portée mondiale. La Rapporteuse spéciale a souligné que les obligations environnementales ainsi établies visaient à protéger un intérêt collectif et s'imposaient à un groupe d'États qui ne se limitait pas aux seuls concernés par le conflit armé ou l'occupation.

177. Le rapport présentait trois nouveaux projets de principe que la Rapporteuse spéciale proposait de faire figurer dans une nouvelle quatrième partie, puisqu'ils pouvaient être pertinents pour des conflits armés tout autant que pour la phase d'après-conflit, en fonction de la nature de l'occupation.

---

administre et utilise les ressources naturelles dans un territoire occupé de façon à garantir leur utilisation durable et à réduire au minimum les atteintes à l'environnement.

Projet de principe 21

Devoir de diligence

La Puissance occupante exerce la diligence voulue pour que les activités menées dans le territoire occupé ne causent pas de dommages significatifs à l'environnement de zones situées en dehors de ce territoire.

[1087] Le rapport et la déclaration correspondante du Président du Comité de rédaction peuvent être consultés dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

178. Le projet de principe 19 ancrait l'obligation de l'État occupant de protéger l'environnement dans l'obligation générale de prendre soin du bien-être des territoires occupés. Le texte du paragraphe 1, dont la Rapporteuse spéciale a proposé une reformulation durant sa présentation, s'appuyait sur le droit international des droits de l'homme et la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. Les obligations pertinentes couvraient le territoire terrestre ainsi que les zones maritimes adjacentes et l'espace aérien surjacent. Le paragraphe 2 réaffirmait l'obligation de l'État occupant de respecter, sauf empêchement absolu, le droit du territoire occupé relatif à la protection de l'environnement.

179. Le projet de principe 20 était fondé sur le principe de l'usufruit énoncé à l'article 55 du Règlement de La Haye de 1907 tout en reprenant le principe de l'utilisation durable qui en constituait l'équivalent moderne. Selon ce principe, l'État occupant devait faire montre de retenue dans l'exploitation des ressources non renouvelables et exploiter les ressources renouvelables d'une manière garantissant leur utilisation à long terme et leur capacité de régénération. La manière dont le principe se concrétisait dépendait de la nature et de la durée de l'occupation. Le libellé du projet d'article 20 s'inspirait de celui du paragraphe 1 de l'article 54 des Règles de Berlin relatives aux ressources en eaux adoptées par l'Association de droit international[1088].

180. Le projet de principe 21 consacrait l'obligation de ne pas porter atteinte à l'environnement d'un autre État. En tant que principe essentiel du droit international de l'environnement, cette obligation de ne pas nuire s'appliquait aux situations d'occupation, comme on en trouvait la confirmation dans la jurisprudence internationale et les précédents travaux de la Commission. Le libellé s'inspirait de celui de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*[1089]. L'expression « à sa disposition » visait notamment à assurer une certaine souplesse en fonction des circonstances.

181. La Rapporteuse spéciale a en outre expliqué que les principes figurant dans la première et la deuxième parties s'appliquaient à des situations d'occupation, et elle a proposé de préciser dans le commentaire des projets de principes 15 à 18, figurant dans la troisième partie, que ceux-ci étaient également pertinents dans les situations d'occupation.

182. Quant à la suite des travaux, la Rapporteuse spéciale a exprimé son intention d'examiner dans son deuxième rapport certaines questions relatives à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés non internationaux, les questions portant sur les responsabilités en cas de dommages causés à l'environnement en rapport avec des conflits armés et les obligations de réparer qui en découlaient, ainsi que les problèmes que soulevait la compilation des projets de principe en un seul texte.

2. Résumé du débat

a) Observations d'ordre général

183. Les membres se sont dits satisfaits de ce que Rapporteuse spéciale ait suivie la méthode adoptée par sa prédécesseure, s'agissant en particulier de l'approche temporelle du sujet. Il a cependant été réaffirmé qu'une stricte division temporelle risquait de ne pas être toujours possible. Plusieurs membres ont souscrit à l'idée exprimée par la Rapporteuse spéciale que la Commission ne devait pas tenter de modifier le droit international humanitaire relatif à l'occupation, mais plutôt s'efforcer de combler les lacunes en ce qui concernait la protection de l'environnement.

184. Certains membres ont appuyé l'adjonction d'une quatrième partie distincte, portant spécifiquement sur l'occupation. D'autres ont soutenu que l'occupation s'inscrivait exclusivement dans la phase du conflit armé (deuxième partie), tandis que d'autres encore ont affirmé que l'occupation se rapportait à la phase d'après-conflit (troisième partie).

[1088] Règles de Berlin sur l'utilisation équitable et le développement durable des eaux (Association de droit international, *Rapport de la soixante et onzième Conférence, Berlin, 16-21 août 2004*, Londres, 2004, p. 334 et suiv., à la page 397).

[1089] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine* c. *Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 14.

Plusieurs membres se sont dits favorables à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'étendre l'application de certains projets de principe déjà adoptés provisoirement par la Commission aux situations d'occupation et ont estimé que cela devrait être mentionné dans les commentaires. Il a été proposé par certains membres d'indiquer dans un projet de principe distinct que les projets de principe figurant dans les première, deuxième et troisième parties s'appliquaient *mutatis mutandis* aux situations d'occupation.

185. Certains membres estimaient que dans son rapport la Rapporteuse spéciale présentait peu de pratique étatique à l'appui de ses conclusions, tandis que d'autres ont demandé qu'il soit fait état de la pratique étatique d'un plus grand nombre de régions. Certains membres ont proposé d'introduire une définition de la notion d'occupation, soit dans le commentaire, soit dans le texte des projets de principe. D'autres ont affirmé qu'une telle définition ne serait pas nécessaire, tout en reconnaissant que les situations d'occupation pouvaient varier quant à leur nature et leur durée. Il a aussi été proposé par certains membres de tenir compte du caractère licite ou illicite de l'occupation, et d'exclure l'applicabilité du droit de l'occupation aux situations résultant de l'emploi illicite de la force.

186. Plusieurs membres ont proposé de traiter la question de l'applicabilité du droit de l'occupation aux organisations internationales dans les projets de principe ou dans les commentaires. Certains membres ont dit que les organisations internationales pouvaient exercer des fonctions comparables à celles d'une Puissance occupante, mais d'autres membres ont exprimé des doutes sur cette proposition. Certains membres ont fait observer que l'administration internationale d'un territoire par une organisation internationale était par nature très différente d'une occupation belligérante.

187. Plusieurs membres ont proposé de remplacer le terme « État occupant » par le terme plus général « Puissance occupante », employé dans les instruments pertinents.

188. Plusieurs membres ont fait observer que le droit des conflits armés était antérieur au droit international de l'environnement, mais qu'il convenait de l'interpréter de manière à y intégrer des éléments de ce dernier. D'autres membres n'étaient pas favorables à une interprétation évolutive du droit des conflits armés.

189. Des membres ont fait remarquer que le droit de l'occupation constituait un sous-ensemble du droit des conflits armés, qui n'avait qu'un effet « indirect » sur la protection de l'environnement. D'une manière générale, les membres ont convenu que le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement continuaient de s'appliquer dans les situations d'occupation, mais que les traits spécifiques du droit des conflits armés devaient être pris en considération. Selon certains membres, le droit international humanitaire, en tant que *lex specialis*, pouvait conduire à écarter ces branches du droit si la situation d'occupation l'exigeait. D'autres membres ont affirmé que, dans les situations d'occupation, la nécessité militaire ne primait pas les obligations résultant du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement, mais qu'il fallait trouver un équilibre entre la première et les secondes.

190. Plusieurs membres ont souligné que l'application du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement dépendait du type d'occupation, de sa nature et de sa durée. À ce propos, certains membres ont proposé d'établir une distinction entre différentes formes d'occupation, comme l'occupation « belligérante » ou « militaire » et l'occupation « pacifique » ou « prolongée », ou l'occupation « coloniale ». D'autres membres ont fait valoir que le rapport était axé sur l'occupation belligérante et que, dans ce contexte, une telle distinction n'était pas nécessaire.

191. Certains membres ont mis en doute le lien établi par la Rapporteuse spéciale entre la protection des droits de propriété dans les situations d'occupation et la protection de l'environnement. Il a été souligné que des dommages à la propriété publique ou privée n'étaient pas nécessairement assimilables à des dommages à l'environnement. D'autres membres ont affirmé que la protection de l'environnement était devenue une fonction essentielle de l'État moderne et que, dans le contexte juridique actuel, il était possible d'interpréter la notion d'« usufruit » comme intégrant des considérations environnementales.

192. Un certain nombre de membres ont aussi relevé que, tandis qu'une partie importante du rapport traitait du droit international des droits de l'homme, la Rapporteuse spéciale n'avait proposé aucun projet de principe sur cette base. Plusieurs membres ont proposé de rédiger un nouveau projet de principe, ou un nouveau paragraphe, consacré à la pertinence du droit international des droits de l'homme, tandis que certains membres ont exprimé des doutes sur cette proposition, considérant qu'elle n'entrait pas dans le champ du sujet.

193. Tout en convenant que le droit à la santé intéressait la protection de l'environnement, plusieurs membres ont engagé la Rapporteuse spéciale à élargir son analyse à d'autres droits de l'homme, comme le droit à la vie, le droit à l'eau et le droit à l'alimentation. Il a été proposé de mettre l'accent sur les populations particulièrement vulnérables.

b) Observations sur le projet de principe 19

194. De manière générale, les membres ont exprimé leur appui à la révision orale du paragraphe 1 du projet de principe 19 faite par la Rapporteuse spéciale pendant sa présentation du rapport, mais certains ont demandé des précisions supplémentaires sur la formulation proposée. En particulier, plusieurs membres ont demandé que soient précisés certains termes, dont « obligation générale », « considérations environnementales » et « administration », ou ont demandé que l'utilisation des termes « État territorial » et « droits souverains » soit réexaminée.

195. Certains membres ont mis en question la référence faite aux zones maritimes et à l'espace aérien du territoire occupé. D'autres ont affirmé que l'administration était limitée aux zones sur lesquelles l'État occupant avait établi son autorité et exerçait un contrôle effectif.

196. En ce qui concerne le paragraphe 2, des membres ont appuyé la position de la Rapporteuse spéciale selon laquelle un État occupant avait l'obligation générale de respecter la législation du territoire occupé relativement à la protection de l'environnement. Plusieurs membres ont fait valoir que la Puissance occupante disposait, pour modifier la législation relative à l'environnement, d'une plus grande marge de manœuvre que celle permise par la formulation du paragraphe 2, en particulier pour ce qui était de renforcer la protection de la population. L'idée a été émise que dans de tels cas la population locale devait être consultée.

197. Il a été dit que, outre la législation interne, les États occupants devaient respecter les obligations internationales relatives à la protection de l'environnement qui incombaient au territoire occupé. Il a également été affirmé qu'un État occupant était lié par ses propres obligations au regard du droit international.

198. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été faites au sujet du projet de principe 19, y compris l'ajout d'un paragraphe supplémentaire reflétant le rôle du droit international des droits de l'homme.

c) Observations sur le projet de principe 20

199. En ce qui concerne le projet de principe 20, certains membres se sont dits favorables au terme « utilisation durable », mais un avis a été exprimé selon lequel le terme devait être clarifié. D'autres membres ont estimé que le principe de l'utilisation durable constituait un objectif de politique générale plutôt qu'une obligation juridique et ont mis en question son application aux situations d'occupation. Certains membres ont aussi mis en question le lien avec la notion d'usufruit et la manière dont cette notion s'appliquait à différentes catégories de biens, notamment la propriété privée, les biens collectifs et les ressources naturelles. D'autres membres ont souligné que les États occupants devaient prendre en considération la durabilité dans l'administration et l'exploitation des ressources naturelles.

200. À cet égard, plusieurs membres ont souligné l'importance des principes de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pour le projet de principes, alors que d'autres ont mis en question la pertinence de ces principes.

201. Des membres ont souligné que la Puissance occupante devait agir dans l'intérêt de la population sous occupation et non dans son propre intérêt. Il a été suggéré d'élargir le principe pour l'appliquer plus généralement au développement économique et social de l'État occupé.

202. Certains membres ont aussi mis en question l'expression « réduire au minimum », s'agissant des atteintes à l'environnement, et il a été dit que le verbe « prévenir » serait plus approprié. L'idée a été exprimée que, dans les situations d'occupation, il fallait mettre l'accent sur l'élimination et la réparation des atteintes à l'environnement, compte tenu des projets de principe figurant dans la troisième partie, plutôt que sur l'administration des ressources naturelles.

203. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été formulées au sujet du projet de principe 20.

d) Observations sur le projet de principe 21

204. Les membres se sont en général dits favorables à l'inclusion de l'obligation de ne pas nuire ou devoir de diligence dans le projet de principe 21, bien qu'un avis ait été exprimé selon lequel ce principe n'avait pas sa place dans le projet. Une proposition tendait à inclure dans le projet l'obligation de coopérer pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution transfrontière de l'environnement.

205. Sur le plan rédactionnel, certaines propositions ont été faites et des suggestions proposées, notamment en ce qui concerne les formules « tous les moyens à sa disposition », « dommages significatifs » et « zones ne relevant pas de la juridiction nationale ». Il a également été suggéré d'étendre l'obligation de ne pas nuire aux situations de conflit armé allant au-delà de l'occupation.

e) Travaux futurs

206. Les propositions de la Rapporteuse spéciale concernant les travaux futurs sur le sujet ont été appuyées. Il a été suggéré que, dans son prochain rapport, la Rapporteuse spéciale traite de la mesure dans laquelle le projet de principes s'appliquait aux conflits armés non internationaux, des mesures d'exécution, de l'indemnisation des dommages environnementaux et des questions relatives à la responsabilité et à l'obligation de réparer. La Rapporteuse spéciale a également été encouragée à préciser le rôle et les obligations des acteurs non étatiques. Il a été suggéré d'approfondir la question de la pertinence du principe de précaution et du principe du « pollueur-payeur » à l'égard du sujet, mais cette proposition a suscité une opposition.

207. L'idée d'achever l'examen du sujet en première lecture en 2019 a été appuyée, même s'il a été souligné que l'objectif était ambitieux.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

208. À propos de l'applicabilité du droit de l'occupation aux organisations internationales, la Rapporteuse spéciale a fait observer que ce droit pouvait être pertinent pour l'administration d'un territoire, en particulier par les missions des Nations Unies, pour autant que les organisations internationales exercent sur le territoire en question des fonctions et des pouvoirs comparables à ceux d'un État occupant au titre du droit des conflits armés. Elle a souligné que, même si l'on considérait que le droit de l'occupation pouvait compléter le mandat défini dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, le recours au droit de l'occupation à cette fin était très peu étayé par la pratique. Cela restait une possibilité théorique, et la question n'était pas assez mûre pour être traitée dans le projet de principes. La Rapporteuse spéciale a proposé de remplacer le terme « État occupant » dans le projet de principes par le terme « Puissance occupante », ce qui laisserait la possibilité de prendre en considération de futures évolutions à cet égard.

209. La Rapporteuse spéciale a souligné que la distinction entre occupation belligérante et occupation pacifique avait perdu beaucoup de son sens et que la présence de forces armées reposant sur un accord était déjà largement couverte par les projets de principes 7 et 8. Elle a réaffirmé que le rapport et le projet de principes mettaient l'accent sur l'occupation

belligérante ou militaire. En outre, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de distinguer entre les différentes formes d'occupation, puisque le droit des conflits armés ne le faisait pas. Dans le même temps, elle a souligné que les obligations incombant à l'État occupant au titre du droit de l'occupation dépendaient dans une certaine mesure du contexte et que, partant, il était reconnu qu'elles pouvaient être mises en œuvre avec une certaine souplesse.

210. À propos de l'interaction des différents domaines du droit international, la Rapporteuse spéciale a indiqué que les exigences du droit de l'occupation en tant que *lex specialis* et la réalité concrète de la situation influaient sur la mesure dans laquelle d'autres domaines du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement, pouvaient compléter le droit des conflits armés. Cela ne signifiait pas que l'on pouvait faire fi des principes humanitaires, des droits de l'homme et des considérations environnementales, comme le montrait clairement la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. La question n'était donc pas de savoir si certaines règles applicables en temps de paix s'appliquaient dans des situations de conflit armé ou d'occupation, mais plutôt de quelle manière.

211. Quant à la question générale de la licéité ou de l'illicéité de l'occupation, la Rapporteuse spéciale a relevé que le droit des conflits armés s'appliquait chaque fois que les critères d'un conflit armé étaient remplis, quelles que soient les raisons du conflit. Elle a souligné que le droit de l'occupation, du point de vue du droit international humanitaire, s'appliquait de manière égale à toutes les occupations, qu'elles soient ou non le résultat d'un emploi licite de la force dans le cadre du *jus ad bellum*.

212. La Rapporteuse spéciale a indiqué que, même si elle avait mis l'accent, dans le premier rapport, sur le droit à la santé, d'autres droits de l'homme étaient pertinents du point de vue de la protection de l'environnement. Elle a conclu que ces droits pourraient utilement être traités dans le commentaire. Elle a suggéré de préciser dans le commentaire la relation entre les projets de principe proposés dans le premier rapport et les projets de principe déjà adoptés par la Commission.

213. La Rapporteuse spéciale a noté que la reformulation qu'elle avait proposée lors de sa présentation était largement acceptée. Elle a ajouté que le terme « obligation générale » renvoyait à l'article 43 du Règlement de La Haye, qui énonçait l'obligation de l'État occupant de rétablir et d'assurer l'ordre public et la vie civile. Une telle obligation devait être interprétée à la lumière des circonstances actuelles, notamment au regard de l'importance des préoccupations environnementales en tant qu'intérêt essentiel de tous les États et de l'évolution du droit international des droits de l'homme. La Rapporteuse spéciale a aussi indiqué que les « considérations environnementales » dépendaient du contexte et évoluaient, comme indiqué dans le commentaire du projet de principe 11. Elle a également précisé que la dernière partie du paragraphe 1, concernant la portée territoriale du projet de principe 19, pourrait être traitée dans le commentaire. À propos du paragraphe 2 du projet de principe 19, la Rapporteuse spéciale a reconnu qu'il était utile de faire référence non seulement à la législation de l'État occupé, mais aussi à ses obligations internationales. Enfin, elle s'est dite favorable à la proposition faite par plusieurs membres d'introduire une disposition relative aux obligations de l'État occupant en matière de droits de l'homme.

214. En ce qui concernait le projet de principe 20, la Rapporteuse spéciale a souligné que le premier point concernait les limites du droit de la Puissance occupante d'administrer et d'utiliser les ressources du territoire occupé. À cet égard, elle a indiqué qu'il pourrait être utile d'ajouter, comme cela a été proposé, soit dans le projet de principe, soit dans le commentaire, une formule inspirée de la Déclaration de Bruges sur le recours à la force de l'Institut de Droit international[1090]. Elle a ajouté que le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles devait également être pris en compte. En ce qui concernait la mention de la nécessité de « réduire au minimum les atteintes à l'environnement », elle a souligné que l'objectif du projet de principes, comme indiqué dans le projet de principe 2, était d'améliorer « la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment grâce à des mesures de prévention destinées à réduire au

[1090] Institut de Droit international, *Annuaire*, vol. 70, tome II, session de Bruges (2003), p. 284 et suiv. ; à consulter à l'adresse www.idi-ill.org, Declarations.

minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé ». En outre, la Rapporteuse spéciale a rappelé que le projet de principe 20 était fondé sur l'article 55 du Règlement de La Haye, qui était contraignant au regard du droit international coutumier et devait être interprété comme englobant les aspects environnementaux. En outre, la notion de durabilité, en particulier dans le contexte de l'utilisation durable des ressources naturelles, était bien établie, comme en témoignait l'adoption par l'Assemblée générale du Programme de développement durable à l'horizon 2030 et des 17 objectifs de développement durable[1091].

215. La Rapporteuse spécial a indiqué que le projet de principe 21 avait fait l'objet d'un large accord. Outre le libellé actuel, deux variantes, qui découlaient soit de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*[1092], soit des projets d'article de la Commission sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[1093], avaient été appuyées.

216. En ce qui concernait les travaux futurs sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a précisé que son intention était de traiter les conflits armés non internationaux, ainsi que les questions de la responsabilité et de l'obligation de réparer, dans le contexte du sujet, et non d'en faire une présentation complète. Elle a fait observer qu'il n'était pas souhaitable de limiter expressément le projet de principes à un type de conflit armé, étant donné que dans son évolution le droit international coutumier avait tendance à réduire progressivement l'importance de la distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux. Cette approche était également conforme à celle qui avait été adoptée jusqu'à présent par la Commission dans son examen du sujet.

C. Texte des projets de principe sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets de principe

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

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

Principe 1
Champ d'application

Les présents projets de principes s'appliquent à la protection de l'environnement* avant, pendant ou après un conflit armé.

Principe 2
Objet

Les présents projets de principe visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment par le biais de mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé et par le biais de mesures réparatrices.

[…]

[1091] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015.

[1092] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.

[1093] *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 157 et suiv.

* La question de savoir s'il est préférable d'employer le terme « environnement » ou l'expression « environnement naturel » pour tout ou partie des présents projets de principe sera réexaminée à un stade ultérieur.

Première partie
Principes généraux

Principe 4
Mesures visant à améliorer la protection de l'environnement

1. Les États prennent, conformément aux obligations que leur impose le droit international, des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

2. En outre, les États devraient prendre, s'il y a lieu, d'autres mesures pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

Principe 5 [I-(x)]
Déclaration de zones protégées

Les États devraient déclarer, par accord ou autrement, zones protégées les zones d'importance environnementale et culturelle majeure.

Principe 6
Protection de l'environnement des peuples autochtones

1. Les États devraient, en cas de conflit armé, prendre les mesures voulues pour protéger l'environnement des territoires habités par des peuples autochtones.

2. Après un conflit armé qui a eu des effets néfastes sur l'environnement de territoires habités par des peuples autochtones, les États devraient engager des consultations et une coopération effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire des institutions représentatives propres à ces peuples, en vue de prendre des mesures de remise en état.

Principe 7
Accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés

Les États et les organisations internationales devraient, s'il y a lieu, faire figurer des dispositions sur la protection de l'environnement dans les accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés. Ces dispositions peuvent inclure des mesures de prévention, des études d'impact et des mesures de restauration et de nettoyage.

Principe 8
Opérations de paix

Les États et les organisations internationales participant à des opérations de paix en rapport avec des conflits armés tiennent compte de l'impact de ces opérations sur l'environnement et prennent les mesures voulues pour prévenir, atténuer et réparer leurs conséquences dommageables à l'environnement.

Deuxième partie
Principes applicables pendant un conflit armé

Principe 9 [II-1]
Protection générale de l'environnement naturel pendant un conflit armé

1. L'environnement naturel doit être respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit des conflits armés.

2. Le conflit armé sera conduit en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves.

3. Aucune partie de l'environnement naturel ne saurait être attaquée, à moins qu'elle soit devenue un objectif militaire.

Principe 10 [II-2]
Application du droit des conflits armés à l'environnement naturel

Le droit des conflits armés, notamment les principes et règles de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et de précautions dans l'attaque s'appliquent à l'environnement naturel, en vue de sa protection.

Principe 11 [II-3]
Considérations environnementales

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire.

Principe 12 [II-4]
Interdiction des représailles

Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

Principe 13 [II-5]
Zones protégées

Une zone d'importance environnementale et culturelle majeure déclarée zone protégée par accord est protégée contre toute attaque, aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire.

Troisième partie
Principes applicables après un conflit armé

Principe 14
Processus de paix

1. Les parties à un conflit armé devraient, dans le cadre du processus de paix, y compris, s'il y a lieu, dans les accords de paix, traiter des questions relatives à la restauration et la protection de l'environnement endommagé par ce conflit.

2. Les organisations internationales compétentes devraient, s'il y a lieu, jouer un rôle de facilitation à cet égard.

Principe 15
Évaluations de l'environnement et mesures de remise en état après un conflit armé

La coopération entre les acteurs concernés, y compris les organisations internationales, en matière d'évaluations de l'environnement et de mesures de remise en état après un conflit armé est encouragée.

Principe 16
Restes de guerre

1. Après un conflit armé, les parties au conflit s'efforcent d'enlever ou de neutraliser les restes de guerre toxiques et dangereux se trouvant sous leur juridiction ou leur contrôle et causant ou risquant de causer un dommage à l'environnement. Ces mesures sont prises dans le respect des règles de droit international applicables.

2. Les parties s'efforcent également de conclure des accords, entre elles et, s'il y a lieu, avec d'autres États et des organisations internationales, en matière d'assistance technique et matérielle, y compris, si les circonstances s'y prêtent, en vue d'organiser des opérations conjointes pour enlever ou neutraliser ces restes de guerre toxiques et dangereux.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de tous droits ou obligations existant en droit international s'agissant d'enlever, de retirer, de détruire ou d'entretenir les champs de mines, zones minées, mines, pièges, engins explosifs et autres dispositifs.

Principe 17
Restes de guerre immergés en mer

Les États et les organisations internationales compétentes devraient coopérer pour faire en sorte que les restes de guerre immergés en mer ne constituent pas un danger pour l'environnement.

Principe 18
Échange et mise à disposition d'informations

1. Pour faciliter les mesures de remise en état après un conflit armé, les États et les organisations internationales compétentes échangent les informations pertinentes et donnent accès à ces informations conformément aux obligations que leur impose le droit international.

2. Rien dans le présent projet de principe n'oblige un État ou une organisation internationale à échanger des informations ou à donner accès à des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Les États ou organisations internationales coopèrent néanmoins de bonne foi afin de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

2. Texte des projets de principe et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-dixième session

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

Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

Principe 4
Mesures visant à améliorer la protection de l'environnement

1. Les États prennent, conformément aux obligations que leur impose le droit international, des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

2. En outre, les États devraient prendre, s'il y a lieu, d'autres mesures pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

Commentaire

1) Le projet de principe 4 reconnaît que les États sont tenus de prendre des mesures efficaces pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Le paragraphe 1 rappelle les obligations découlant du droit international et le paragraphe 2 encourage les États à prendre volontairement davantage de mesures. La formule « pour améliorer la protection de l'environnement », qui figure dans les deux paragraphes, correspond à la finalité du projet de principes. De même, l'expression « en rapport avec les conflits armés », également introduite dans l'un et l'autre paragraphes, vise à insister sur le lien entre la protection de l'environnement et les conflits armés.

2) Le paragraphe 1 exprime l'idée que les États ont l'obligation, au regard du droit international, d'améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés et traite des mesures qu'ils sont tenus de prendre à cette fin. Dans la version anglaise du texte, l'obligation est exprimée par le mot « shall ». Cette exigence est nuancée par la formule « conformément aux obligations que leur impose le droit international », qui indique que les États ne sont pas tenus d'aller au-delà de ce que leur imposent leurs obligations. La nature des obligations imposées à l'État par cette disposition varie en fonction des obligations qui incombent à l'État au regard du droit international.

3) Le paragraphe 1 est donc libellé en des termes généraux de façon à couvrir un large éventail de mesures. Il comporte des exemples des types de mesures que peuvent prendre les États, à savoir des « mesures […] d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre ». Ces exemples ne sont pas exhaustifs, comme l'atteste l'emploi de la formule « ou autre ». Ils ont simplement pour but de mettre en évidence les types de mesure les plus pertinents que doivent prendre les États.

4) Le droit des conflits armés impose aux États différentes obligations qui contribuent directement ou indirectement à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. La formule « que leur impose le droit international » est néanmoins de plus vaste portée puisqu'elle couvre aussi d'autres obligations conventionnelles ou coutumières pertinentes, relatives à la protection de l'environnement avant, pendant ou après un conflit armé, que ces obligations découlent du droit international de l'environnement, du droit des droits de l'homme ou d'autres branches du droit.

5) Pour ce qui est du droit des conflits armés, l'obligation de diffuser ce droit auprès des forces armées et, dans la mesure du possible, de la population civile contribue à la protection de l'environnement[1094]. À ce propos, il convient de mentionner l'article 83 du Protocole additionnel I, selon lequel les Hautes Parties contractantes sont tenues de diffuser auprès de leurs forces armées des informations sur les articles 35 et 55 de cet instrument[1095], entre autres dispositions. Il est possible en outre d'établir un lien entre cette obligation et l'article premier commun aux Conventions de Genève, qui dispose que les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les Conventions en toutes circonstances[1096]. Pour satisfaire à l'obligation de diffusion, il est possible, par exemple, de faire figurer des renseignements utiles dans les manuels militaires[1097], comme préconisé dans les Directives

---

[1094] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nº 970, p. 31, art. 47 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 971, p. 85, art. 48 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 972, p. 135, art. 127 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève) (Genève, 12 août 1949), ibid., nº 973, p. 287, art. 144 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (Genève, 8 juin 1977), ibid., vol. 1125, nº 17512, p. 3, art. 83 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (Genève, 8 juin 1977), ibid., nº 17513, p. 609, art. 19 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) (Genève, 8 décembre 2005), ibid., vol. 2404, nº 43425, p. 261, art. 7 ; Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Genève, 10 octobre 1980), ibid., vol. 1342, nº 22495, p. 137, art. 6. Voir aussi J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), règle 143, p. 505 à 508.

[1095] L'article 35 du Protocole additionnel I est libellé comme suit :

> « 1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.
>
> 2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.
>
> 3. Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

L'article 55 est libellé comme suit :

> « 1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population.
>
> 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites ».

[1096] Première Convention de Genève, art. 1 ; deuxième Convention de Genève, art. 1 ; troisième Convention de Genève, art. 1 ; quatrième Convention de Genève, art. 1.

[1097] Différents États ont introduit des dispositions de ce type dans leurs manuels militaires, notamment : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, la Belgique, le Bénin, le Burundi, le Canada,

du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé[1098].

6) L'article premier commun est également interprété comme faisant obligation aux États, lorsque ceux-ci sont en mesure de le faire, d'exercer leur influence pour prévenir et faire cesser les violations des Conventions de Genève commises par des parties à un conflit armé[1099]. En matière de protection de l'environnement, les États peuvent être tenus, par exemple, de mettre en commun les connaissances scientifiques dont ils disposent sur la nature des dommages causés à l'environnement naturel par certains types d'arme, ou de dispenser un conseil technique sur les moyens de protéger les zones particulièrement importantes ou fragiles sur le plan écologique.

7) L'article 36 du Protocole additionnel I impose en outre l'obligation de procéder à une « étude des armes ». Selon cette disposition, les Hautes Parties contractantes ont l'obligation de déterminer si l'emploi d'une nouvelle arme serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par le Protocole I ou par toute autre règle applicable du droit international[1100]. On notera que cette obligation porte sur l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption de tous les moyens et méthodes de guerre : à la fois sur les armes et sur la manière dont celles-ci peuvent être utilisées[1101]. On peut lire dans le commentaire du CICR sur les Protocoles que l'article 36 « implique obligatoirement la mise sur pied de procédures internes propres à éclaircir ce problème de légalité ». On sait que plusieurs États, dont certains ne sont pas parties au Protocole I, ont instauré des procédures de ce type[1102].

8) L'obligation de procéder à une étude des armes est contraignante pour toutes les Hautes Parties contractantes au Protocole I. La formule « toute autre règle du droit international » montre bien qu'il ne s'agit pas simplement de déterminer si l'emploi de telle ou telle arme serait contraire au droit des conflits armés. Il convient d'abord de déterminer si, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, l'emploi d'une nouvelle arme, ou d'un nouveau moyen ou d'une nouvelle méthode de guerre, serait interdit par le Protocole I, notamment par les articles 35 et 55, qui concernent directement la protection de l'environnement. Il faut ensuite aller au-delà du Protocole I pour déterminer si d'autres règles, quelles qu'elles soient, du droit des conflits armés, conventionnel ou coutumier, ou de toute autre branche du droit international, pourraient interdire l'usage de cette nouvelle

---

la Colombie, la Côte d'Ivoire, l'Espagne, les États-Unis d'Amérique, la Fédération de Russie, la France, l'Italie, le Kenya, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Pérou, la République centrafricaine, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède, la Suisse, le Tchad, le Togo et l'Ukraine. Renseignements à consulter à l'adresse https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45 (consulté le 7 mai 2018).

1098 La directive 17 des Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé (A/49/323, annexe) dispose ce qui suit : « Les États diffuseront ces règles, les feront connaître le plus largement possible dans leurs pays respectifs et les intégreront dans leurs programmes d'instruction militaire et civile ».

1099 Voir le commentaire de 2016 du CICR sur l'article premier de la première Convention de Genève. L'étude du CICR sur le droit international coutumier offre une interprétation plus large, selon laquelle l'obligation de respecter et de faire respecter n'est pas limitée aux Conventions de Genève mais vise la totalité du droit international humanitaire s'imposant à un État donné (J.M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles*, Bruylan (Bruxelles, 2006), règle 139).

1100 Protocole additionnel I, art. 36.

1101 C. Pilloud et J. Pictet, « Article 35 : Règles fondamentales », *CICR, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmerman (dir. publ.) (Genève, Martinus Nijhoff, 1987), p. 398, par. 1402. Le commentaire de l'article 36 relatif aux armes nouvelles renvoie à cette partie pour plus d'explications concernant les moyens et méthodes de guerre (p. 427, par. 1472).

1102 Les États dont on sait qu'ils se sont dotés de mécanismes nationaux chargés d'examiner la légalité des armes et qui ont mis les instruments portant création de ces mécanismes à la disposition du CICR sont les suivants : l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, le Canada, le Danemark, les États-Unis, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède. D'autres États ont fait savoir au CICR qu'ils procédaient à de telles études sur les instructions du Ministère de la défense, mais ces études n'ont pas été diffusées. Informations reçues du CICR le 31 décembre 2017.

arme, ou de ce nouveau moyen ou de cette nouvelle méthode de guerre. On tiendra compte pour cela de toute obligation applicable découlant du droit international de l'environnement et du droit international des droits de l'homme[1103].

9) Si le Protocole I s'applique uniquement aux conflits armés internationaux, l'étude des armes prévue par l'article 36 promeut également le respect du droit dans les conflits armés non internationaux. En outre, le droit international coutumier interdit l'usage d'armes de nature à frapper sans discrimination et de moyens ou méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles[1104]. Cette règle ne se limite pas aux conflits armés internationaux[1105]. Il s'ensuit que les nouvelles armes, ainsi que les nouvelles méthodes de guerre, doivent être examinées au regard de l'ensemble du droit international applicable, y compris du droit qui régit les conflits armés non internationaux, en particulier pour ce qui est de la protection des civils et du principe de distinction. L'obligation de ne pas employer d'armes, de moyens ou de méthodes de guerre de nature à frapper sans discrimination a pour conséquence indirecte de protéger l'environnement dans le contexte d'un conflit armé non international. En outre, les interdictions conventionnelles spéciales frappant certaines armes (telles que les armes biologiques et chimiques) susceptibles de causer des dommages environnementaux graves doivent être respectées.

10) Les États ont aussi l'obligation d'exercer effectivement leur compétence en poursuivant les personnes soupçonnées de certains crimes de guerre qui ont une incidence sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, dans la mesure où ces crimes relèvent de la catégorie des violations graves des Conventions de Genève[1106]. Parmi ces violations graves, dont la répression permet indirectement de protéger certains éléments de l'environnement naturel, on peut citer le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.

11) Le droit conventionnel fait pourtant aussi obligation aux États de conserver une trace de l'emplacement des mines terrestres pour faciliter ultérieurement le déminage[1107].

12) Le paragraphe 2 du projet de principe porte sur les mesures à prendre à titre volontaire pour améliorer encore la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Ce paragraphe est donc moins prescriptif que le précédent et la forme verbale « devraient » est employée ici pour marquer cette différence. Les expressions « [e]n outre » et « d'autres mesures » indiquent toutes deux que cette disposition va au-delà des mesures que les États parties prennent conformément aux obligations que leur impose le

[1103] Certains États tels que la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni jugent utile de tenir compte du droit international des droits de l'homme dans l'étude des armes militaires puisque, dans certaines situations (par exemple, dans le contexte des missions de maintien de la paix), le personnel militaire peut se servir de telle ou telle arme pour assurer des missions de maintien de l'ordre. Pour plus d'explications, voir S. Casey-Maslen, N. Corney et A. Dymond-Bass, « The review of weapons under international humanitarian law and human rights law », *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen (dir. publ.) (Cambridge University Press, Cambridge, 2014).

[1104] Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, règles 70 et 71, p. 237 à 250.

[1105] En vertu de la règle coutumière selon laquelle les civils ne doivent pas faire l'objet d'attaques, les armes de nature à frapper sans discrimination sont également interdites dans les conflits armés non internationaux. L'interdiction de ces armes est aussi énoncée dans plusieurs manuels militaires applicables aux conflits armés non internationaux, notamment dans ceux de l'Allemagne, de l'Australie, de la Colombie, de l'Équateur, du Nigéria et de la République de Corée. Renseignements à consulter à l'adresse https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19 (consulté le 8 mai 2018).

[1106] Première Convention de Genève, art. 49 ; deuxième Convention de Genève, art. 50 ; troisième Convention de Genève, art. 129 ; quatrième Convention de Genève, art. 146.

[1107] Voir, par exemple, le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996), annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Genève, 3 mai 1996) (ci-après le « Protocole II modifié se rapportant à la Convention sur certaines armes classiques »), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2048, nº 22495, p. 93.

droit international, mesures qui sont visées au paragraphe 1. Tout comme les mesures visées au paragraphe 1, les mesures en question peuvent être d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre. Elles peuvent aussi prendre la forme, notamment, d'accords spéciaux prévoyant un renforcement de la protection de l'environnement naturel en situation de conflit armé[1108].

13) En plus d'encourager les États à prendre des mesures à titre volontaire pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés au-delà de ce que leur imposent les obligations mises à leur charge par le droit international, ce paragraphe traduit l'évolution récente de la pratique des États en la matière[1109]. Pour poursuivre dans cette voie, les États peuvent notamment faire figurer dans leurs manuels militaires des directives plus explicites sur la protection de l'environnement[1110]. Ces directives concerneront, par exemple, la nécessité de former le personnel militaire participant aux opérations de paix au sujet des aspects environnementaux de ces opérations, ainsi que la réalisation d'évaluations environnementales[1111]. Les États peuvent également prendre d'autres mesures visant par exemple à renforcer la coopération, selon qu'il convient, avec d'autres États et avec les organisations internationales intéressées.

14) L'évolution générale que le paragraphe 2 entend refléter et encourager trouve également son fondement dans la pratique des organisations internationales. À ce propos, on peut citer à titre d'exemple l'initiative « Greening the Blue Helmets » de l'ONU, qui fonctionne comme un programme de gestion durable soucieux de l'environnement[1112]. Pour illustrer cette évolution de la pratique, on peut également citer la politique environnementale élaborée conjointement par le Département des opérations de maintien de la paix et le Département de l'appui aux missions de l'ONU. Cette politique prévoit l'obligation d'effectuer des études environnementales de référence et d'adhérer à plusieurs accords multilatéraux sur l'environnement. Elle renvoie à plusieurs traités et instruments, notamment à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[1113], à la Charte mondiale de la nature[1114], à la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction[1115], à la Convention sur la diversité biologique[1116] et à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau

[1108] Pour les accords spéciaux, voir : première Convention de Genève, art. 6 ; deuxième Convention de Genève, art. 6 ; troisième Convention de Genève, art. 6 ; quatrième Convention de Genève, art. 7. Voir aussi l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

[1109] Voir, par exemple, Slovénie, Règles de service des forces armées slovènes, point 210 ; Paraguay, Conseil national de défense, *Política de Defensa Nacional de la República de Paraguay* [Politique nationale de défense de la République du Paraguay], 7 octobre 1999, par. I (A) ; Pays-Bas, note verbale du 20 avril 2016 adressée au Secrétariat par la Mission permanente des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies, par. 5. Voir aussi les contributions apportées dans le cadre des débats de la Sixième Commission par la Croatie (A/C.6/70/SR.24, par. 89), Cuba (ibid., par. 10), la République tchèque (ibid., par. 45), la Nouvelle-Zélande (A/C.A/C.6/70/SR.25, par. 102) et les Palaos (ibid., par. 27).

[1110] Parmi les États qui l'ont fait, on peut citer l'Australie, le Burundi, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, les États-Unis, les Pays-Bas, la République de Corée, le Royaume-Uni, la Suisse et l'Ukraine. Informations à consulter à l'adresse https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44 (consulté le 8 mai 2018). Pour plus d'exemples, voir A/CN.4/685, par. 69 à 76 et A/CN.4/700, par. 52.

[1111] Voir les renseignements fournis sur le site Web du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) concernant le relèvement environnemental post-crise, à consulter à l'adresse www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery.

[1112] PNUE, *Greening the Blue Helmets Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (Nairobi, 2012).

[1113] Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (A/CONF.48/14/Rev.1 ; publication des Nations Unies, Numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I.

[1114] Résolution 37/7 de l'Assemblée générale en date du 28 octobre 1982, annexe.

[1115] Ouverte à la signature, Washington, 3 mars 1975, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, nº 14537, p. 243.

[1116] Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, nº 30619, p. 79.

(Convention de Ramsar)[1117], qui sont citées comme autant de normes à prendre en considération lorsqu'une mission se fixe des objectifs et met en place des procédures en matière d'environnement[1118].

Principe 6
Protection de l'environnement des peuples autochtones

1. Les États devraient, en cas de conflit armé, prendre les mesures voulues pour protéger l'environnement des territoires habités par des peuples autochtones.

2. Après un conflit armé qui a eu des effets néfastes sur l'environnement de territoires habités par des peuples autochtones, les États devraient engager des consultations et une coopération effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire des institutions représentatives propres à ces peuples, en vue de prendre des mesures de remise en état.

Commentaire

1) Le projet de principe 6 dispose qu'eu égard au lien particulier qui unit les peuples autochtones à leur environnement, les États devraient prendre les mesures voulues pour protéger cet environnement en rapport avec les conflits armés. Il dispose également que lorsqu'un conflit armé a eu des effets néfastes sur l'environnement des territoires de peuples autochtones, les États devraient s'efforcer de prendre des mesures de remise en état. Compte tenu du lien particulier qui unit les peuples autochtones à leur environnement, les mesures en question devraient être prises dans le respect de ce lien, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones et par l'intermédiaire de leurs propres instances dirigeantes et représentatives.

2) Le lien particulier qu'entretiennent les peuples autochtones avec leur environnement est reconnu, protégé et défendu par différents instruments internationaux tels que la convention (nº 169) de l'Organisation internationale du Travail (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[1119], ainsi que par la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales. Les terres des peuples autochtones ont été reconnues comme ayant une importance fondamentale pour la survie collective, tant physique que culturelle, de ces peuples[1120].

[1117] Ramsar, 2 février 1971, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 994, nº 14583, p. 245.

[1118] Nations Unies, Département des opérations de maintien de la paix et Département de l'appui aux missions, « Environmental Guidelines for UN Field Missions », 24 juillet 2009. Voir aussi le site Web du Département de l'appui aux missions, à l'adresse https://fieldsupport.un.org/en/environment.

[1119] Voir Organisation internationale du Travail (OIT), convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Genève, 27 juin 1989) (convention (nº 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989), portant révision de la convention (nº 107) relative aux populations aborigènes et tribales, 1957 ; Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, résolution 61/295 de l'Assemblée générale en date du 13 septembre 2007, annexe, art. 26. Les rapports du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et de l'environnement (ancien Expert indépendant sur les droits de l'homme et l'environnement) donnent une vision d'ensemble de la mise en œuvre des droits des peuples autochtones en rapport avec l'environnement et les ressources naturelles (voir, par exemple, A/HRC/15/37 et A/HRC/4/32, respectivement).

[1120] Voir, par exemple, l'affaire *Massacres de Río Negro c. Guatemala*, dans laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que la culture des membres des communautés autochtones correspondait à leur conception du monde et à leur mode de vie, bien à elles, qui découlaient de la relation étroite qu'elles entretenaient avec leurs terres ancestrales et les ressources naturelles qui s'y trouvaient, car celles-ci leur fournissaient leurs principaux moyens de subsistance et s'intégraient pleinement dans leur vision du monde, leurs croyances religieuses et, en conséquence, leur identité culturelle. *Massacres de Río Negro c. Guatemala*, Arrêt (Exception préliminaire, fond, réparations et dépens), Série C, affaire nº 250, 4 septembre 2012, par. 177, note 266. Voir *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Arrêt (Fond, réparations et dépens), Série C, affaire nº 125, 17 juin 2005, par. 135, et *Case of Chitay Nech* et al. *v. Guatemala*, Arrêt (Exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), Série C, affaire nº 212, 25 mai 2010, par. 147, note 160.

3) Le paragraphe 1 est inspiré, en particulier, du paragraphe 1 de l'article 29 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui énonce le droit des peuples autochtones à « la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources »[1121], et du paragraphe 4 de l'article 7 de la convention (nº 169) de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, qui dispose que « [l]es gouvernements doivent prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent ».

4) Les droits spécifiques qu'ont les peuples autochtones sur certaines terres ou certains territoires peuvent faire l'objet de régimes juridiques différents selon les États. En outre, différents termes sont employés dans les instruments internationaux relatifs aux droits des peuples autochtones pour désigner les terres ou territoires rattachés aux peuples autochtones, sur lesquels ces peuples ont différents droits et où ils bénéficient d'un statut de protection[1122].

5) Les conflits armés peuvent avoir pour effet d'exacerber la vulnérabilité aux dommages environnementaux ou de causer de nouveaux types de dommages environnementaux sur les territoires concernés, compromettant ainsi la survie et le bien-être des peuples qui ont des liens avec ces territoires. Selon le paragraphe 1, en cas de conflit armé, les États devraient prendre les mesures voulues pour promouvoir le maintien des liens que les peuples autochtones entretiennent avec leurs terres ancestrales. Les mesures de protection voulues visées au paragraphe 1 peuvent être prises, en particulier, avant ou pendant un conflit armé. Le libellé du paragraphe est assez général pour permettre un ajustement des mesures selon les circonstances.

6) Par exemple, l'État concerné devrait prendre des mesures pour garantir qu'il n'y ait pas d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public, ou que les peuples autochtones concernés ne les aient librement acceptées ou demandées[1123]. À ce titre, il peut éviter de placer des installations militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones et designer ces territoires comme zones protégées, selon ce qui est prévu dans le projet de principe 5. De manière générale, l'État devrait tenir des consultations dignes de ce nom avec les peuples autochtones concernés avant d'utiliser leurs terres ou territoires à des fins militaires[1124]. Au cours d'un conflit armé, les droits, les terres et les territoires des peuples autochtones sont également protégés par le droit des conflits armés et par les normes applicables du droit des droits de l'homme[1125].

[1121] Voir aussi Projet de Déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones, adoptée le 15 juin 2016, Organisation des États américains, Assemblée générale, *Rapport de la quarante-sixième session ordinaire, Saint-Domingue, République dominicaine, 13-15 juin 2016*, XLVI-O.2, *Actes et documents*, vol. I, résolution AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), art. XIX, par. 4.

[1122] Voir, par exemple, la formule « avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière » employée au paragraphe 1 de l'article 13 de la convention (nº 169) de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, ou l'expression « terres, territoires et ressources » que l'on trouve dans le préambule de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

[1123] Voir la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 30 :

> « 1. Il ne peut y avoir d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public ou qu'elles n'aient été librement décidées en accord avec les peuples autochtones concernés, ou demandées par ces derniers.
>
> 2. Les États engagent des consultations effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives, avant d'utiliser leurs terres et territoires pour des activités militaires ».

[1124] Ibid.

[1125] Voir les paragraphes 3 et 4 de l'article XXX du Projet de Déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones, libellés comme suit :

> « 3. Les peuples autochtones ont droit à la protection et à la sécurité dans les situations ou périodes de conflit armé interne ou international conformément au droit international humanitaire.
>
> 4. Les États, conformément aux accords internationaux auxquels ils sont parties, en particulier le droit international humanitaire et le droit international des droits de la personne,

7) Le paragraphe 2 porte sur la phase qui suit la fin d'un conflit armé. Cette disposition a pour objet de faciliter la mise en œuvre de mesures de remise en état lorsque le conflit armé a eu des effets néfastes sur l'environnement de territoires habités par des peuples autochtones[1126]. En se concentrant sur les États, sujets du paragraphe, elle vise à garantir le droit qu'ont les peuples autochtones de participer à la prise de décisions concernant leurs territoires au lendemain d'un conflit.

8) Dans ce type de situation, les États concernés devraient engager des consultations et une coopération effectives avec les peuples autochtones concernés, en suivant des procédures appropriées et, en particulier, en sollicitant les institutions qui représentent ces peuples. Ce faisant, ils devraient tenir compte du lien particulier qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs territoires − dans ses dimensions sociale, politique, spirituelle, culturelle et autres. Ils devraient en outre considérer que ce lien revêt souvent un caractère collectif[1127].

9) S'il est fait mention de la nécessité de suivre des procédures appropriées et d'interagir avec les institutions qui représentent les peuples autochtones, c'est en considération de la diversité des procédures mises en place dans les différents États pour consulter les peuples autochtones et collaborer utilement avec eux, et de la diversité des modes de représentation de ces peuples, le but étant d'obtenir leur consentement libre et éclairé préalablement à l'adoption de mesures susceptibles de les concerner[1128].

Principe 7
Accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés

Les États et les organisations internationales devraient, s'il y a lieu, faire figurer des dispositions sur la protection de l'environnement dans les accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés. Ces dispositions peuvent inclure des mesures de prévention, des études d'impact et des mesures de restauration et de nettoyage.

notamment la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, de 1949, et le Protocole II, de 1977, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, prennent, en cas de conflit armé, les mesures appropriées pour protéger les droits de la personne, les institutions, les terres, les territoires et les ressources des peuples autochtones et de leurs communautés. [...] ».

[1126] Selon l'article 28 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, « [l]es peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ». De la même manière, l'article XXXIII du Projet de Déclaration américaine relative aux droits des peuples autochtones dispose ce qui suit : « Les peuples et personnes autochtones ont droit à des voies de recours effectives et appropriées, notamment à des recours judiciaires rapides, afin d'obtenir réparation pour toute violation de leurs droits collectifs et individuels. Les États, avec la participation pleine et effective des peuples autochtones, fournissent les mécanismes nécessaires pour garantir l'exercice de ce droit ».

[1127] Voir, par exemple, l'article 13 de la Convention (nº 169) de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, qui dispose ce qui suit : « En appliquant les dispositions de cette partie de la convention, les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation ». Bien qu'elle soit propre à la mise en œuvre de cette convention, cette règle met expressément en évidence les aspects collectifs de la relation qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs terres et territoires.

[1128] Voir, par exemple, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 19. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a prévu des garanties visant à imposer aux États l'obligation d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones, selon leurs coutumes et leurs traditions. Voir *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Arrêt (Exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), Série C, nº 172, 28 novembre 2007, par. 134.

Commentaire

1) Le projet de principe 7 porte sur les accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés conclus entre des États, et entre des États et des organisations internationales. L'expression « en rapport avec des conflits armés » met l'accent sur l'objet du projet de principes, à savoir améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Cette disposition ne concerne donc pas les situations dans lesquelles des forces militaires sont déployées sans aucun lien avec un conflit armé, car ces situations ne relèvent pas du champ d'application du sujet.

2) Le projet de principe vise en des termes généraux les « accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés ». Ces accords peuvent varier dans leur appellation exacte et dans leur but et, dans certaines circonstances, comprendre des accords sur le statut des forces et le statut de la mission. L'objectif du projet de principe est de rendre compte d'une évolution récente de la pratique des États et des organisations internationales, qui ont commencé à traiter de questions se rapportant à la protection de l'environnement dans les accords relatifs à la présence de forces militaires conclus avec les États hôtes[1129]. L'emploi de la forme verbale « devraient » indique que cette disposition n'a pas de caractère obligatoire et vise plutôt à prendre acte de cette évolution et à l'encourager.

3) À titre d'exemple de dispositions environnementales figurant dans des accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés, on peut citer le texte de l'accord sur le retrait des forces des États-Unis de l'Iraq, conclu entre les États-Unis et l'Iraq, qui contient une disposition visant expressément la protection de l'environnement[1130]. On peut également mentionner la convention entre l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et la République islamique d'Afghanistan sur le statut des forces, dans laquelle les parties sont convenues d'adopter une approche préventive en matière de protection de l'environnement[1131]. L'accord sur le statut des missions dans le cadre de la Politique européenne de sécurité et de défense fait également référence à plusieurs reprises à des obligations d'ordre environnemental[1132]. La pratique conventionnelle pertinente comprend aussi l'accord conclu entre l'Allemagne et d'autres États membres de l'OTAN, qui dispose que les effets potentiels sur l'environnement des activités des forces étrangères doivent être identifiés, analysés et évalués afin d'éviter les nuisances en matière environnementale[1133]. Le mémorandum d'accord spécial conclu entre

[1129] L'Accord entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine relatif au statut des forces placées sous la direction de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine (*Journal officiel* nº L 082, 29/03/2003 P. 0046 à 0051, annexe, ci-après « Accord sur le statut des forces dans le cadre de l'opération Concordia »), énonce en son article 9 l'obligation de respecter les normes internationales concernant, entre autres, l'utilisation durable des ressources naturelles. Le texte de cet accord peut être consulté à l'adresse https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01) (consulté le 7 mai 2018).

[1130] Accord conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Iraq sur le retrait des forces des États-Unis de l'Iraq et l'organisation de leurs activités pendant leur présence temporaire en Iraq (Bagdad, 17 novembre 2008), art. 8 (ci-après, « Accord entre les États-Unis et l'Iraq »), disponible à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/122074.pdf.

[1131] Convention entre l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et la République islamique d'Afghanistan sur le statut des forces et du personnel de l'OTAN qui mènent en Afghanistan des activités dirigées par l'OTAN mutuellement agréées (Kaboul, 30 septembre 2014), *International Legal Materials*, vol. 54, p. 272 à 305, art. 5, par. 6, art. 6, par. 1, et art. 7, par. 2.

[1132] Accord entre les États membres de l'Union européenne relatif au statut du personnel militaire et civil détaché auprès des institutions de l'Union européenne, des quartiers généraux et des forces pouvant être mises à la disposition de l'Union européenne dans le cadre de la préparation et de l'exécution des missions visées à l'article 17, par. 2, du traité sur l'Union européenne, y compris lors d'exercices, et du personnel militaire et civil des États membres mis à la disposition de l'Union européenne pour agir dans ce cadre (SOFA UE) (Bruxelles, 17 novembre 2003), à consulter à l'adresse https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29 (consulté le 7 mai 2018).

[1133] Accord complétant la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces en ce qui concerne les forces étrangères stationnées en République fédérale d'Allemagne (Bonn, 3 août 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 481, nº 6986, p. 329, modifié par les Accords du 21 octobre 1971 et du 18 mars 1993 (ci-après « Accord entre l'OTAN et l'Allemagne »),

les États-Unis et la République de Corée contient lui aussi plusieurs dispositions se rapportant à la protection de l'environnement[1134]. Enfin, on peut mentionner certains arrangements applicables à la présence de courte durée de forces armées étrangères dans un pays aux fins d'exercices, de transit par voie terrestre ou d'entraînement[1135].

4) On peut également citer d'autres accords, notamment ceux relatifs à la présence de forces militaires pour lesquels le lien avec un conflit armé est moins manifeste, comme l'accord sur le statut des forces conclu entre les États-Unis et l'Australie, qui contient une disposition pertinente sur les demandes d'indemnisation[1136], ou encore l'accord de coopération renforcée en matière de défense entre les États-Unis et les Philippines, qui comporte des dispositions visant la prévention des dommages à l'environnement et prévoit une procédure d'évaluation[1137].

5) Le projet de principe dresse, en outre, une liste non exhaustive de dispositions se rapportant à la protection de l'environnement qui sont susceptibles d'être incorporées dans des accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés. Ainsi, la deuxième phrase mentionne « des mesures de prévention, des études d'impact et des mesures de restauration et de nettoyage », à titre d'exemples des mesures que les dispositions relatives à la protection de l'environnement peuvent prévoir. La présence de forces militaires peut avoir des effets néfastes sur l'environnement[1138]. Pour éviter, dans la mesure du possible, ces effets néfastes, les mesures de prévention sont d'une grande importance. Des études d'impact sont indispensables pour déterminer le type de mesures de restauration et de nettoyage qui pourraient être nécessaires au terme de la présence de forces militaires.

6) Les mesures mentionnées dans le texte du projet de principe peuvent viser une multitude d'aspects. Quelques exemples précis tirés de la pratique conventionnelle méritent d'être cités. Il peut ainsi s'agir de reconnaître l'importance de la protection de l'environnement, y compris en prévoyant des mesures de prévention de la pollution dans les installations et les zones où l'État étranger peut déployer des forces[1139], de convenir d'appliquer l'accord d'une manière compatible avec la protection de l'environnement[1140], de stipuler que l'État hôte et l'État d'envoi coopéreront et échangeront des informations concernant les questions susceptibles d'avoir des conséquences en matière de santé et d'environnement pour les citoyens[1141], de prévoir des mesures de prévention des dommages

art. 54A. Voir aussi Accord complétant la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (19 juin 1951), art. XV.

1134 *Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection*, conclu entre les États-Unis et la République de Corée (Séoul, 18 janvier 2001) (ci-après « Mémorandum entre les États-Unis et la République de Corée »), à consulter à l'adresse www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf.

1135 Voir, par exemple, *Memorandum of Understanding between Finland and NATO regarding the provision of host nation support for the execution of NATO operations/exercises/similar military activity* (4 septembre 2014), à consulter à l'adresse www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf, référence HE 82/2014. Aux termes de son article 5.3 *g*), les pays d'envoi doivent suivre la réglementation du pays hôte en matière d'environnement, ainsi que toute réglementation du pays hôte relative au stockage, aux mouvements ou à l'élimination de matières dangereuses.

1136 Accord concernant le statut des forces américaines en Australie (Canberra, 9 mai 1963), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 469, nº 6784, p. 55 (ci-après « Accord entre les États-Unis et l'Australie »), art. 12, par. 7 *e*) i).

1137 *Agreement between the Philippines and the United States on enhanced defense cooperation* (Quezon, 28 avril 2014) (ci-après « Accord entre les États-Unis et les Philippines »), à consulter à l'adresse www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/.

1138 Voir, par exemple, D.L. Shelton et I. Cutting, "If you break it, do you own it?", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), p. 201 à 246, en particulier les pages 210 à 211, et J. Taylor, "Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa", *The Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), p. 6 et 7.

1139 Voir le Mémorandum entre les États-Unis et la République de Corée.

1140 Voir l'Accord entre les États-Unis et l'Iraq, art. 8.

1141 Voir le Mémorandum entre les États-Unis et la République de Corée.

à l'environnement[1142], des évaluations périodiques de la performance environnementale[1143] ou des procédures d'évaluation[1144], de stipuler l'applicabilité de la législation de l'État hôte en matière environnementale[1145] ou, dans le même ordre d'idée, d'exiger de l'État qui déploie des forces qu'il s'engage à respecter la législation, la réglementation et les normes environnementales de l'État hôte[1146], d'énoncer l'obligation de respecter les normes internationales relatives à l'utilisation durable des ressources naturelles[1147], ou de prévoir l'adoption de mesures de restauration lorsque les effets néfastes sont inévitables[1148], ainsi que des dispositions sur le règlement des demandes d'indemnisation pour les dommages causés à l'environnement[1149].

7) L'emploi de l'expression « s'il y a lieu » appelle l'attention sur deux considérations distinctes. En premier lieu, les accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés sont parfois conclus dans des situations d'urgence dans lesquelles il peut être impossible de traiter les questions liées à la protection de l'environnement. En second lieu, il peut parfois être particulièrement important que l'accord contienne des dispositions relatives à la protection de l'environnement. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une zone protégée risque de pâtir de la présence de forces militaires. L'expression « s'il y a lieu » vient donc nuancer la disposition et permet de rendre compte de situations différentes.

Principe 8
Opérations de paix

Les États et les organisations internationales participant à des opérations de paix en rapport avec des conflits armés tiennent compte de l'impact de ces opérations sur l'environnement et prennent les mesures voulues pour prévenir, atténuer et réparer leurs conséquences dommageables à l'environnement.

Commentaire

1) Les opérations de paix peuvent être liées à un conflit armé de multiples façons. Par le passé, nombre de ces opérations étaient déployées après l'arrêt des hostilités et la signature d'un accord de paix[1150]. Aujourd'hui, comme l'a relevé le Groupe indépendant de haut niveau sur les opérations de paix, un grand nombre de missions opèrent dans des environnements dans lesquels de tels accords politiques n'existent pas ou les tentatives pour en conclure ont échoué[1151]. De surcroît, les missions modernes de maintien de la paix des Nations Unies sont multidimensionnelles et comprennent une vaste gamme d'activités de maintien de la paix, allant de l'établissement d'environnements sûrs au suivi de la situation en matière de droits de l'homme ou au rétablissement des capacités d'un État[1152]. Leurs

[1142] Voir l'Accord entre les États-Unis et les Philippines, art. IX, par. 3, et l'Accord entre l'OTAN et l'Allemagne, art. 54A.

[1143] Ces évaluations pourraient servir à recenser et à apprécier les aspects environnementaux de l'opération concernée et peuvent être assorties de l'engagement de planifier, programmer et prévoir les fonds nécessaires en conséquence, comme le prévoit le Mémorandum entre les États-Unis et la République de Corée.

[1144] Voir l'Accord entre les États-Unis et les Philippines, art. IX, par. 2.

[1145] Voir l'Accord entre l'OTAN et l'Allemagne, art. 54A, et l'Accord entre les États-Unis et l'Australie, art. 12, par. 7 *e*) i).

[1146] Voir l'Accord entre les États-Unis et l'Iraq, art. 8.

[1147] Tel est le cas à l'article 9 de l'Accord sur le statut des forces dans le cadre de l'opération Concordia.

[1148] Voir l'Accord entre l'OTAN et l'Allemagne, art. 54A.

[1149] Accord entre l'OTAN et l'Allemagne, art. 41, et Accord entre les États-Unis et l'Australie, art. 12, par. 7 *e*) i).

[1150] Rapport du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix des Nations Unies intitulé « Unissons nos forces pour la paix : privilégions la politique, les partenariats et l'action en faveur des populations » (publié sous la cote A/70/95-S/2015/446), par. 23.

[1151] Ibid.

[1152] V. Holt et G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, étude indépendante commandée conjointement par le Département des opérations de maintien de la paix et le Bureau de la coordination des affaires humanitaires (publication des Nations Unies, numéro de vente E.10.III.M.1), p. 2 et 3.

mandats prévoient également la protection des civils[1153]. Le projet de principe 8 vise à couvrir toutes les opérations de paix qui sont susceptibles d'être en lien avec les multiples éléments ou aspects d'un conflit armé et peuvent varier du point de vue temporel.

2) Les mots « en rapport avec des conflits armés » délimitent le champ d'application du projet de principe. Ils établissement clairement le lien avec les conflits armés afin que les obligations énoncées ne puissent pas faire l'objet d'une interprétation trop large (à savoir être interprétées comme s'appliquant potentiellement à toute action d'une organisation internationale liée à la promotion de la paix). Si le terme « opérations » doit être compris au sens large dans le contexte du projet de principe, il est entendu que lesdites opérations ne sont pas toutes directement liées à un conflit armé.

3) Le présent projet de principe vise les opérations de paix en rapport avec des conflits armés auxquelles participent des États et des organisations internationales et auxquelles peuvent également prendre part des groupes composés d'une multiplicité d'autres acteurs. Tous ces acteurs ont des effets sur l'environnement. Ainsi, le Département des opérations de maintien de la paix et le Département de l'appui aux missions sont conscients des risques de dommage que représentent leurs opérations pour l'environnement local[1154].

4) Les effets d'une opération de paix sur l'environnement peuvent se faire sentir dès la phase de planification et se poursuivre pendant la phase opérationnelle et la phase postérieure à l'opération. L'objectif recherché est que les activités des opérations de paix soient menées de manière que leur impact sur l'environnement soit le plus faible possible. Le projet de principe met donc l'accent sur les mesures à prendre dans des situations où une opération de paix est susceptible d'avoir des effets préjudiciables à l'environnement. En même temps, il est entendu que les mesures « voulues » diffèrent selon le contexte de l'opération. Il peut être nécessaire en particulier de prendre en considération, notamment, la phase du conflit armé − avant, pendant, ou après le conflit − à laquelle se rapportent lesdites mesures et la faisabilité des mesures envisagées compte tenu des circonstances.

5) Le projet de principe traduit la tendance croissante des États et d'organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies, l'Union européenne[1155] et l'OTAN[1156] à reconnaître la nécessité de tenir compte de l'impact des opérations de paix sur l'environnement et à prendre des mesures pour prévenir, atténuer et réparer les effets négatifs de ces opérations. Par exemple, certaines missions des Nations Unies sur le terrain disposent de groupes de l'environnement chargés d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques environnementales propres à la mission et de veiller au respect de l'environnement[1157].

[1153] Voir, par exemple, les mandats ci-après des missions dirigées par l'Organisation des Nations Unies, tels qu'ils figurent dans les résolutions correspondantes du Conseil de sécurité : Mission des Nations Unies en Sierra Leone (MINUSIL) (1289 (2000)) ; Mission d'observation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC) (1291 (2000)) ; Mission des Nations Unies au Libéria (MINUL) (1509 (2003) et 2215 (2015)) ; Opération des Nations Unies au Burundi (ONUB) (1545 (2004)) ; Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti (MINUSTAH) (1542 (2004)) ; Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire (ONUCI) (1528 (2004) et 2226 (2015)) ; Mission des Nations Unies au Soudan (MINUS) (1590 (2005)) ; Opération hybride Union africaine-Nations Unies au Darfour (MINUAD) (1769 (2007)) ; Mission des Nations Unies en République centrafricaine et au Tchad (MINURCAT) (1861 (2009)).

[1154] Voir Nations Unies, Département des opérations de maintien de la paix et Département de l'appui aux missions, « *DFS Environment Strategy* » (2017), à consulter à l'adresse https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf. (consulté le 8 mai 2018). Cette stratégie est complétée par une politique relative à l'environnement et des directives écologiques sur l'environnement à l'intention des missions des Nations Unies sur le terrain (voir *supra*, note 1118).

[1155] Voir, par exemple, Union européenne, « Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for EU-led military operations », 14 septembre 2012, document EEAS 01574/12.

[1156] Voir, par exemple, OTAN, « *Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-led military activities* », 8 mars 2018, document NSO(Joint)0335(2018)EP/7141.

[1157] « L'avenir des opérations de paix des Nations Unies : l'application des recommandations du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix », rapport du Secrétaire général (A/70/357–S/2015/682), par. 129.

6) Il n'existe dans le droit international en vigueur aucune définition claire ou établie des termes « opération de paix » ou « maintien de la paix », et le présent projet de principe vise à englober de manière large toutes les opérations de ce type qui sont en rapport avec des conflits armés. Il est souligné dans l'Agenda pour la paix que le « rétablissement de la paix » vise à rapprocher les parties hostiles, essentiellement par des moyens pacifiques[1158], que le « maintien de la paix » consiste à établir une présence des Nations Unies sur le terrain, ce qui se traduit par le déploiement d'effectifs militaires et/ou de police, ainsi que de personnel civil dans bien des cas[1159], et que la « consolidation de la paix » peut prendre la forme de projets de coopération menés au bénéfice mutuel des parties concernées en vue de renforcer la confiance, condition décisive de la paix[1160]. Aux fins du rapport du Groupe indépendant de haut niveau chargé d'étudier les opérations de paix des Nations Unies, le terme « opérations de paix des Nations Unies » se rapporte à « une large panoplie d'outils[…] : envoyés spéciaux et médiateurs, missions politiques (notamment les missions de consolidation de la paix), bureaux régionaux de diplomatie préventive, missions d'observation (notamment les missions de cessez-le-feu et les missions électorales), missions restreintes d'ordre technique (comme les missions d'appui électoral), opérations multidisciplinaires […]»[1161]. Le terme « opérations de paix » couvre donc tous ces types d'opérations, ainsi que d'autres opérations plus larges que les opérations de maintien de la paix des Nations Unies, notamment les opérations d'imposition de la paix et les opérations menées par des organisations régionales. Le texte du projet de principe ne fait pas expressément référence aux opérations de paix « multilatérales », car cette mention a été jugée inutile. Toutefois, le terme « opérations de paix » s'entend généralement comme englobant les opérations multilatérales.

7) La notion de « prévention » renvoie à l'idée selon laquelle, les opérations de paix n'étant pas, par nature, isolées de tout contexte, les acteurs devraient prévoir ou s'efforcer de réduire le plus possible les conséquences néfastes de ces opérations pour l'environnement lorsqu'ils planifient leurs interventions. Si l'obligation de prévention impose de prendre des mesures à un stade précoce, la notion d'« atténuation » renvoie au fait de réduire les dommages qui se sont déjà produits. La notion de « réparation », quant à elle, est employée dans un sens similaire à celui de l'expression « mesures de remise en état » figurant dans le projet de principe 2, et englobe toute mesure susceptible d'être prise pour restaurer l'environnement.

8) Le projet de principe 8 a un caractère résolument différent du projet de principe 7 et les obligations qui découlent de ces deux projets de principe ne sont pas les mêmes. Les opérations de paix, contrairement aux accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés, n'impliquent pas nécessairement l'engagement de forces armées ou de personnel militaire. D'autres types d'acteurs, comme du personnel civil et divers spécialistes peuvent aussi être présents et faire partie de l'opération. Le projet de principe 8 est également supposé avoir une portée plus large et plus générale, et mettre l'accent sur les activités menées dans le cadre de ces opérations de paix.

9) Il est entendu que le projet de principe vise également les évaluations effectuées une fois les opérations terminées en vue de déterminer, d'analyser et d'évaluer les effets néfastes que ces opérations ont pu avoir sur l'environnement. Il s'agit de « tirer les enseignements de l'expérience » pour tenter d'éviter ou de réduire les effets néfastes de futures opérations de paix sur l'environnement et faire en sorte ne pas reproduire les mêmes erreurs.

1158 « Agenda pour la paix : Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix » (A/47/277-S/24111), par. 20. Voir aussi le supplément à l'Agenda pour la paix, rapport de situation présenté par le Secrétaire général à l'occasion du cinquantenaire de l'Organisation des Nations Unies (A/50/60-S/1995/1).

1159 Ibid.

1160 Ibid., par. 56.

1161 A/70/95-S/2015/446, par. 18.

Principe 14
Processus de paix

1. Les parties à un conflit armé devraient, dans le cadre du processus de paix, y compris, s'il y a lieu, dans les accords de paix, traiter des questions relatives à la restauration et à la protection de l'environnement endommagé par ce conflit.

2. Les organisations internationales compétentes devraient, s'il y a lieu, jouer un rôle de facilitation à cet égard.

Commentaire

1) Le projet de principe 14 traduit la tendance croissante à prendre en compte les considérations environnementales dans le contexte des processus de paix contemporains, y compris au moyen de l'introduction dans les accords de paix de dispositions tenant compte des questions environnementales.

2) L'emploi du terme « processus de paix » dans le projet de principe vise à en élargir la portée de manière à englober l'ensemble du processus de paix ainsi que tout accord de paix officiel qui pourrait être conclu[1162]. Les conflits armés modernes peuvent avoir différentes issues, qui ne prennent pas nécessairement la forme d'accords officiels. La fin d'un conflit armé peut se traduire, par exemple, par un accord de cessez-le-feu, un armistice ou une situation de paix de facto sans conclusion d'un accord. Il arrive aussi que le processus de paix commence bien avant que le conflit armé n'en soit véritablement à son terme. La conclusion d'un accord de paix, qui peut advenir plusieurs années après la cessation des hostilités ou même ne jamais se produire, ne représente qu'un aspect du processus. C'est pourquoi, pour éviter tout hiatus temporel, il a été décidé d'employer l'expression « dans le cadre du processus de paix ». L'aboutissement d'un processus de paix nécessite souvent plusieurs étapes et l'adoption de divers instruments.

3) L'expression « [p]arties à un conflit armé », employée au paragraphe 1, indique que la disposition couvre à la fois les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Cette approche est conforme à l'idée générale selon laquelle le projet de principes s'applique aux conflits armés internationaux comme non internationaux.

4) L'emploi de la forme verbale « devrait » traduit la valeur normative de l'obligation énoncée, tout en rendant compte du fait qu'elle ne correspond à aucune obligation juridique existante.

5) Le projet de principe est formulé en termes généraux de manière à englober la grande diversité des situations qui peuvent exister après un conflit armé. L'état dans lequel se trouve l'environnement après un conflit armé peut varier considérablement en fonction d'un certain nombre de facteurs[1163]. Dans certains cas, l'environnement peut avoir subi des dommages graves et importants qui sont immédiatement apparents et auxquels il peut falloir remédier d'urgence ; dans d'autres cas, les dommages causés à l'environnement peuvent ne pas être suffisamment importants pour exiger des mesures urgentes de restauration[1164]. Certains dommages à l'environnement ne deviennent apparents que des mois ou des années après la fin du conflit armé.

[1162] La base de données des accords de paix des Nations Unies constitue un outil de référence qui met à la disposition des professionnels du rétablissement de la paix près de 800 documents qui peuvent être considérés au sens large comme des accords de paix et des documents connexes. Elle offre une grande variété de documents tels que des accords de paix officiels et des accords subsidiaires, ainsi que des accords plus informels et des documents comme des déclarations, des communiqués, des déclarations conjointes issues de pourparlers informels, des comptes rendus de rencontres agréés par les parties, des échanges de lettres et des documents finaux essentiels de conférences internationales ou régionales. Elle contient également un choix de textes législatifs, lois et décrets qui constituent un accord entre les parties et/ou sont le résultat de négociations de paix. Elle inclut aussi certaines résolutions du Conseil de sécurité. Elle peut être consultée à l'adresse http://peacemaker.un.org/document-search.

[1163] L'intensité et la durée du conflit, par exemple, ainsi que le type d'armes utilisé peuvent avoir une influence sur l'importance des dommages causés dans le cadre d'un conflit armé donné.

[1164] Parmi les exemples bien connus de dommages infligés à l'environnement dans le cadre d'un conflit armé, on peut citer les dommages causés par l'emploi de l'agent orange par les forces armées des

6) Le projet de principe vise à couvrir tous les accords de paix officiels, ainsi que les autres instruments ou accords conclus ou adoptés à n'importe quel moment du processus de paix, qu'ils soient conclus entre deux ou plusieurs États, entre un ou des États et un ou des groupes armés non étatiques, ou entre deux ou plusieurs groupes armés non étatiques. Ces arrangements et instruments peuvent revêtir des formes diverses : il peut s'agir d'accords subsidiaires se rapportant à des accords de paix officiels, d'accords informels, de déclarations, de communiqués, de déclarations publiques conjointes issues de pourparlers informels, de comptes rendus de rencontres agréés par les parties, ou encore de textes législatifs, lois et décrets qui constituent un accord entre les parties et/ou sont le résultat de négociations de paix[1165].

7) Certains accords de paix modernes comportent des dispositions relatives à l'environnement[1166]. Les dispositions portant sur des questions environnementales qui figurent dans les instruments conclus pendant un processus de paix ou dans les accords de paix sont par exemple des dispositions qui font obligation aux parties de coopérer dans le domaine de l'environnement ou les y encouragent, ou des dispositions détaillées sur l'autorité qui sera chargée des questions liées à l'environnement, à savoir notamment de la prévention des infractions environnementales et de l'application de la législation et de la réglementation nationales relatives aux ressources naturelles et au partage des ressources

États-Unis pendant la guerre du Vietnam et les dommages provoqués par l'incendie des puits de pétrole koweitiens par les troupes iraquiennes pendant la guerre du Golfe, qui sont bien attestés. D'autres exemples de dommages à l'environnement, de gravité diverse, ont également été répertoriés dans le cadre d'autres conflits armés, comme en Colombie, en République démocratique du Congo, en Iraq et en Syrie. Voir PNUE, Colombie, à consulter à l'adresse www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post (consulté le 9 mai 2018) ; PNUE, « République démocratique du Congo : Évaluation environnementale », à consulter à l'adresse https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_FR.pdf (consulté le 9 mai 2018) ; PNUE, « *Post-conflict environmental assessment, clean-up and reconstruction in Iraq* », à consulter à l'adresse https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consulté le 9 mai 2018) ; « *Lebanon Environmental Assessment of the Syrian Conflict* » (avec l'appui du PNUD et de l'UE), à consulter à l'adresse suivante : www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf (consulté le 9 mai 2018). Voir aussi International Law and Policy Institute, « *Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study* » (Oslo, 2014), p. 34 à 40.

[1165] Voir C. Bell, « *Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges* », Norwegian Peacebuilding Resource Centre, Policy Brief, mars 2013, à consulter à l'adresse http://noref.no, sous l'onglet « *Publications* », p. 1.

[1166] Ce type d'instrument est principalement conclu dans le cadre de conflits armés non internationaux, entre un État et un acteur non étatique, et l'on peut en citer les exemples suivants : Accord de paix signé par le Gouvernement salvadorien et le Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (Accord de Chapultepec) (Mexico, 16 janvier 1992), A/46/864, annexe, chap. II ; Accord intérimaire pour la paix et l'autonomie au Kosovo (Accords de Rambouillet), S/1999/648, annexe ; Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi (Arusha, 28 août 2000), à consulter à l'adresse http://peacemaker.un.org/node/1207, Protocole III, p. 62, art. 12, par. 3 e) et Protocole IV, p. 81, art. 8 h) ; Acte final des négociations politiques intercongolaises (Sun City, 2 avril 2003), à consulter à l'adresse http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003, résolution nº DIC/CEF/03, p. 40 et 41, et résolution nº DIC/CHSC/03, p. 62 à 65 ; Accord de paix global entre le Gouvernement de la République du Soudan et le Mouvement populaire de libération du Soudan/l'Armée populaire de libération du Soudan, à consulter à l'adresse http://peacemaker.un.org/node/1369, chap. V, p. 71 et chap. III, p. 45, qui énonce comme principe directeur « les meilleures pratiques recensées en matière d'utilisation et de maîtrise des ressources naturelles seront suivies » (par. 1.10) − on trouve d'autres règles concernant les ressources pétrolières aux paragraphes 3.1.1 et 4 ; Accord de paix pour le Darfour (Abuja, 5 mai 2006), à consulter à l'adresse http://peacemaker.un.org/node/535, chap. 2, p. 21, art. 17, par. 107 g) et h), et p. 30, art. 20 ; Accord sur des solutions globales entre l'Ouganda et l'Armée/Mouvement de résistance du Seigneur (Djouba, 2 mai 2007), à consulter à l'adresse https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf, par. 14.6 ; Accord de paix entre le Gouvernement sierra-léonais et le Front révolutionnaire uni (Lomé, 7 juillet 1999), S/1999/777, annexe, art. VII.

communes[1167]. Le présent projet de principe vise à encourager les parties à envisager de faire figurer ce type de dispositions dans les accords qu'elles concluent.

8) Le paragraphe 2 vise à encourager les organisations internationales compétentes à tenir compte des considérations liées à l'environnement lorsqu'elles jouent un rôle de facilitation dans les processus de paix. Il est libellé de façon suffisamment large pour englober les situations au sujet desquelles le Conseil de sécurité a adopté des résolutions au titre du Chapitre VII, ainsi que celles dans lesquelles les organisations internationales compétentes jouent un rôle de facilitation avec le consentement des États concernés ou des parties au conflit armé.

9) L'expression les « organisations internationales compétentes » employée au paragraphe 2 indique que toutes les organisations ne sont pas à même de traiter cette question particulière. Les organisations considérées comme compétentes dans le contexte du présent projet de principe sont notamment celles dont il a été reconnu qu'elles avaient joué par le passé un rôle important dans les processus de paix afférents à différents conflits armés, à savoir, entre autres, l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble et ses organes en particulier, ainsi que l'Union africaine, l'Union européenne, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est et l'Organisation des États américains[1168]. L'emploi de l'expression « s'il y a lieu » exprime le fait que la participation des organisations internationales à cette fin n'est pas toujours requise, ni souhaitée par les parties.

Principe 15
Évaluations de l'environnement et mesures de remise en état après un conflit armé

La coopération entre les acteurs concernés, y compris les organisations internationales, en matière d'évaluations de l'environnement et de mesures de remise en état après un conflit armé est encouragée.

Commentaire

1) L'objet du projet de principe 15 est d'encourager les acteurs concernés à coopérer pour faire en sorte que des évaluations de l'environnement soient menées et des mesures de

[1167] Accord de Chapultepec, chap. II. On trouve d'autres règles à l'article 13, annexe II de l'Accord de paix, qui chargent la division de l'environnement de la Police civile nationale « de la prévention et de la lutte contre les crimes et les délits contre l'environnement ». L'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, Protocole III, p. 62, art. 12, par. 3 *e*), et Protocole IV, p. 81, art. 8 *h*), mentionne à diverses reprises la protection de l'environnement et stipule notamment que l'une des missions des services de renseignement consiste « à détecter dans les meilleurs délais toute menace à l'environnement écologique du pays ». Il y est en outre dit que « [l]a politique de répartition ou d'attribution de nouvelles terres doit tenir compte de la nécessité de protéger l'environnement et de gérer le système de ressources en eau du pays par l'intermédiaire de la protection des forêts ».

[1168] L'Organisation des Nations Unies a joué un rôle de facilitation dans de nombreux conflits armés, notamment en Angola, en République démocratique du Congo, en Libye et au Mozambique. Des organisations régionales ont également joué un rôle de facilitation dans divers processus de paix dans le monde entier. L'Union africaine, par exemple, s'est impliquée dans certains aspects des processus de paix qui se sont déroulés aux Comores, en Côte d'Ivoire, en Guinée-Bissau, au Libéria et en Somalie. Voir Chatham House, Africa Programme, « *The African Union's role in promoting peace, security and stability: From reaction to prevention?* », compte rendu de réunion, à consulter à l'adresse www.chathamhouse.org, p. 3. L'Organisation des États américains a, entre autres, participé aux processus de paix dans l'État plurinational de Bolivie et en Colombie. Voir P. J. Meyer, « *Organization of American States: background and issues for Congress* » (Congressional Research Service, 2014), à consulter à l'adresse www.fas.org, p. 8. Voir aussi Union africaine et Centre for Humanitarian Dialogue, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), p. 106. L'Union européenne a notamment participé aux processus de paix liés aux conflits armés au Moyen-Orient et en Irlande du Nord. Voir aussi Suisse, Département fédéral des affaires étrangères, « *Mediation and facilitation in today's peace processes: centrality of commitment, coordination and context* », exposé de Thomas Greminger, prononcé pendant la retraite sur la médiation de l'Organisation internationale de la Francophonie, 15-17 février 2007, à consulter à l'adresse www.swisspeace.ch, sous l'onglet « Publications ».

remise en état prises après un conflit armé. Ce projet de principe est étroitement lié au projet de principe 8.

2) Les mots « acteurs concernés » désignent tant les États que les acteurs non étatiques. Non seulement les États, mais aussi des acteurs très divers, notamment les organisations internationales et les acteurs non étatiques, ont un rôle à jouer en matière d'évaluation de l'environnement et de mesures de remise en état. Les mots « est encouragée » ont valeur d'exhortation et doivent être compris comme prenant acte de la rareté de la pratique dans ce domaine.

3) Une « évaluation de l'environnement » est différente d'une « évaluation de l'impact sur l'environnement », laquelle est généralement menée *ex ante* à titre préventif[1169]. De telles évaluations jouent un rôle important dans la préparation et l'adoption des plans, des programmes et, selon qu'il convient, des politiques et textes de loi et peuvent viser à évaluer les effets probables sur l'environnement, y compris sur la santé, des plans et programmes envisagés[1170].

4) C'est dans ce contexte qu'une évaluation de l'environnement après un conflit est apparue comme un outil propre à garantir la prise en compte des considérations environnementales dans les programmes de développement au sortir d'un conflit. Ces évaluations visent en général à identifier les principaux risques environnementaux pour la santé, les moyens d'existence et la sécurité et à faire des recommandations aux autorités nationales quant aux moyens d'y faire face[1171]. Une évaluation de l'environnement effectuée au sortir d'un conflit vise à répondre aux divers besoins et processus politiques qui, en fonction des nécessités, sont distincts dans leur portée, leur objectif et leur approche[1172]. De telles évaluations de l'environnement après un conflit, menées à la demande d'un État, peuvent prendre la forme : a) d'une évaluation des besoins[1173] ; b) d'une évaluation quantitative des risques[1174] ; c) d'une évaluation stratégique[1175] ; ou d) d'une évaluation complète[1176]. L'évaluation complète du Rwanda, par exemple, comprenait un état des lieux et une évaluation scientifiques impliquant toute une série d'activités, notamment des enquêtes, des études sur documents, un travail de terrain, un échantillonnage environnemental, une modélisation par système d'information géographique, des analyses, l'établissement de rapports et des consultations nationales.

[1169] Voir, par exemple, Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1989, nº 34028, p. 309.

[1170] Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, à consulter à l'adresse www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolfrench.pdf.

[1171] Évaluation environnementale après une crise, à consulter à l'adresse http://drustage.unep.org/disastersandconflicts/what-we-do/preparedness-response/post-crisis-environmental-assessment.

[1172] D. Jensen, « Evaluating the impact of UNEP's post conflict environmental assessments », *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen et S. Lonergan (dir. publ.), à consulter à l'adresse https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf, p. 18.

[1173] Une évaluation des besoins et une étude sur documents peuvent être effectuées pendant ou après un conflit, sur la base d'une recension d'informations secondaires préexistante sur les tendances environnementales de la gestion des ressources naturelles, et sur les problèmes émanant de sources internationales ou nationales. Ces informations, accompagnées de visites de vérification sur le terrain limitées, sont ensuite réunies dans un rapport d'étude qui tente d'identifier les besoins environnementaux et d'établir des priorités. Ibid., p. 18 et 19.

[1174] Une évaluation quantitative des risques, comprenant des visites sur le terrain, des analyses en laboratoire et le recours à l'imagerie satellitaire, est axée sur l'impact environnemental direct des conflits causés par les bombardements et la destruction de bâtiments, de sites industriels et d'infrastructures publiques. Ibid. p. 19 et 20.

[1175] Une évaluation stratégique évalue l'impact direct des stratégies de survie et de réaction de la population locale et les problèmes institutionnels causés par la détérioration de la gouvernance et des capacités. Les évaluations stratégiques tendent à durer plus longtemps. Ibid., p. 20.

[1176] Une évaluation complète vise à fournir un état détaillé de chaque secteur des ressources naturelles et des tendances environnementales, des problèmes de gouvernance et des besoins en matière de capacités. Fondées sur des consultations nationales avec toutes les parties prenantes, les évaluations complètes visent à identifier les priorités et à déterminer le coût des interventions nécessaires à court, à moyen et à long terme. Ibid., p. 20.

Il est généralement admis que « les conflits ont souvent des conséquences environnementales directes ou indirectes qui touchent la santé humaine et les moyens de subsistance et les services écosystémiques »[1177].

5) Ces évaluations sont encouragées parce que, si rien n'est fait pour parer aux conséquences environnementales des conflits armés, celles-ci risquent fort de provoquer « de nouveaux déplacements de populations et un accroissement de l'instabilité socioéconomique », et donc de « compromettre le redressement et la reconstruction dans les zones sortant d'un conflit » et de « créer un cercle vicieux »[1178].

6) Pour aligner le texte sur celui des autres projets de principe, en particulier le projet de principe 2, c'est le terme « *remedial* » qui a été utilisé dans le texte anglais bien que le terme « *recovery* » soit plus courant dans la pratique. Une fois l'évaluation terminée, la difficulté consiste à faire en sorte que des programmes de remise en état de l'environnement soient en place pour renforcer les capacités des autorités nationales et locales chargées de l'environnement, réhabiliter les écosystèmes, atténuer les risques et garantir une utilisation durable des ressources dans le cadre des programmes de développement de l'État concerné[1179]. Le terme « mesures de remise en état » a une acception plus limitée que le terme « remise en état ».

Principe 16
Restes de guerre

1. Après un conflit armé, les parties au conflit s'efforcent d'enlever ou de neutraliser les restes de guerre toxiques et dangereux se trouvant sous leur juridiction ou leur contrôle et causant ou risquant de causer un dommage à l'environnement. Ces mesures sont prises dans le respect des règles de droit international applicables.

2. Les parties s'efforcent également de conclure des accords, entre elles et, s'il y a lieu, avec d'autres États et des organisations internationales, en matière d'assistance technique et matérielle, y compris, si les circonstances s'y prêtent, en vue d'organiser des opérations conjointes pour enlever ou neutraliser ces restes de guerre toxiques et dangereux.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de tous droits ou obligations existant en droit international s'agissant d'enlever, de retirer, de détruire ou d'entretenir les champs de mines, zones minées, mines, pièges, engins explosifs et autres dispositifs.

Commentaire

1) Le projet de principe 16 vise à renforcer la protection de l'environnement au sortir d'un conflit et à faire en sorte que les restes de guerre toxiques et dangereux qui causent ou risquent de causer un dommage à l'environnement soient enlevés ou neutralisés. Ce projet de principe s'applique aux restes de guerre toxiques et dangereux se trouvant sur terre ainsi qu'à ceux qui ont été placés en mer ou immergés, dès lors qu'ils sont sous la juridiction ou le contrôle d'une partie au conflit armé. Ces mesures sont prises dans le respect des règles de droit international applicables.

2) Le paragraphe 1 est rédigé en termes généraux. Les restes de guerre prennent des formes diverses. Il s'agit non seulement des restes de guerre explosifs mais également d'autres matériels et objets dangereux. Certains restes de guerre ne sont pas du tout dangereux pour l'environnement ou peuvent être moins dangereux s'ils restent où ils sont

[1177] DAC Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET), « Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit » (2010), p. 4, à consulter à l'adresse http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20 Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf.

[1178] Ibid.

[1179] PNUE, « Catastrophes et conflits », à consulter à l'adresse www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf, p. 3.

une fois le conflit terminé[1180]. En d'autres termes, enlever les restes de guerre peut dans certaines situations être plus dangereux pour l'environnement que les laisser en place. C'est pour cette raison que le projet de principe contient les mots « ou neutraliser », qui indiquent que dans certaines circonstances il peut être préférable de ne rien faire, ou de prendre d'autres mesures que l'enlèvement.

3) L'obligation de « s'efforcer » est une obligation de comportement et a trait aux « restes de guerre toxiques et dangereux » « causant ou risquant de causer un dommage à l'environnement ». Les termes « toxiques » et « dangereux » sont souvent utilisés pour qualifier les restes de guerre constituant un danger pour les personnes ou l'environnement, et la Commission a jugé approprié de les utiliser dans ce projet de principe[1181]. Le terme « dangereux » a une acception un peu plus large que le terme « toxique », car tous les restes de guerre qui constituent une menace pour les personnes ou l'environnement peuvent être considérés comme dangereux mais tous ne sont pas toxiques. L'expression « restes de guerre toxiques » n'a pas été définie en droit international mais elle a été utilisée pour désigner « toute substance toxique ou radiologique résultant d'activités militaires qui constitue un danger pour les personnes et les écosystèmes »[1182].

4) Les mots « sous leur juridiction ou leur contrôle » visent les zones sous le contrôle *de jure* et *de facto* au-delà de celui établi par un lien territorial. Le terme « juridiction » désigne, outre le territoire d'un État, les activités sur lesquelles l'État est autorisé par le droit international à exercer sa compétence et son autorité hors de son territoire[1183]. Le terme « contrôle » renvoie aux situations dans lesquelles un État (ou une partie à un conflit armé) exerce un contrôle *de facto*, même lorsqu'il n'a pas de juridiction *de jure*[1184]. Il a donc « trait à la capacité matérielle d'exercer un contrôle effectif sur telles activités qui se déroulent en dehors de la juridiction de l'État »[1185].

1180 Par exemple, cela est souvent vrai des armes chimiques qui ont été immergées. Voir T. A. Mensah, « Environmental damages under the Law of the Sea Convention », *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), p. 226 à 249. Le projet CHEMSEA (localisation et évaluation des munitions chimiques) donne un exemple d'un projet de coopération entre les États baltiques, qui est partiellement financé par l'Union européenne. On trouvera des informations sur le projet CHEMSEA à l'adresse http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea. Voir également le site Web de la Commission pour la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (Commission d'Helsinki) à l'adresse www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions.

1181 Voir CICR, « Le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés », rapport établi pour la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2011), nº 31IC/11/5.1.1 3, p. 18.

1182 Voir M. Ghalaieny, « Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination », document de travail (Toxic Remnants of War project, 2013), p. 2. Voir également www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/. Pour de plus amples renseignements sur les restes de guerre toxiques, voir également Académie de Genève, *Weapons Law Encyclopedia*, à consulter à l'adresse www.weaponslaw.org sous la rubrique « Glossary », qui cite le rapport du CICR, « Renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », p. 18. Voir les déclarations de l'Afrique du Sud, de l'Autriche, du Costa Rica et de l'Irlande à la Première Commission lors de la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, à consulters sur le portail Paper-smart à l'adresse http://papersmart.unmeetings.org.

1183 Voir par. 9) du commentaire de l'article premier du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 97 et 98. Voir également résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe.

1184 Par. 12) du commentaire de l'article premier, ibid.

1185 A/CN.4/692, par. 33. En ce qui concerne le concept de « contrôle », voir Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, *avis consultatif, CIJ Recueil 1971*, p. 16, à la page 54, par. 118, dans laquelle la Cour déclare ce qui suit : « Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres États et qui sont liées à l'exercice

5) Le présent projet de principe est applicable aux conflits armés internationaux et non internationaux. Pour cette raison, le paragraphe 1 vise « les parties au conflit ». L'expression « partie au conflit » a été utilisée dans diverses dispositions de traités relatifs au droit des conflits armés dans le contexte des restes de guerre[1186]. Il a été jugé bon d'utiliser ce terme dans le présent projet de principe parce qu'il est concevable que dans certaines situations des restes de guerre toxiques ou dangereux se trouvent dans une zone où un État n'exerce pas pleinement son contrôle. Par exemple, un acteur non étatique peut exercer son contrôle sur un territoire où se trouvent des restes de guerre toxiques et dangereux.

6) Le paragraphe 2 doit être lu avec le paragraphe 1. Il encourage la coopération et l'assistance technique entre les parties pour neutraliser les restes de guerre visés au paragraphe 1. Il convient de noter que le paragraphe 2 ne vise pas à imposer aux parties de nouvelles obligations juridiques internationales de coopérer. Il peut toutefois arriver qu'après un conflit armé une partie ne soit pas en mesure de faire en sorte que les restes de guerre toxiques et dangereux soient neutralisés. Il a donc été jugé souhaitable d'encourager les parties à coopérer à cet égard.

7) Le paragraphe 3 est une clause sans préjudice qui vise à lever toute incertitude quant au fait que les obligations conventionnelles ou de droit coutumier existantes prévalent. Il existe divers traités relatifs au droit des conflits armés qui régissent les restes de guerre, et les différents États ont ainsi des obligations diverses en ce qui concerne ceux-ci[1187].

8) Les mots « d'enlever, de retirer, de détruire ou d'entretenir » ainsi que les restes de guerre énumérés, à savoir « les champs de mines, zones minées, mines, pièges, engins explosifs et autres dispositifs », ont été choisis à dessein et repris de traités relatifs au droit des conflits armés existants afin que le paragraphe repose sur le droit positif des conflits armés[1188].

9) Il convient de noter que c'est intentionnellement que le projet de principe ne traite pas directement de la responsabilité ni de la réparation due aux victimes, parce que la responsabilité s'agissant d'enlever, de retirer, de détruire ou d'entretenir les restes de guerre est déjà dans une certaine mesure réglementée par le droit positif des conflits armés, au moins au sens où certains traités indiquent qui doit agir[1189]. Le projet de principe est sans préjudice de l'attribution de la responsabilité et des questions d'indemnisation.

---

de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États. ».

[1186] Voir, par exemple, le Protocole II à la Convention sur certaines armes classiques, ainsi que le Protocole sur les restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Protocole V) (ci-après, le « Protocole V à la Convention sur certaines armes classiques ») (Genève, 3 mai 1996), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2399, nº 22495, p. 100.

[1187] Voir, par exemple, le Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques ; le Protocole V à la Convention sur certaines armes classiques ; la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 18 septembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, nº 35597, p. 211 ; la Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008), ibid., vol. 2688, nº 47713, p. 39 ; et 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 (Genève, 3 septembre 1992), ibid., vol. 1974, nº 33757, p. 45.

[1188] Voir le libellé du Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques ; la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction ; et la Convention sur les armes à sous-munitions.

[1189] Voir, par exemple, l'article 3, par. 2, du Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques : « Chaque Haute Partie contractante ou chaque partie à un conflit est responsable, conformément aux dispositions du présent Protocole, de toutes les mines et de tous les pièges et autres dispositifs qu'elle a employés et s'engage à les enlever, les retirer, les détruire ou les entretenir comme il est précisé à l'article 10 du Protocole. ». L'article 10, par. 2, dispose quant à lui : « Les Hautes Parties contractantes et les parties à un conflit assument cette responsabilité en ce qui concerne les champs de mines, zones minées, mines, pièges et autres dispositifs situés dans des zones qu'elles contrôlent. ». De plus, l'article 3, par. 2, du Protocole V à la Convention sur certaines armes classiques dispose :

Principe 17
Restes de guerre immergés en mer

Les États et les organisations internationales compétentes devraient coopérer pour faire en sorte que les restes de guerre immergés en mer ne constituent pas un danger pour l'environnement.

Commentaire

1) À la différence du projet de principe 16, qui traite des restes de guerre en général, le projet de principe 17 vise la situation particulière des restes de guerre immergés en mer, y compris leurs effets à long terme sur le milieu marin. Le projet de principe 17 n'est pas superflu car le projet de principe 16 ne vise que les restes de guerre sous la juridiction ou le contrôle des anciennes parties à un conflit armé, et son champ d'application n'est donc pas assez large pour englober tous les restes de guerre immergés en mer. Ce projet de principe promeut expressément la coopération internationale pour faire en sorte que ceux-ci ne constituent pas un danger pour l'environnement[1190].

2) Étant donné le caractère multidimensionnel du droit de la mer, un État peut exercer sa souveraineté, sa juridiction, à la fois sa souveraineté et sa juridiction ou ni l'une ni l'autre selon l'endroit où se trouvent les restes de guerre[1191]. Il n'est donc pas surprenant que les restes de guerre immergés en mer posent d'importants problèmes juridiques[1192]. Par exemple, les parties au conflit armé peuvent avoir cessé d'exister, l'État côtier peut ne pas disposer des ressources nécessaires pour faire en sorte que les restes de guerre ne constituent pas un danger pour l'environnement, ou il peut ne pas avoir été partie au conflit mais sa coopération peut néanmoins être nécessaire pour se débarrasser des restes de guerre. Un problème peut aussi se poser lorsque des restes de guerre constituent un danger pour l'environnement mais que la partie qui les a laissés n'a pas agi ce faisant en violation de ses obligations juridiques internationales.

3) C'est pourquoi le projet de principe 17 vise les États en général, et pas seulement les parties au conflit armé. Il a pour objet d'encourager tous les États, ainsi que les

« Après la cessation des hostilités actives et dès que possible, chaque Haute Partie contractante, de même que chaque partie à un conflit armé, marque et enlève, retire ou détruit les restes explosifs de guerre dans les territoires touchés qu'elle contrôle. » ; Convention sur les armes à sous-munitions, art. 4, par. 1 : « Chaque État partie s'engage à enlever et à détruire les restes d'armes à sous-munitions situés dans les zones contaminées par les armes à sous-munitions et sous sa juridiction ou son contrôle » ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, art. 5, par. 1 : « Chaque État partie s'engage à détruire toutes les mines antipersonnel dans les zones minées sous sa juridiction ou son contrôle. ».

1190 La nécessité de prendre des mesures de coopération pour évaluer et faire mieux connaître les effets sur l'environnement des déchets provenant de munitions chimiques immergées en mer a été explicitement reconnue par l'Assemblée générale depuis 2010, notamment dans sa résolution 71/220. Dans cette résolution, l'Assemblée réaffirme les dispositions du Programme de développement durable à l'horizon 2030 et rappelle divers instruments internationaux et régionaux en la matière. Elle indique également qu'il importe de faire mieux connaître les effets qu'ont sur l'environnement les déchets provenant de munitions chimiques immergées en mer et invite le Secrétaire général à solliciter les vues des États Membres et des organisations régionales et internationales compétentes sur les mesures de coopération envisagées dans la résolution et de déterminer quels sont les organes intergouvernementaux du système des Nations Unies les mieux à même de poursuivre l'examen et la mise en œuvre, le cas échéant, de ces mesures.

1191 Voir la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, nº 31363, p. 3. Selon que les restes de guerre se trouvent dans les eaux territoriales, sur le plateau continental, dans la zone économique exclusive ou en haute mer, les droits et obligations des États seront différents.

1192 Voir A. Lott, « Pollution of the Marine Environment by Dumping: Legal Framework Applicable to Dumped Chemical Weapons and Nuclear Waste in the Arctic Ocean » 1 *Nordic Environmental Law Journal* (2015), p. 57 et W. Searle et D. Moody, « Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal », *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing (dir. publ.) (Taylor & Francis 1985).

organisations internationales compétentes[1193], à coopérer pour faire en sorte que les restes de guerre immergés en mer ne constituent pas un danger pour l'environnement. Les « organisations internationales » sont qualifiées de « compétentes » car les problèmes qui se posent nécessitent généralement des compétences spécialisées.

4) L'expression « devraient coopérer » a été jugée préférable à l'expression « coopèrent », plus prescriptive, parce qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la pratique est encore en train de se développer. La coopération est importante en ce qui concerne les restes de guerre immergés en mer, car les États côtiers auxquels ceux-ci portent préjudice peuvent n'avoir pas les ressources nécessaires pour faire en sorte qu'ils ne constituent pas un danger pour l'environnement.

5) Pour ce faire, les États et les organisations internationales compétentes peuvent coopérer de diverses manières. Ils peuvent par exemple inspecter les espaces maritimes et mettre sans frais les informations recueillies à la disposition des États touchés, et fournir des cartes assorties de repères et des informations technologiques et scientifiques concernant les risques que les restes posent ou pourraient poser à l'avenir.

6) Les effets environnementaux des restes de guerre immergés en mer sont de plus en plus reconnus[1194]. En effet, si ces restes de guerre sont un danger pour l'environnement, ils peuvent également causer des dommages collatéraux à la santé et à la sécurité des personnes, en particulier les gens de mer et les pêcheurs[1195]. Plusieurs instruments juridiques internationaux ont souligné le lien manifeste existant entre le danger pour l'environnement et la santé et la sécurité publiques, et on a donc jugé particulièrement important d'encourager la coopération entre les États et les organisations internationales pour faire en sorte que les restes de guerre immergés en mer ne constituent pas un danger[1196].

7) C'est intentionnellement que le projet de principe 17 ne traite pas de l'attribution de la responsabilité des dommages liés à des restes de guerre immergés en mer ni de l'indemnisation en la matière. Étant donné la diversité des dispositions du droit de la mer applicables selon, par exemple, que ces restes se trouvent dans les eaux intérieures ou en haute mer, déterminer à quelle partie il incombe au premier chef de faire en sorte qu'ils ne constituent pas un danger pour l'environnement est particulièrement complexe et délicat.

Principe 18
Échange et mise à disposition d'informations

1. Pour faciliter les mesures de remise en état après un conflit armé, les États et les organisations internationales compétentes échangent les informations pertinentes

[1193] Par exemple, le projet CHEMSEA, qui a été créée en 2011 en tant que projet coopératif entre les États baltiques et est partiellement financé par l'Union européenne (voir *supra* note 1180).

[1194] Voir résolutions de l'Assemblée générale 65/149 du 20 décembre 2010 et 68/208 du 20 décembre 2013 et A/68/258. Voir également Mensah, « Environmental damages under the Law of the Sea Convention », p. 233.

[1195] La Commission pour la protection de l'environnement marin de la mer Baltique (Commission d'Helsinki), organe directeur de la Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique, a publié des directives à l'intention des pêcheurs qui découvriraient des munitions chimiques immergées en mer. Pour un aperçu aisément accessible, voir les travaux du James Martin Center for Nonproliferation Studies, à l'adresse www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/.

[1196] Il existe un lien manifeste entre le danger pour l'environnement et la santé et la sécurité publiques. Voir, par exemple, l'article 55, par. 1, du Protocole additionnel I, qui prévoit la protection de l'environnement naturel dans les conflits armés internationaux et interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent des dommages à l'environnement, compromettant, de ce fait, la santé de la population ; l'article 1, par. 2, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1936, nº 33207, p. 269, qui dispose que les effets préjudiciables sur l'environnement comprennent : « [l']atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou [l']interaction de plusieurs de ces facteurs ; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socioéconomiques résultant de modifications de ces facteurs ».

et donnent accès à ces informations conformément aux obligations que leur impose le droit international.

2. Rien dans le présent projet de principe n'oblige un État ou une organisation internationale à échanger des informations ou à donner accès à des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Les États ou organisations internationales coopèrent néanmoins de bonne foi afin de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) Le projet de principe 18 vise les « États » en général, un terme d'acception plus large que le terme « parties au conflit armé ». Des États tiers, qui ne sont pas parties au conflit armé, peuvent être touchés et disposer d'informations utiles pour la remise en état qu'ils peuvent communiquer à d'autres États ou à des organisations internationales. Cette obligation s'applique aux États, bien que d'autres projets de principe visent les acteurs non étatiques, et que le projet de principes dans son ensemble s'applique aux conflits armés tant internationaux que non internationaux.

2) Si les États sont généralement les sujets les plus concernés, le projet de principe vise aussi les organisations internationales, et les qualifie de « compétentes ». Le terme « défense nationale » ne s'applique qu'aux États. Pour certaines organisations internationales, des obligations de confidentialité peuvent également influer sur les informations qu'elles peuvent échanger ou auxquelles elles peuvent donner accès de bonne foi[1197].

3) Le projet de principe 18 comporte deux paragraphes. Le paragraphe 1 renvoie à des obligations pouvant incomber aux États et aux organisations internationales en vertu du droit international, celles d'échanger des informations et de donner accès à des informations pour faciliter les mesures de remise en état après un conflit armé. Le paragraphe 2 renvoie aux considérations de sécurité auquel l'accès aux informations en question peut être subordonné.

4) Les mots « conformément aux obligations que leur impose le droit international » indiquent que des traités énoncent des obligations qui sont pertinentes dans le contexte de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés et peuvent être invoquées pour prendre des mesures de remise en état après un conflit armé[1198], par exemple maintenir un registre de l'emplacement de mines terrestres. Les obligations de donner accès aux informations et/ou d'échanger des informations qui concernent la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ont été énumérées ci-dessus. Sont également pertinents le paragraphe 2 de l'article 9, intitulé « Enregistrement et emploi des renseignements concernant les champs de mines, zones minées, mines, pièges et autres dispositifs », du Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques, et le paragraphe 2 de l'article 4, intitulé « Enregistrement, conservation et communication des renseignements », du Protocole V à cette convention.

5) De plus, cette expression indique que les obligations de donner accès à des informations et/ou d'échanger des informations énoncées dans les traités pertinents sont généralement assorties d'exceptions ou de limitations concernant les motifs pour lesquels la divulgation des informations peut être refusée. Ces motifs concernent notamment « la défense nationale et la sécurité publique » ou les situations dans lesquelles la divulgation aurait plutôt pour effet de porter atteinte à l'environnement auquel les informations se réfèrent[1199].

[1197] Voir, par exemple, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), *Policy on the Protection of Personal Data of Persons of Concern to UNHCR* (2015), à consulter à l'adresse www.refworld.org/pdfid/55643c1d4.pdf.

[1198] Protocole additionnel I, art. 33 ; première Convention de Genève, art. 16 ; deuxième Convention de Genève, art. 19 et 42 ; troisième Convention de Genève, art. 23 ; quatrième Convention de Genève, art. 137.

[1199] Voir Convention d'Aarhus, art. 4, par. 3 *b*) ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Paris, 22 septembre 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2354, nº 42279, p. 67, art. 9, par. 3 *g*). Voir aussi Accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et à la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes, art. 5, par. 6 *b)*.

6) Si le terme « échanger » renvoie aux informations que les États et les organisations internationales se communiquent dans leurs relations mutuelles comme moyen de coopération, le terme « donner accès » renvoie en premier lieu à l'accès aux informations donné par exemple aux individus, et donc à une relation plus unilatérale.

7) L'obligation d'échanger des informations et de donner accès à des informations concernant l'environnement est consacrée dans de nombreuses sources de droit international, aux niveaux mondial et régional.

8) En droit international des droits de l'homme, le droit d'accès à l'information a son origine dans l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[1200] et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1201]. L'observation générale nº 34, relative à l'article 19 du Pacte, indique que le paragraphe 2 de l'article 19 doit être entendu comme énonçant un droit d'accès à l'information détenue par les organismes publics[1202].

9) Un droit à l'information relative à l'environnement s'est également fait jour dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'atteste l'affaire *Guerra et autres* c. *Italie*[1203], dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les requérantes avaient un droit de recevoir des informations relatives à l'environnement sur la base de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale). Peuvent également être mentionnés la directive de l'Union européenne concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et un arrêt de 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne[1204]. Outre le droit au respect de la vie privée, un droit à l'information en matière d'environnement a également été reconnu sur le fondement du droit à la liberté d'expression (par exemple dans l'affaire *Claude-Reyes* et al. v. *Chile* dont a connu la Cour interaméricaine des droits de l'homme)[1205].

10) Le principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992 prévoit également que chaque individu doit avoir dûment accès aux informations sur l'environnement, notamment sur les substances dangereuses. L'objectif 16 des Objectifs de développement durable récemment adoptés, relatif à la promotion de l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives, demande aux États de garantir l'accès public à l'information et de protéger les libertés fondamentales, conformément à la législation nationale et aux accords internationaux[1206].

11) L'article 2 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) définit l'expression « information(s) sur l'environnement » comme s'entendant de toute information sur l'état d'éléments de l'environnement, sur des facteurs qui ont, ou risquent d'avoir, des incidences sur les éléments de l'environnement, et sur l'état de santé de l'homme et sa sécurité dans la mesure où ils risquent d'être altérés par l'état des éléments de l'environnement[1207]. L'article 4 de la Convention d'Aarhus dispose que les États parties « mettent à la disposition du public, dans le cadre de leur législation nationale, les informations sur l'environnement ». Un tel droit comporte nécessairement l'obligation pour les États de réunir de telles informations pour les mettre à la disposition du public lorsqu'elles leur sont demandées.

[1200] Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

[1201] New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, nº 14531, p. 3.

[1202] Comité des droits de l'homme, observation générale nº 34 (2011), relative à l'article 19 (liberté d'opinion et liberté d'expression), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément nº 40*, vol. I (A/66/40 (Vol. I)), annexe V, par. 18.

[1203] *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

[1204] Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement ; *Office of Communications* c. *Information Commissioner*, affaire C-71/10, arrêt du 28 juillet 2011.

[1205] *Claude-Reyes* et al. *v. Chile*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, jugement du 19 septembre 2006 (fond, réparations et dépens), série C, nº 151 (2006).

[1206] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 25 septembre 2015.

[1207] Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) (Aarhus (Danemark), 25 juin 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, nº 37770, p. 447, art. 2.

12) La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques envisage l'accès à l'information dans son article 6, qui dispose que les parties « [s]'emploient à encourager et à faciliter aux niveaux national et, le cas échéant, sous-régional et régional, conformément à leurs lois et règlements et selon leurs capacités respectives : … [l]'accès public aux informations concernant les changements climatiques et leurs effets »[1208]. De même, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique stipule que les parties encouragent et facilitent l'accès à l'information sur les organismes vivants modifiés[1209]. Tant la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international[1210] que la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants[1211] contiennent des dispositions sur l'accès à l'information. De la même manière, l'article 18 de la Convention de Minamata sur le mercure de 2013[1212] dispose que les parties « encourage[nt] et facilite[nt] » l'accès à de telles informations. L'Accord de Paris récemment conclu envisage lui aussi l'accès à l'information, par exemple dans le cadre de l'obligation des États de communiquer leurs contributions déterminées au niveau national énoncée au paragraphe 8 de l'article 4 de l'Accord, et plus généralement en ce qui concerne l'éducation et l'accès de la population à l'information dans le domaine des changements climatiques, envisagés à l'article 12[1213].

13) Aux termes de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, les Parties « communiquent ouvertement et promptement l'intégralité des informations » relatives à la désertification[1214]. De même, les Directives de Bali de 2010 prévoient que chacun doit avoir « un accès abordable, effectif et rapide aux informations sur l'environnement détenues par les autorités publiques, sur demande »[1215].

14) Dans le cadre du régime particulier du déminage humanitaire et des restes de guerre, plusieurs instruments énoncent l'obligation de communiquer des informations relatives à l'environnement. Par exemple, toute demande de prolongation du délai fixé pour l'enlèvement et la destruction de restes d'armes à sous-munitions présentée dans le cadre de la Convention sur les armes à sous-munitions doit indiquer les conséquences humanitaires et environnementales de la prolongation proposée[1216]. De même, s'agissant de la destruction des armes à sous-munitions, « la localisation de tous les sites de destruction et les normes à respecter en matière de sécurité et de protection de l'environnement » doivent être

[1208] Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, nº 30882, p. 107.

[1209] Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, art. 23.

[1210] Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international (Rotterdam, 10 septembre 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2244, nº 39973, p. 337, art. 15.

[1211] Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2256, nº 40214, p. 119, art. 10.

[1212] Texte pouvant être consulté à l'adresse https://treaties.un.org (*État des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, chap. XXVII.17).

[1213] Rapport de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques sur les travaux de sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015, additif : décisions adoptées par la Conférence des Parties (FCCC/CP/2015/10/Add.1), décision 1/CP.21, annexe.

[1214] Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification (ouverte à la signature à Paris le 14 octobre 1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1954, nº 33480, p. 3, art. 16 ; voir également art. 19.

[1215] Programme des Nations Unies pour l'environnement, Directives pour l'élaboration d'une législation nationale sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement, adoptées par le Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement dans sa décision SS.XI/5, partie A, du 26 février 2010, disponible à l'adresse www.unep.org sous l'onglet « Ressources ».

[1216] Art. 4, par. 6 *h*).

indiquées[1217]. La Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction énonce des obligations comparables[1218]. Peut également être citée la Norme internationale 10.70 de l'action contre les mines, qui dispose notamment que l'autorité nationale de l'action contre les mines doit « diffuser des informations sur les incidents environnementaux significatifs auprès des autres organisations de déminage/dépollution participant au programme »[1219].

15) En ce qui concerne la pratique des organisations internationales, la Politique environnementale pour les missions des Nations Unies adoptée en 2009 stipule que les missions de maintien de la paix comprennent des spécialistes de l'environnement chargés de « [f]ournir des informations relatives à l'environnement intéressant les opérations de la mission et prendre des mesures pour sensibiliser les membres de la mission aux questions environnementales »[1220]. Cette politique énonce également l'obligation de diffuser et d'étudier des informations sur l'environnement, ce qui présuppose l'accès à des informations qui puissent effectivement être diffusées et ne sont donc pas confidentielles.

16) De plus, les Directives du CICR pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé contiennent une disposition relative à la protection des organisations[1221], qui peuvent comprendre des organisations environnementales réunissant des données sur l'environnement et donc « contribuant à empêcher ou à réparer les dommages causés à l'environnement »[1222].

17) En ce qui concerne les évaluations de l'environnement après un conflit armé, il convient de rappeler que les directives du PNUE relatives à l'intégration de l'environnement dans les évaluations postconflit soulignent qu'il importe de faciliter la participation des citoyens et l'accès à l'information, au motif que, dans les situations postconflictuelles, « la gestion et l'affectation des ressources naturelles se font de façon ponctuelle, décentralisée et informelle »[1223].

18) L'obligation d'échanger des informations et de coopérer dans ce contexte est reflétée dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[1224]. En outre, la Convention sur la diversité biologique contient une disposition sur l'échange d'informations (l'article 14), qui exige de chaque Partie contractante qu'elle encourage, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, « la notification, l'échange de renseignements et les consultations au sujet des activités relevant de sa juridiction ou de son autorité et susceptibles de nuire sensiblement à la diversité biologique d'autres États ou de zones situées hors des limites de la juridiction nationale, en encourageant la conclusion d'accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux, selon qu'il conviendra »[1225]. De plus, l'article 17 de la Convention dispose que les Parties contractantes facilitent l'échange d'informations intéressant la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

[1217] Art. 7 (*Mesures de transparence*), par. 1 *e*).

[1218] Art. 5.

[1219] NILAM 10.70, 1er octobre 2007, « Sécurité et santé au travail − Protection de l'environnement », par. 12.1 *a*), disponible à l'adresse www.mineactionstandards.org.

[1220] Nations Unies, Département des opérations de maintien de la paix et Département de l'appui aux missions, « Politique environnementale pour les missions des Nations Unies », 2009, par. 23.5.

[1221] Voir CICR, Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé, A/49/323, annexe, directive 19, qui renvoie à la quatrième Convention de Genève, art. 63, par. 2, et au Protocole additionnel I, art. 61 à 67.

[1222] Il convient de noter que la directive 19 s'applique en vertu d'accords spéciaux entre les parties concernées ou, selon le cas, des autorisations accordées par l'une d'entre elles.

[1223] PNUE, Note d'orientation, *Integrating Environment in Post-Conflict Needs Assessments* (Genève, 2009), disponible à l'adresse http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf (visée au paragraphe 144 et dans la note 238 du document A/CN.4/700).

[1224] Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément nº 49*, (A/51/49), vol. III, résolution 51/229, annexe, art. 9, 11, 12, 14 à 16, 19, 30, 31 et 33, par. 7.

[1225] Art. 14, par. 1 *c*).

19) Les travaux antérieurs de la Commission en rapport avec cet aspect du projet de principe comprennent les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États (1999)[1226], le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001)[1227], les projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006)[1228] et le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008)[1229].

20) Le paragraphe 2 a un objet similaire dans le contexte du projet de principe 18. L'exception à l'obligation énoncée au paragraphe 1 concerne les informations vitales pour la défense nationale des États et la sécurité des États et des organisations internationales. Cette exception n'est pas absolue. La seconde phrase du paragraphe dispose que les États et les organisations internationales fournissent autant d'informations que les circonstances le permettent, en coopérant de bonne foi. Le paragraphe 2 s'inspire des dispositions de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. L'article 31 de cette convention dispose qu'un État du cours d'eau n'est pas tenu de fournir des données ou des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales mais qu'il doit néanmoins coopérer de bonne foi. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[1230] et le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières[1231] prévoient des exceptions similaires.

21) Le projet de principe 18 est étroitement lié à l'obligation de coopérer, ainsi qu'au projet de principe 15, relatif aux évaluations de l'environnement et aux mesures de remise en état après un conflit armé.

[1226] Résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe, art. 18. Le projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire … 1999*, vol. II (2e partie), par. 47 et 48.

[1227] Art. 8, 12 à 14 et 17.

[1228] Résolution 61/36 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006, annexe, principe 5. Les projets de principes et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire … 2006*, vol. II (2e partie), par. 66 et 67.

[1229] Résolution 63/124 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 2008, annexe, art. 8, 13, 15, 17 et 19. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire … 2008*, vol. II (2e partie), par. 53 et 54.

[1230] Art. 14.

[1231] Art. 19.

Chapitre X
Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

A. Introduction

219. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » à son programme de travail et a désigné M. Pavel Šturma Rapporteur spécial pour ce sujet[1232]. Dans sa résolution 72/116 du 7 décembre 2017, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

220. À la même session, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/708), qui visait à exposer l'approche de celui-ci quant à la portée et au résultat des travaux sur le sujet, et à donner une vue d'ensemble des dispositions générales relatives au sujet. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1er à 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur les projets d'articles 1er et 2 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été présenté pour information[1233].

B. Examen du sujet à la présente session

221. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/719), qu'elle a examiné à ses 3431e à 3435e séances, du 17 au 24 juillet 2018.

222. Dans son deuxième rapport, composé de quatre parties, le Rapporteur spécial abordait d'abord certaines questions préliminaires, notamment la légalité de la succession (première partie). Il examinait ensuite les règles générales sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, concernant en particulier la question de l'attribution ainsi que la différence entre les violations continues et les violations qui ont cessé (deuxième partie). Puis le Rapporteur spécial traitait de catégories particulières de succession d'États aux obligations découlant de la responsabilité (troisième partie). Enfin, le programme de travail futur était envisagé (quatrième partie). Le Rapporteur spécial proposait sept projets d'article correspondant aux questions abordées dans la première partie (projet d'article 5), la deuxième partie (projet d'article 6) et la troisième partie (projets d'articles 7 à 11) de son deuxième rapport[1234].

[1232] À sa 3354e séance, le 9 mai 2017. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-huitième session (2016), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10)).

[1233] Le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

[1234] Le texte des projets d'articles 5 à 11 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport se lit comme suit :

Projet d'article 5
Cas de succession d'États couverts par le présent projet d'articles

Le présent projet d'articles s'applique uniquement aux effets d'une succession d'États se produisant conformément au droit international et, plus particulièrement, aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies.

Projet d'article 6
Règle générale

1. La succession d'États n'a pas d'incidence sur l'attribution du fait internationalement illicite commis avant la date de la succession d'États.
2. Si l'État prédécesseur continue d'exister, l'État ou le sujet lésé peut, même après la date de la succession, invoquer la responsabilité de l'État prédécesseur et exiger de lui qu'il répare le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

3. Cette règle est sans préjudice de l'attribution possible du fait internationalement illicite à l'État successeur à raison de la violation d'une obligation internationale par un fait ayant un caractère continu si cet État est lié par l'obligation en cause.

4. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, l'État ou le sujet lésé peut demander réparation du préjudice causé par un fait internationalement illite de l'État prédécesseur également ou uniquement à l'État ou aux États successeurs, conformément aux dispositions des projets d'articles ci-après.

Projet d'article 7

Séparation de parties d'un État (sécession)

1. Sous réserve des exceptions visées aux paragraphes 2 et 3, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur ne passent pas à l'État successeur lorsqu'une ou plusieurs parties du territoire d'un État font sécession pour former un ou plusieurs États si l'État prédécesseur continue d'exister.

2. Si des circonstances particulières l'exigent, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur passent à l'État successeur lorsque le fait a été commis par un organe d'une unité territoriale de l'État prédécesseur qui est devenu par la suite un organe de l'État successeur.

3. Si des circonstances particulières l'exigent, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur sont assumées par l'État prédécesseur et le ou les États successeurs lorsqu'il existe un lien direct entre le fait ou ses conséquences et le territoire de l'État ou des États successeurs.

4. Le comportement d'un mouvement, insurrectionnel ou autre, qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État prédécesseur ou sur un territoire administré par celui-ci est considéré comme le fait du nouvel État au regard du droit international.

Projet d'article 8

États nouvellement indépendants

1. Sous réserve des exceptions visées au paragraphe 2, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur ne passent pas à l'État successeur en cas de création d'un État nouvellement indépendant.

2. Si l'État nouvellement indépendant y consent, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur peuvent être transférées à l'État successeur. Les circonstances particulières peuvent être prises en considération lorsqu'il existe un lien direct entre le fait ou ses conséquences et le territoire de l'État successeur, et lorsque l'ancien territoire dépendant jouissait d'une autonomie substantielle.

3. Le comportement d'un mouvement de libération nationale ou autre qui parvient à créer un nouvel État indépendant est considéré comme le fait du nouvel État au regard du droit international.

Projet d'article 9

Transfert d'une partie du territoire d'un État

1. Sous réserve des exceptions visées aux paragraphes 2 et 3, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur ne passent pas à l'État successeur lorsqu'une partie du territoire de l'État prédécesseur devient une partie du territoire de l'État successeur.

2. Si des circonstances particulières l'exigent, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur sont transférées à l'État successeur lorsque le fait a été commis par un organe d'une unité territoriale de l'État prédécesseur qui est devenu par la suite un organe de l'État successeur.

3. Si des circonstances particulières l'exigent, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur sont assumées par l'État prédécesseur et l'État successeur lorsqu'il existe un lien direct entre le fait ou ses conséquences et le territoire de l'État successeur.

Projet d'article 10

Unification d'États

1. Lorsque deux ou plusieurs États s'unissent pour former un nouvel État successeur, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite d'un État prédécesseur passent à l'État successeur.

2. Lorsqu'un État est incorporé dans un autre État préexistant et cesse d'exister, les obligations découlant d'un fait internationalement illicite commis par l'État prédécesseur passent à l'État successeur.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent à moins que les États concernés, y compris un État lésé, n'en conviennent autrement.

Projet d'article 11

Dissolution d'États

1. Lorsqu'un État est dissout et cesse d'exister et que les parties de son territoire forment deux ou plusieurs États successeurs, les obligations découlant de la commission d'un fait

223. À sa 3435e séance, le 24 juillet 2018, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 11 figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, en tenant compte des vues exprimées au cours du débat en séance plénière.

224. À sa 3343e séance, le 3 août 2018, le Président du Comité de rédaction a présenté oralement un rapport intérimaire sur le projet de paragraphe 2 de l'article premier, et les projets d'articles 5 et 6, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. Le rapport a été présenté pour mémoire ; on le trouvera sur le site Web de la Commission[1235].

225. À sa 3451e séance, le 9 août 2018, la Commission a décidé de demander au secrétariat de réaliser une étude contenant des informations sur les instruments qui pourraient présenter un intérêt pour la suite de ses travaux sur le sujet.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son deuxième rapport

226. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait tenu compte dans son deuxième rapport des observations faites par les membres de la Commission et par les délégations à la Sixième Commission. En ce qui concernait la règle générale sous-tendant le sujet de la succession à la responsabilité, le Rapporteur spécial estimait qu'une thèse de la non-succession ne devait pas être remplacée par une autre thèse similaire en faveur de la succession : une approche plus souple et plus réaliste était nécessaire. Il importait d'assurer une certaine cohérence avec les travaux précédents de la Commission, en particulier sur le plan de la terminologie, mais il n'était pas pour autant nécessaire d'adopter la même structure que dans la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978 et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État de 1983. Les précédents travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite étaient eux aussi essentiels.

227. À cet égard, le Rapporteur spécial a fait observer que le régime juridique complexe de la responsabilité de l'État avait déjà été codifié par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1236], qui reflétait en grande partie le droit international coutumier. Les principes généraux et règles de ce projet d'articles devaient être appliqués, ou développés si nécessaire, de manière qu'ils puissent orienter les États ayant à régler des problèmes de responsabilité dans le cadre d'une succession. Il fallait envisager la question de la succession, non pas sous l'angle de la « responsabilité » *in abstracto*, mais par rapport à un ensemble de principes et de règles à caractère secondaire régissant en particulier : la qualification d'un fait comme internationalement illicite et l'attribution de ce fait à un État donné, le contenu et les formes de la responsabilité, et l'invocation de la responsabilité d'un État. Les règles générales ainsi déterminées pourraient alors faire l'objet d'exceptions et de modifications en fonction de différents facteurs, par exemple selon que la violation avait cessé ou qu'elle perdurait, selon que le dommage causé était ou non localisé ou selon que l'État prédécesseur continuait d'exister ou avait disparu. De l'avis du Rapporteur spécial, ce dernier aspect était particulièrement important.

228. Le Rapporteur spécial proposait sept nouveaux projets d'article dans son deuxième rapport. Outre ceux consacrés à certaines règles générales (projets d'articles 5 et 6), les projets d'article étaient axés sur le transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur (projets d'articles 7 à 11). Le projet

---

internationalement illicite de l'État prédécesseur passent, selon les termes d'un accord, le cas échéant, à un ou plusieurs États successeurs ou à tous les États successeurs.

2. Les États successeurs devraient négocier de bonne foi avec l'État lésé et entre eux afin de régler les conséquences du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. Ils devraient prendre en considération l'existence d'un lien territorial, l'équité de la répartition et tous autres facteurs pertinents.

[1235] Le rapport peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

[1236] Résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire … 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

d'article 5 portait sur la question de la légalité de la succession, et disposait que le projet d'articles s'appliquait uniquement aux effets d'une succession d'États se produisant conformément au droit international et, plus particulièrement, aux principes du droit international inscrits dans la Charte des Nations Unies. Le Rapporteur spécial avait d'abord hésité à traiter une question aussi susceptible de prêter à controverse étant donné que, outre les cas manifestes de succession illégale, il existait aussi des cas qui se situaient dans une zone « grise » ou « neutre » qui n'était peut-être pas régie par le droit international. Le projet d'article 5 était donc une modeste disposition rédigée sur le modèle de l'article 6 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978, qui s'inscrivait dans la ligne des autres dispositions précédemment adoptées par la Commission, ainsi que des travaux entrepris par l'Institut de Droit international.

229. La deuxième disposition générale était le projet d'article 6, qui énonçait la règle générale applicable à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, à savoir le principe de non-succession s'agissant de l'établissement d'un fait internationalement illicite. Le projet d'article disposait que la succession d'États n'avait pas d'incidence sur l'attribution d'un fait internationalement illicite commis avant la date de la succession d'États. Il envisageait ensuite l'éventuelle incidence sur la succession à la responsabilité de la distinction entre violations ayant un caractère instantané et violations ayant un caractère continu, ainsi que la question des faits composites.

230. Les cinq projets d'article qui suivaient le projet d'article 6 développaient et modifiaient la règle générale qui y était énoncée. Ils traitaient de catégories particulières de succession et précisaient les circonstances dans lesquelles les obligations découlant d'un fait internationalement illicite étaient assumées par l'État prédécesseur et celles dans lesquelles elles passaient à l'État successeur. Les cinq projets d'article se répartissaient en deux groupes. Les projets d'articles 7, 8 et 9 envisageaient les cas où l'État prédécesseur continuait d'exister, tandis que les projets d'articles 10 et 11 visaient ceux où l'État prédécesseur avait cessé d'exister.

231. Les projets d'articles 7, 8 et 9, qui visaient respectivement la séparation de parties d'un État, la création d'un État nouvellement indépendant, et le transfert d'une partie du territoire d'un État, étaient structurés sur le même modèle. Ils énonçaient tout d'abord la règle générale selon laquelle les obligations découlant d'un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur ne passaient pas à l'État successeur, avant de définir des exceptions applicables dans des circonstances particulières, comme l'existence d'un lien direct entre le fait ou ses conséquences et le territoire de l'État ou des États successeurs. Les projets d'articles 7 et 9 visaient aussi le cas où le fait a été commis par un organe d'une unité territoriale de l'État prédécesseur qui est devenu par la suite un organe de l'État successeur.

232. Le projet d'article 10 traitait des deux cas d'unification d'États − fusion d'États et incorporation d'un État dans un autre État préexistant −, tandis que le projet d'article 11 portait sur la dissolution d'États. Dans ce dernier projet d'article, l'accent était mis sur l'importance des accords qui devaient être négociés de bonne foi par les États successeurs.

233. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il était possible de remettre à plus tard l'examen du libellé et de l'emplacement définitifs des projets d'articles 3 et 4, tels qu'ils avaient été proposés dans le premier rapport et renvoyés au Comité de rédaction. À propos du programme de travail futur, le Rapporteur spécial a redit son intention de se conformer, avec la souplesse nécessaire, au programme envisagé dans son premier rapport (A/CN.4/708, par. 133). La question des formes de réparation et de l'invocation de l'obligation de réparation pourrait nécessiter une analyse plus poussée, et il faudrait peut-être inclure des définitions supplémentaires dans le projet d'article 2 relatif aux expressions employées. En principe, le troisième rapport (2019) serait consacré au transfert des droits ou des réclamations d'un État lésé prédécesseur à l'État successeur. Le quatrième rapport (2020) traiterait des questions de procédure et de questions diverses, y compris la pluralité d'États successeurs et la question de la responsabilité partagée, ainsi que des questions concernant le cas des organisations internationales lésées ou des particuliers lésés. De l'avis du Rapporteur spécial, l'ensemble du projet d'articles pourrait être adopté en première lecture en 2020 ou en 2021, en fonction de la progression du débat.

2. Résumé du débat

a) Observations d'ordre général

234. D'une manière générale, les membres ont accueilli favorablement le deuxième rapport du Rapporteur spécial, dont ils ont approuvé la structure. Plusieurs membres ont fait observer que la rareté de la pratique étatique concernant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État rendait particulièrement difficiles les travaux de la Commission sur le sujet. Certains membres ont convenu avec le Rapporteur spécial que la pratique étatique disponible était hétérogène, qu'elle dépendait du contexte et touchait à des questions souvent politiquement sensibles, et ont relevé que l'on ne disposait que d'un nombre relativement peu important de décisions pertinentes de cours et tribunaux internes et internationaux. Selon plusieurs membres, ces difficultés confirmaient les craintes exprimées initialement par certains d'entre eux quant au fait que le sujet ne se prêtait peut-être pas à la codification ou au développement progressif. Plusieurs membres ont émis des réserves quant au fait que dans son rapport, le Rapporteur spécial faisait largement appel à la doctrine et aux travaux de l'Institut de Droit international. Il a été noté en outre que la pratique examinée dans le rapport, bien que plus diversifiée que dans le premier rapport, était principalement illustrée à l'aide de sources et d'exemples européens.

235. Plusieurs membres ont convenu avec le Rapporteur spécial qu'il était possible de déterminer une règle générale sous-jacente applicable à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, selon laquelle la responsabilité de l'État n'était pas automatiquement transférée à l'État successeur, excepté dans certaines circonstances. Il a été souligné qu'il fallait adopter une approche réaliste et souple à cet égard, comme le Rapporteur spécial l'avait indiqué. Selon le point de vue exprimé par d'autres membres de la Commission, il serait plus pratique de dégager plusieurs règles que de tenter de confirmer l'existence d'une unique règle générale sous-jacente, qu'il pourrait être impossible de déterminer.

236. La question de la portée des exceptions possibles à la règle générale sous-jacente de non-succession a donné lieu à un débat considérable. Plusieurs membres ont mis en garde contre le remplacement d'une thèse générale de la non-succession à la responsabilité de l'État par une présomption générale similaire en faveur de la succession. Il a été relevé que certains des projets d'article proposés par le Rapporteur spécial admettaient en fait cette présomption de succession, en particulier dans les cas où l'État prédécesseur n'existait plus. De l'avis de plusieurs membres, ces propositions reposaient plus sur des motifs d'ordre politique que sur la pratique étatique, et relevaient davantage du développement progressif, voire d'un énoncé *de lege ferenda*, que de la codification du droit international existant. À cet égard, il a été souligné qu'il importait de préciser dans quelle mesure chacun des projets d'article serait constitutif d'un développement progressif ou d'une codification du droit international.

237. En ce qui concernait la méthodologie adoptée par le Rapporteur spécial, certains membres ont exprimé des doutes quant au choix de traiter séparément les questions de succession aux obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur (examinées dans le deuxième rapport) et les questions concernant les droits et réclamations de l'État prédécesseur lésé découlant d'un fait internationalement illicite (devant être examinées dans le troisième rapport). Selon eux, il risquait d'en résulter un chevauchement inutile des travaux. Pour ce qui était des catégories de succession à analyser, plusieurs membres ont souscrit à la distinction de base proposée par le Rapporteur spécial entre les cas où l'État prédécesseur continuait d'exister et ceux où il n'existait plus. D'autres membres ont cependant dit qu'une telle distinction n'était pas nécessairement étayée par la pratique étatique mais résultait plutôt de considérations d'ordre politique. Les membres ont également admis en général qu'il importait de maintenir une certaine cohérence avec les travaux précédents de la Commission, sur le plan tant de la terminologie que du fond, en particulier par rapport au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

238. Quant au caractère subsidiaire des règles proposées, un certain nombre de membres ont suggéré l'adjonction d'un projet d'article dans lequel il serait dit que le projet d'articles ne s'appliquerait qu'en l'absence de tout accord entre les parties, y compris l'État lésé par un fait internationalement illicite. À cet égard, le rôle fondamental des traités, des autres

accords et des engagements unilatéraux des États successeurs a été souligné par certains membres. L'idée a aussi été exprimée qu'il fallait faire preuve de prudence pour dégager des règles générales à partir des accords existants, dont la portée était souvent étroite et qui ne liaient que les parties concernées. Selon un point de vue, la Commission devait axer uniquement ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite lorsque les parties lésées étaient aussi des États.

239. Certains membres ont proposé de modifier l'intitulé du sujet et de le remplacer par « Problèmes posés par la responsabilité d'un État en cas de succession d'États ». Des propositions ont aussi été faites en vue de structurer éventuellement le projet d'articles en plusieurs parties.

b) Observations particulières

i) Projet d'article 5 − Cas de succession d'États couverts par le présent projet d'articles

240. Les membres ont de manière générale exprimé leur appui au projet d'article 5, dont le libellé s'accordait avec les travaux précédents de la Commission. Il a été relevé que ce projet d'article s'inscrivait aussi dans la ligne du principe fondamental *ex injuria jus non oritur* et de la résolution 2625 (XXV) de 1970 de l'Assemblée générale (Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies). Au sujet de la légalité de la succession, certains membres ont fait observer qu'il n'existait pas de troisième catégorie en dehors des cas licites et illicites de succession. D'autres membres ont estimé que la question de la légalité de la succession devait être examinée séparément des conséquences éventuelles, en termes de responsabilité, d'une succession illégale, s'agissant notamment de toute modification territoriale illégale opérée avant celle-ci. Il a aussi été dit que le projet d'article 5 risquait d'aller à l'encontre du but recherché, puisque l'exclusion du champ d'application du projet d'articles d'une succession illégale était susceptible, paradoxalement, de jouer à l'avantage des États successeurs illégaux, dès lors que toute exception envisagée à la règle générale de non-succession à la responsabilité de l'État n'était pas censée leur être applicable.

ii) Projet d'article 6 − Règle générale

241. Tandis que d'une manière générale, les membres ont exprimé leur accord sur la règle de non-succession à la responsabilité de l'État énoncée dans le projet d'article 6, plusieurs membres ont estimé que le libellé de celui-ci n'était pas clair. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été faites à cet égard, qui tendaient notamment à préciser que dans les cas de succession d'États, seule la responsabilité de l'État auteur du fait illicite était engagée pour ce fait, sauf lorsque le projet d'articles en disposait autrement.

242. À propos du fondement juridique de la règle générale de non-succession, certains membres ont estimé, comme le Rapporteur spécial, que cette règle découlait des règles relatives à l'attribution du comportement consacrées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et en particulier que la règle de non-succession était le corollaire de la définition de la responsabilité de l'État énoncée à l'article premier de ce projet d'articles. D'autres membres ont cependant considéré que la question de l'attribution du comportement était distincte de celle de la succession à la responsabilité, et que l'emploi de la terminologie de l'attribution du comportement risquait d'être source de confusion, dès lors que les questions de succession en matière de responsabilité de l'État ne se posaient qu'à propos de faits internationalement illicites déjà attribués à l'État prédécesseur en vertu de l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ; faute d'une telle attribution, il n'y aurait aucune responsabilité à transférer. L'idée a aussi été émise que les règles générales relatives à l'attribution du comportement et d'autres règles relatives à la responsabilité de l'État pourraient être affectées par les règles concernant la succession d'États.

243. À propos du paragraphe 4 du projet d'article 6, certains membres ont estimé que le terme « réparation » limiterait le champ d'application du projet d'articles à certains aspects seulement de la responsabilité de l'État, et qu'il était donc nécessaire de préciser la portée des obligations découlant d'un fait internationalement illicite qui seraient transférées en cas

de succession à la responsabilité. De l'avis d'autres membres, le paragraphe 4 affaiblissait la règle générale de non-succession énoncée dans la première partie du projet d'article 6, et il allait à l'encontre du principe général de droit selon lequel seul l'auteur d'un fait illicite devait être tenu responsable de ce fait.

iii) Projet d'article 7 − Séparation de parties d'un État (sécession)

244. Plusieurs membres de la Commission ont proposé de supprimer du texte et de l'intitulé du projet d'article 7 toute mention de la « sécession », car ce terme pouvait être interprété comme renvoyant également aux cas de succession illégale. Certains considéraient que la pratique des États était trop rare pour étayer les exceptions à la règle de la non-succession énoncées dans ce projet d'article. De surcroît, les expressions « [s]i des circonstances particulières l'exigent », aux paragraphes 2 et 3, « un organe d'une unité territoriale », au paragraphe 2, et « lien direct » et « sont assumées », au paragraphe 3, ont été jugées confuses par un certain nombre de membres. Au sujet du paragraphe 2, il a été dit que lorsqu'un acte ayant un caractère continu était commis par un organe de l'État prédécesseur qui devenait un organe de l'État successeur, il n'y avait aucun transfert de responsabilité, mais qu'il était possible d'établir deux faits internationalement illicites distincts, dont chacun était attribuable soit à l'État prédécesseur, soit à l'État successeur. Il a aussi été dit qu'il serait bon de compléter ce projet d'article, ainsi que d'autres, en leur ajoutant des critères de répartition des droits et des obligations après la succession, et que la notion d'enrichissement sans cause pouvait à cet égard apporter des éclaircissements supplémentaires. D'autres membres ont estimé que les règles applicables à l'enrichissement sans cause n'étaient peut-être pas pertinentes dans ce contexte.

245. Plusieurs membres ont souscrit à la teneur du paragraphe 4 du projet d'article 7 ; il a été proposé de lui apporter certaines modifications rédactionnelles en vue de préciser davantage la relation entre l'attribution du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre et le transfert de responsabilité qui en résultait à la date de la succession. Des propositions ont également été formulées à l'effet de combiner le texte de ce projet d'article avec celui des projets d'articles 8 et 9, ou du projet d'article 9.

iv) Projet d'article 8 − États nouvellement indépendants

246. Un certain nombre de propositions d'ordre rédactionnel ont été formulées au sujet du projet d'article 8, qui a recueilli le soutien de plusieurs membres de la Commission. D'autres membres se demandaient si l'adoption par la Commission d'un projet d'article consacré aux « États nouvellement indépendants » était encore nécessaire, la notion paraissant désormais anachronique. D'aucuns ont toutefois fait observer que l'Assemblée générale tenait une liste de territoires non autonomes et que les cas de succession fondés sur le principe de l'autodétermination présentaient certaines particularités sur le plan juridique qu'il ne fallait pas négliger. Plusieurs membres ont proposé d'introduire une définition de la notion d'« États nouvellement indépendants » parmi celles figurant dans le projet d'article 2.

247. Il a été dit qu'il convenait de mentionner, parmi les critères à prendre en considération au titre du paragraphe 2 du projet d'article 8, la possibilité d'un lien direct entre un fait internationalement illicite et la population de l'État successeur, pas uniquement le territoire de celui-ci. À propos du paragraphe 3, certains membres ont estimé que la notion de « mouvement insurrectionnel ou autre » recouvrait les « mouvements de libération nationale » et qu'il était donc possible de reprendre la même formule qu'au paragraphe 4 du projet d'article 7.

v) Projet d'article 9 − Transfert d'une partie du territoire d'un État

248. Plusieurs membres ont fait remarquer que les observations qu'ils avaient formulées au sujet du projet d'article 7 s'appliquaient *mutatis mutandis* au projet d'article 9, y compris celles portant sur l'insuffisance de la pratique étatique à l'appui des exceptions à la règle générale de la non-succession et sur la nécessité de préciser le sens de certains des termes employés. Plusieurs modifications d'ordre rédactionnel ont été proposées.

vi) Projet d'article 10 − Unification d'États

249. Plusieurs membres de la Commission ont relevé que les projets d'articles 10 et 11, portant sur la situation dans laquelle l'État prédécesseur a cessé d'exister, reposaient sur une présomption générale de succession à la responsabilité en contradiction avec la règle générale de non-succession en matière de responsabilité de l'État énoncée au projet d'article 6. Selon eux, la pratique des États était insuffisante pour étayer cette présomption de succession, qui ne trouvait appui que dans certains écrits universitaires et dans les travaux de l'Institut de Droit international. Les exemples cités par le Rapporteur spécial concernaient souvent l'expropriation, qui n'était pas en soi un fait internationalement illicite. Certains membres ont souligné qu'en l'absence de consentement, il n'était tout simplement pas possible de postuler l'existence d'obligations de l'État successeur. D'autres ont considéré que le raisonnement théorique qui sous-tendait un tel renversement de la règle générale de non-succession pouvait en réalité aboutir à des résultats inéquitables ou injustes. En outre, il a été dit qu'attacher des conséquences juridiques au fait que l'État prédécesseur continuait ou non d'exister pouvait avoir des effets discriminatoires. D'autres membres ont appuyé les projets d'articles 10 et 11, en estimant qu'ils garantissaient que des conséquences juridiques soient attachées à tout fait internationalement illicite et protégeaient donc les droits des parties lésées.

250. Il a été proposé d'apporter un certain nombre de modifications d'ordre rédactionnel au projet d'article 10, dont certaines visaient à supprimer toute référence à la distinction entre les différents types d'unification des États, étant donné que sur le plan de la succession à la responsabilité, leurs conséquences juridiques étaient considérées comme identiques.

vii) Projet d'article 11 − Dissolution d'États

251. Outre les observations susmentionnées qui s'appliquaient à la fois au projet d'article 10 et au projet d'article 11, il a été relevé par un certain nombre de membres de la Commission que le projet d'article 11 posait des difficultés particulières et exigerait un examen minutieux tenant compte du fait que la dissolution des États dépendait étroitement par nature du contexte.

252. Plusieurs membres de la Commission ont estimé que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 11 n'était pas suffisamment clair, s'agissant notamment de l'expression « selon les termes d'un accord ». Il était essentiel de préciser quelles parties s'engageaient par cet accord et si celui-ci porterait sur la répartition de la responsabilité entre les successeurs ou sur le transfert même de la responsabilité. Concernant le paragraphe 2, un certain nombre de membres ont jugé qu'il n'était pas opportun d'introduire une obligation de négocier et qu'il était donc important que le libellé de ce paragraphe conserve un caractère incitatif. Un certain nombre de propositions ont été faites en vue de le modifier.

c) Forme finale du résultat des travaux

253. À propos de la forme finale que devrait prendre le projet, plusieurs membres ont relevé que certains États avaient exprimé leur préférence pour une forme autre que celle d'un projet d'articles, comme un projet de directives ou de conclusions, tandis que d'autres États s'étaient déclarés favorables à un projet d'articles. Il a été dit que cette question pourrait être tranchée à un stade ultérieur. Certains membres ont fait observer qu'il pourrait être utile d'envisager l'élaboration de clauses types qui serviraient de base à la négociation d'accords de succession.

d) Programme de travail futur

254. De façon générale, les membres de la Commission ont approuvé les propositions du Rapporteur spécial concernant le programme de travail futur. Il a aussi été dit que le Rapporteur spécial devrait s'intéresser à des thèmes supplémentaires comme le rôle des organisations internationales et l'effet des politiques de non-reconnaissance sur les questions de succession à la responsabilité.

3. Observations finales du Rapporteur spécial

255. À la suite du débat, le Rapporteur spécial a exprimé sa gratitude pour les nombreuses observations reçues, en se félicitant du tour pris par les discussions, où avait prévalu la recherche d'un traitement équilibré du sujet. À propos des doutes exprimés quant à la faisabilité et la pertinence de l'examen du sujet aux fins de la codification, le Rapporteur spécial a réaffirmé que ce sujet se prêtait tant à la codification qu'au développement progressif car il s'agissait de faire la lumière sur les lacunes laissées par les travaux de codification déjà réalisés par la Commission, dans le domaine de la responsabilité de l'État comme dans celui de la succession d'États. L'intention était d'exposer les incidences possibles de la succession d'États sur les règles générales de la responsabilité de l'État et non de créer de nouvelles règles en matière de succession d'États. De l'avis du Rapporteur spécial, le fait que ces questions aient été délibérément laissées de côté au cours des travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État constituait pour celle-ci une invitation à élargir son examen, plutôt qu'un obstacle. Selon lui, rien dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne portait à croire que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite disparaissaient purement et simplement en raison de la succession d'États. Le Rapporteur spécial a également convenu que la Commission devrait envisager de modifier l'intitulé du sujet et de le remplacer par « Problèmes posés par la responsabilité d'un État en cas de succession d'États ».

256. À propos des questions de méthodologie, et en particulier des observations faites par les membres au sujet de la rareté de la pratique, le Rapporteur spécial a souligné que son intention était de combiner développement progressif et codification du droit international, approche conforme au mandat de la Commission. Il pensait qu'il y avait peu d'écart entre *lex ferenda* et considérations d'ordre politique et que la pratique des États, y compris les traités bilatéraux et multilatéraux, était elle aussi influencée par de telles considérations.

257. Le Rapporteur spécial a également relevé qu'une tendance commençait, lentement mais sûrement, à se dégager de la jurisprudence en matière de succession à la responsabilité de l'État, en particulier au sein des juridictions régionales des droits de l'homme. Tout en convenant qu'il s'était beaucoup appuyé sur la doctrine dans son rapport, il a estimé que cette démarche était conforme au rôle que revêtait celle-ci en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. En outre, il a souligné que l'existence de projets bien antérieurs élaborés par des organismes privés de codification, l'Institut de Droit international notamment, confirmait la pertinence du sujet. Il a toutefois ajouté que la Commission n'était pas liée par les travaux antérieurs de ces organismes.

258. Quant à la question de la détermination d'une règle générale qui sous-tendrait le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, le Rapporteur spécial a convenu de la nécessité d'une telle règle, ou de telles règles, ainsi que d'exceptions applicables à des catégories particulières de successions. Aux fins de la naissance de la responsabilité d'un État (sur la base de son propre fait internationalement illicite), la non-succession était une règle absolue : le fait comme l'obligation internationale violée se rapportaient exclusivement à l'État prédécesseur. Toutes les conséquences juridiques d'un fait illicite, y compris les circonstances excluant l'illicéité, l'obligation de cessation et éventuellement les contre-mesures, devaient en principe continuer de s'appliquer à l'État prédécesseur. L'État successeur ne pouvait voir sa responsabilité engagée en raison d'un fait illicite qu'il n'avait pas commis. En revanche, il pouvait être responsable de son propre fait illicite en cas de violation continue ou d'attribution du comportement de mouvements insurrectionnels ou autres. De surcroît, il existait des exceptions à la règle de la non-succession liées à certaines conséquences d'un fait internationalement illicite qui ne disparaissaient pas lorsque l'État prédécesseur avait cessé d'exister. Ces conséquences perduraient, de la même manière que le territoire, la population, les biens ou les dettes de l'État continuaient d'exister en cas de succession. On pouvait discuter des fondements de ces exceptions. Néanmoins, ces circonstances n'engendraient pas une situation dans laquelle l'État successeur endosserait une responsabilité, ou serait blâmé, pour des actes qu'il n'aurait pas commis. Il convenait plutôt de saluer le fait qu'il ne laissait pas les États ou les individus lésés sans mesures de réparation.

259. Le Rapporteur spécial a fait observer que la distinction fondamentale entre les cas où l'État prédécesseur continuait d'exister et ceux dans lesquels il cessait d'exister était basée sur la mise en évidence de réelles différences et correspondait aux catégories de successions établies, nonobstant de possibles considérations politiques. Les règles spécifiques, assorties d'exceptions, qu'il convenait d'élaborer dans ce domaine devaient être libellées de manière à éviter d'aboutir à des résultats injustes et inéquitables. En ce qui concernait le choix de traiter séparément les questions de succession aux obligations découlant du fait internationalement illicite d'un État prédécesseur (examinées dans le deuxième rapport) et les questions se rapportant aux droits et réclamations découlant d'un fait internationalement illicite ayant lésé un État prédécesseur (qui seraient examinées dans le troisième rapport), le Rapporteur spécial a fait observer que l'on pourrait éviter des doublons en fusionnant si nécessaire au stade final des travaux les projets d'article concernés.

260. Le Rapporteur spécial a également souscrit à plusieurs autres observations et propositions, concernant notamment la nécessité d'examiner le lien entre le fait internationalement illicite et la population de l'État successeur, la pertinence du consentement de l'État lésé ou de la personne lésée pour tout engagement de responsabilité de l'État successeur, l'importance des accords et des déclarations unilatérales en matière de succession et la nécessité d'une disposition expresse indiquant le caractère subsidiaire du projet d'articles. Le Rapporteur spécial a aussi convenu qu'un certain nombre de définitions devraient venir compléter le projet d'article 2, et il a estimé que plusieurs des propositions rédactionnelles formulées au sujet de la structure et du contenu du projet d'articles devraient être reprises.

261. De l'avis du Rapporteur spécial, le projet d'articles devait, outre les États, prendre également en considération d'autres sujets susceptibles d'être lésés. Cette approche serait en adéquation avec la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui visait aussi la violation d'obligations internationales de l'État à l'égard d'autres acteurs.

262. À propos du projet d'article 5, le Rapporteur spécial a rappelé que le texte proposé s'inscrivait dans la ligne de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités et la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État. Il a fait observer qu'il était difficile de dire si certains faits touchant à la création d'États étaient entièrement couverts par le droit international moderne. Le projet d'article 5 visait à préciser la délimitation du champ d'application *ratione materiae* du projet d'articles d'une manière compatible avec les travaux antérieurs de la Commission sur la succession. Il ne s'agissait nullement d'accorder un quelconque privilège aux États qui seraient successeurs en violation du droit international, en les exonérant de leur responsabilité. Cette disposition envisageait au contraire à la fois la possibilité d'un transfert des droits et d'un transfert des obligations découlant de la responsabilité.

263. Au sujet du projet d'article 6, le Rapporteur spécial s'est dit ouvert à différentes propositions visant à en améliorer la clarté. Au sujet du paragraphe 4, il a indiqué que si seule la réparation était mentionnée, cela n'excluait pas la pertinence d'autres règles relatives à la responsabilité de l'État, qui restaient applicables à l'État prédécesseur.

264. À propos du projet d'article 7, le Rapporteur spécial a souscrit à un certain nombre de propositions d'ordre rédactionnel, notamment celle tendant à la suppression de toute référence à la « sécession ». Il a en outre convenu que l'expression « [s]i des circonstances particulières l'exigent » devait être précisée davantage, ou supprimée. À propos du projet d'article 8, le Rapporteur spécial a indiqué qu'à son avis, il convenait de conserver toutes les catégories de succession auxquelles la Commission s'était déjà intéressée, y compris celle des États nouvellement indépendants. Au sujet du projet d'article 7 comme du projet d'article 9, il a indiqué que l'expression « un organe d'une unité territoriale » visait des situations dans lesquelles ces organes disposaient d'un degré important d'autonomie, comme dans le cas des États fédéraux. Il a en outre approuvé un certain nombre de propositions d'ordre rédactionnel, notamment celles visant à regrouper les projets d'articles 7, 8 et 9 en une seule disposition. Le Rapporteur spécial a également précisé que l'objet des projets d'articles 7, 8 et 9 n'était pas de créer des obligations qui impliqueraient le transfert automatique de certaines obligations à l'État successeur.

265. Au sujet des projets d'articles 10 et 11, le Rapporteur spécial a souscrit à nombre des observations faites au cours du débat en séance plénière. Il a toutefois souligné que le projet d'article 10 établissait une présomption simple plutôt qu'une règle de succession automatique se substituant en toutes circonstances à celle de la non-succession. En outre, selon lui, les cas d'expropriation illégale ne devaient pas être considérées comme dénués de pertinence. Quant au projet d'article 11, le Rapporteur spécial a souligné qu'il s'agissait d'une disposition de caractère général et liminaire, qui avait vocation à être complétée ultérieurement par un autre projet d'article sur les critères et les règles de répartition des obligations découlant du fait internationalement illicite d'un État prédécesseur ayant cessé d'exister.

266. À propos du programme de travail futur, le Rapporteur spécial a relevé que certains membres approuvaient celui qu'il avait proposé ; il a convenu, d'une part, qu'il faudrait examiner avec soin la question du transfert des droits et des réclamations du prédécesseur lésé − sur laquelle devait porter le troisième rapport − afin d'éviter les doublons et, d'autre part, que le rôle des organisations internationales pourrait également être examiné à un stade ultérieur en même temps que d'autres questions.

Chapitre XI
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

267. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a désigné M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour ce sujet[1237]. À la même session, elle a prié le secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session (2008)[1238].

268. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)[1239]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[1240].

269. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M[me] Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission[1241]. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014), son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015) et son cinquième rapport à ses soixante-huitième (2016) et soixante-neuvième sessions (2017)[1242]. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a provisoirement adopté à ce jour sept projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2 relatif aux définitions est encore en cours d'élaboration[1243].

[1237] À sa 2940e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 376). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257).

[1238] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 386. Pour l'étude du secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1.

[1239] A/CN.4/601, A/CN.4/631 et A/CN.4/646, respectivement.

[1240] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 207 ; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 343.

[1241] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 266.

[1242] A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686 et A/CN.4/701, respectivement.

[1243] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 48 et 49.
À sa 3174e séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 1er, 3 et 4, et de sa 3193e à sa 3196e séances, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs (ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 48 et 49).
À sa 3231e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e) et 5, et de sa 3240e à sa 3242e séances, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs.
À sa 3329e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 f) et 6, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session, et à ses 3345e et 3346e séances, le 11 août 2016, elle a adopté les commentaires y relatifs (ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 194, 195 et 250).
À sa 3378e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 à l'issue d'un vote enregistré et de sa 3387e à sa 3389e séances, les 3 et 4 août 2017, elle a adopté les

B. Examen du sujet à la session en cours

270. La Commission était saisie du sixième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/722), dans lequel celle-ci résumait les débats de la Commission et de la Sixième Commission au sujet du projet d'article 7, adopté à titre provisoire par la Commission à sa soixante-neuvième session et consacré aux crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas. La Rapporteuse spéciale a ensuite entrepris, aux chapitres II et III, l'examen des aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle entamait cette analyse, qu'elle devait achever l'année suivante, en examinant dans un premier temps la manière dont les aspects procéduraux de l'immunité avaient été précédemment traités par la Commission dans le cadre de ses travaux, la manière dont ils s'inscrivaient dans le cadre général du sujet à l'étude et la méthode qu'elle entendait suivre pour les analyser, puis, dans un second temps, en analysant trois éléments de ces aspects procéduraux liés à la notion de juridiction, à savoir : a) l'élément temporel ; b) les catégories d'actes visées ; c) la détermination de l'immunité. Le rapport ne contenait pas de nouveau projet d'article.

271. La Rapporteuse spéciale prévoyait d'achever son analyse des aspects procéduraux dans le septième rapport, qui devait être présenté en 2019. Elle examinerait dans ce rapport, entre autres questions, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, et s'intéresserait aux questions touchant : les garanties de procédure reconnues tant à l'État du représentant qu'au représentant de l'État étranger lui-même, et particulièrement les garanties et les droits devant être reconnus à ce représentant ; la communication entre l'État du for et l'État du représentant ; la transmission d'informations par l'État du représentant ; la coopération et l'entraide judiciaire internationale entre l'État du représentant et l'État du for. Elle s'intéresserait aussi, dans ce rapport, aux questions relatives à la coopération des États avec les juridictions pénales internationales et à l'incidence que cette coopération pouvait avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle proposerait en outre, dans ce septième rapport, des projets d'article sur les questions traitées dans le sixième rapport, ainsi que sur les aspects examinés dans le septième rapport. Elle espérait que la Commission achèverait l'année suivante l'examen en première lecture des projets d'article sur le sujet.

272. La Commission a examiné le sixième rapport de sa 3438e à sa 3440e séances, les 30 et 31 juillet 2018. À sa soixante et onzième session, en 2019, elle poursuivrait et achèverait le débat sur ce rapport.

1. Présentation du sixième rapport par la Rapporteuse spéciale

273. La Rapporteuse spéciale a débuté la présentation de son sixième rapport en déclarant que, contrairement aux précédents, il comportait en introduction, à titre d'information, un résumé détaillé des débats de la Commission et de la Sixième Commission sur le projet d'article 7, que la Commission avait adopté à titre provisoire à sa soixante-neuvième session. Ce choix lui semblait justifié compte tenu de l'ampleur des débats sur les limites et exceptions à l'immunité de juridiction et sur le projet d'article 7, en lien avec cette question, mais aussi du caractère sensible du sujet et de la divergence des points de vue exprimés. En outre, il avait été signalé au cours des débats sur le projet d'article 7 que, dans le cadre de l'examen des aspects procéduraux, il importait de s'interroger aussi sur la question des garanties de procédure ; c'était, pour certains, à cette condition que le projet d'article 7 serait adopté.

274. La Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance que revêtait l'examen des aspects procéduraux dans le cadre du sujet à l'étude ; elle a rappelé à ce propos que ces aspects avaient déjà été examinés dans l'étude du secrétariat[1244], le troisième rapport de son prédécesseur[1245], et les rapports qu'elle avait elle-même précédemment établis[1246],

commentaires y relatifs (ibid., *soixante et onzième session, Supplément nº 10* (A/72/10), par. 74, 76, 140 et 141).

1244 A/CN.4/596 et Corr.1.

1245 A/CN.4/646.

1246 A/CN.4/654, A/CN.4/661 et A/CN.4/701.

notamment dans le document de réflexion informel sur les dispositions et garanties de procédure qui avait été examiné en 2017, au cours de consultations informelles tenues pendant la session de la Commission ainsi que dans le cadre des débats de la Sixième Commission. Elle a fait observer que, dans ses travaux antérieurs, la Commission avait traité en particulier le moment où la question de l'immunité devait être examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, les actes visés par l'immunité, ainsi que la détermination de l'immunité. La Commission avait en outre examiné une analyse de la notion de juridiction, en rapport avec ces questions, ainsi que le lien entre les limites et exceptions à l'immunité et les garanties de procédure. Bien entendu, elle était partie du principe qu'à un stade ou un autre, elle se pencherait sur la question des dispositions et garanties de procédure à introduire dans le projet d'articles à l'examen. La Rapporteuse spéciale a rappelé, en outre, que la Sixième Commission avait examiné les aspects procéduraux, en particulier à la soixante-sixième session de l'Assemblée générale.

275. La Rapporteuse spéciale a toutefois fait observer qu'au cours des années qui avaient suivi, l'intérêt porté par la Commission aux aspects procéduraux de l'immunité avait quelque peu évolué : la Commission avait en effet commencé par examiner des questions classiques touchant la procédure, notamment le moment où la question de l'immunité devait être examinée, l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci, puis elle s'était intéressée à la nécessité d'établir des garanties de procédure pour empêcher l'exercice politisé et abusif de la juridiction pénale d'un État à l'égard de représentants d'un autre État. Ce changement de cap s'était également fait sentir dans les débats de la Sixième Commission, qui était avant tout attachée aux questions de la garantie et du renforcement du régime d'immunité et du principe de l'égalité souveraine des États, ainsi que du respect des garanties d'une procédure régulière. Bien que la Rapporteuse spéciale ait souligné qu'il n'y avait rien de nouveau dans l'idée que l'on devait examiner et établir des garanties de procédure pour empêcher les procès à motivation politique et l'excès de pouvoir, ce point ayant été soulevé au cours de débats antérieurs, la question avait été plus amplement traitée en 2016 et 2017 dans le cadre des débats sur le projet d'article 7.

276. La Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance que revêtait l'examen des aspects procéduraux de l'immunité, étant entendu que c'était à l'égard de la juridiction pénale d'un autre État qu'était invoquée l'immunité. Elle a déclaré que, dans le cadre de l'examen de ces aspects, la Commission pouvait proposer des moyens de respecter l'égalité souveraine des États, ainsi que les autres principes et valeurs juridiques de la communauté internationale dans son ensemble (parmi lesquels figurait la lutte contre l'impunité). Elle a également fait observer qu'en tenant compte des aspects procéduraux, on pouvait garantir que les représentants d'un État visés par l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État bénéficient de toutes les garanties de procédure qui leur étaient reconnues par le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme. Elle estimait qu'examiner comme il se devait les aspects procéduraux permettrait d'introduire un élément neutre dans le traitement de la question de l'immunité, ce qui aurait pour effet de garantir une sécurité juridique tant à l'État du for qu'à l'État du représentant. Cela permettrait aussi d'atténuer l'incidence des facteurs politiques et d'éviter qu'un État soit accusé à tort d'avoir engagé des poursuites abusives contre un représentant d'un autre État à des fins politiques ou autres. Cela contribuerait, d'autre part, à renforcer le lien de confiance entre les États concernés.

277. La Rapporteuse spéciale a souligné qu'aux fins de l'examen des aspects procéduraux, il faudrait se poser un certain nombre de questions précises, et notamment se demander : a) ce que l'on entendait par « juridiction » pénale ; b) à quelles catégories d'actes de l'État du for l'immunité de juridiction pénale étrangère pouvait faire obstacle ; c) quelle était l'instance habilitée à déterminer si l'immunité s'appliquait et quels étaient les effets d'une telle détermination sur l'immunité ; d) à quel moment l'immunité de juridiction pénale étrangère commençait à s'appliquer ; e) s'il était nécessaire d'invoquer l'immunité et qui pouvait l'invoquer ; f) comment intervenait la renonciation à l'immunité et quelle instance y donnait effet ; g) quels effets produisait la renonciation à l'immunité sur l'exercice de la juridiction ; h) comment assurer la communication entre l'État du for et l'État du représentant et au moyen de quels dispositifs ; i) quels dispositifs, s'il en existait, permettaient à l'État du représentant de faire en sorte que les tribunaux de l'État du for soient informés de ses positions juridiques et en tiennent compte lorsqu'ils se prononçaient

sur l'applicabilité de l'immunité dans une affaire donnée ; j) comment faciliter la coopération et l'entraide judiciaire internationale entre l'État du for et l'État du représentant ; k) dans quelle mesure et selon quelle procédure il devait être tenu compte de l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale ; l) comment procéder, selon qu'il convenait, pour renvoyer devant une juridiction de l'État du représentant ou une juridiction pénale internationale une instance engagée dans l'État du for.

278. Pour examiner toutes ces questions, la Rapporteuse spéciale a estimé qu'il fallait tenir compte d'un ensemble de critères, à savoir : a) de la présence dans la juridiction de l'État du for d'un élément étranger désigné comme « représentant de l'État » dont les actes, tout au moins aux fins de l'immunité *ratione materiae*, avaient été accomplis dans l'exercice de ses fonctions ; b) de la nécessité de trouver un équilibre entre le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction et le droit de l'État du représentant de veiller à ce que l'immunité de ses agents soit respectée ; c) de la nécessité de trouver un équilibre entre le respect de la fonction du représentant de l'État et de sa qualité de représentant, d'une part, et la poursuite de la lutte contre l'impunité des crimes graves de droit international, d'autre part ; d) du respect des droits et des garanties de procédure qui étaient reconnus aux représentants de l'État par le droit international des droits de l'homme.

279. Pour ce faire, la Rapporteuse spéciale a estimé qu'il importait de suivre une approche globale et exhaustive, qui s'articulerait autour de quatre axes distincts mais complémentaires :

a) Les conséquences de la notion de juridiction en matière de procédure pour ce qui était de l'immunité, en particulier de l'élément temporel de l'immunité, de la détermination des actes de l'État du for auxquels l'immunité pouvait faire obstacle et des questions relatives à la détermination de l'immunité ;

b) Les éléments qui avaient de l'importance en eux-mêmes du point de vue de la procédure en ce qu'ils étaient liés à l'application ou à la non-application de l'immunité dans une affaire donnée, étant entendu que ces éléments, en particulier les questions touchant l'invocation de l'immunité et la renonciation à l'immunité, constituaient une première garantie pour l'État du représentant ;

c) Les garanties de procédure reconnues à l'État du représentant, en particulier les dispositifs destinés à faciliter la communication et les consultations entre l'État du représentant et l'État du for et à assurer la transmission des informations entre les autorités judiciaires concernées, ainsi que les instruments de coopération et d'entraide judiciaire internationale entre les États intéressés ;

d) Les garanties de procédure inhérentes à la notion de procès équitable, notamment au respect du droit international des droits de l'homme.

280. La Rapporteuse spéciale a également jugé nécessaire que la Commission s'intéresse aux effets que pouvait avoir l'obligation de coopérer avec une juridiction pénale internationale sur l'immunité des représentants de l'État.

281. La Rapporteuse spéciale a souligné que, pour pouvoir examiner ces diverses questions de procédure, la Commission avait besoin d'informations de la part des États concernant leur pratique. Elle a remercié les États pour leurs observations et les a invités, une nouvelle fois, à continuer d'apporter des contributions.

282. S'agissant du contenu du sixième rapport, la Rapporteuse spéciale a signalé que, bien que les différents aspects procéduraux de l'immunité soient étroitement liés et doivent être examinés dans leur ensemble, le rapport examinait en particulier les conséquences de la notion de juridiction pour les aspects procéduraux de l'immunité. Elle a rappelé la définition de « juridiction » qui avait été proposée dans son second rapport et qui devait encore être examinée par le Comité de rédaction. Bien que le sixième rapport ne vise pas à rouvrir le débat général concernant cette notion, la Rapporteuse spéciale a insisté sur l'incidence qu'avait la juridiction sur certains aspects procéduraux. Le sixième rapport traitait donc le « quand », le « quoi » et le « qui », en examinant : a) le moment où la question de l'immunité devait être examinée ; b) les actes des autorités de l'État du for auxquels l'immunité pouvait faire obstacle ; c) la détermination de l'organe compétent pour décider si l'immunité s'appliquait.

283. À propos du moment, la Rapporteuse spéciale a souligné que les organes compétents de l'État devaient examiner s'il y avait immunité à un stade précoce du processus, faute de quoi l'immunité perdait son utilité et sa raison d'être. Toutefois, elle a insisté sur le fait qu'il n'était pas aisé de définir ce qu'il fallait entendre par « stade précoce », en particulier en raison de la grande diversité des pratiques et procédures liées au processus pénal dans les différents systèmes juridiques nationaux. Ainsi, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, le moment auquel la question de l'immunité devait être traitée devait être déterminé compte tenu de deux éléments : a) le stade de la procédure pénale (enquête, poursuites et procès) ; b) le caractère contraignant et coercitif de toute mesure devant être adoptée et les effets de cette mesure sur le représentant de l'État étranger.

284. En appliquant ces critères, la Rapporteuse spéciale était parvenue aux conclusions suivantes :

a) La question de l'immunité devait être examinée par les tribunaux de l'État du for le plus tôt possible, lorsqu'ils commençaient à exercer leur juridiction et avant qu'ils ne prennent quelque décision que ce soit sur le fond de l'affaire et, en tout état de cause, avant qu'ils ne prennent toute mesure visant directement le représentant qui imposerait à celui-ci des obligations susceptibles de l'exposer, en cas de manquement, à des mesures de contrainte et qui pourraient avoir pour effet de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques. Par conséquent, les tribunaux devaient examiner la question de l'immunité d'un représentant de l'État : i) avant d'engager des poursuites contre l'intéressé ; ii) avant de dresser un acte d'accusation contre ce représentant ou de le mettre en examen ; iii) avant le début de l'audience ;

b) S'il était plus délicat de déterminer si l'immunité s'appliquait dès la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, la question de l'immunité devait en tout état de cause être examinée avant l'adoption de toute mesure visant directement le représentant qui imposerait à celui-ci des obligations susceptibles de l'exposer, en cas de manquement, à des mesures de contrainte et qui pourraient avoir pour effet de l'empêcher d'exercer correctement ses fonctions étatiques, en particulier un mandat d'arrêt, un acte d'accusation ou certaines mesures provisoires ;

c) Il ne semblait pas possible de conclure que l'immunité de juridiction devait être examinée automatiquement dès l'ouverture d'une enquête préliminaire, en particulier parce qu'en règle générale les actes relevant purement de l'enquête n'entraînaient pas l'imposition d'obligations au représentant de l'État ni n'avaient d'incidence directe sur sa personne ou sur l'exercice de ses fonctions.

285. Enfin, la Rapporteuse spéciale a souligné qu'il importait de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* s'agissant de la détermination du moment où la question de l'immunité devait être examinée, compte tenu en particulier des différents éléments à prendre en compte pour déterminer si le représentant de l'État appartenait ou non à la catégorie des chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères.

286. La Rapporteuse spéciale a fait observer que parmi les actes directement visés par l'immunité figuraient la mise en accusation, la citation à comparaître en qualité de personne mise en examen ou pour une audience de notification de la mise en accusation, la décision d'inculpation ou le renvoi à une juridiction de jugement, la citation à comparaître en qualité d'accusé devant une juridiction pénale, le mandat d'arrêt délivré par la justice et la demande d'extradition ou de remise d'un représentant d'un État étranger. Tous ces actes avaient un caractère juridictionnel, visaient directement un représentant de l'État et pouvaient le gêner dans l'accomplissement de ses fonctions étatiques ou avoir des incidences sur l'accomplissement de ses fonctions.

287. La Rapporteuse spéciale a également mis l'accent sur d'autres types d'actes exécutés par une autorité de l'État du for qui pouvaient avoir une incidence sur le représentant de l'État étranger et sur l'immunité de juridiction pénale étrangère dont il jouissait. Il s'agissait : a) d'actes présentant un caractère essentiellement exécutif, comme, par exemple, l'arrestation d'un représentant d'un État étranger dans le cadre d'une opération de police menée sur le territoire de l'État du for ou en exécution d'un mandat d'arrêt international, ou l'enregistrement d'un mandat de perquisition ou d'arrêt dans les systèmes

internationaux de coopération policière ; b) d'actes qui, bien qu'il s'agît d'actes de procédure, tendaient normalement à l'exercice de la juridiction pénale sur un tiers plutôt que sur le représentant de l'État étranger, comme, par exemple la convocation à témoin et les injonctions de communiquer au tribunal du for des informations qui étaient en la possession du représentant de l'État étranger ; c) de mesures de précaution que les tribunaux du for pouvaient ordonner à l'égard d'un représentant d'un État étranger dans l'exercice de leur juridiction, mais qui n'avaient pas en elles-mêmes pour objet d'établir la responsabilité pénale de l'intéressé, comme, par exemple, des mesures conservatoires visant à saisir les avoirs du représentant.

288. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, la réponse à la question de savoir si de tels actes étaient visés par l'immunité de juridiction pénale étrangère dépendait d'un certain nombre d'éléments qui devaient être appréhendés sous l'angle de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, à savoir : a) la distinction entre immunité de juridiction et inviolabilité ; b) la distinction entre la personne du représentant de l'État étranger et les biens qu'il était envisagé de saisir ; c) le caractère obligatoire et coercitif de la mesure et son incidence sur l'exercice par le représentant de l'État étranger de ses fonctions. La question de savoir si de tels actes étaient visés par l'immunité devait être considérée au cas par cas.

289. À propos de la détermination de l'immunité, et en particulier la désignation de l'organe de l'État du for qui était compétent pour décider si un représentant d'un État étranger pouvait jouir de l'immunité de juridiction pénale, la Rapporteuse spéciale a fait observer que les tribunaux de l'État du for étaient compétents pour rendre une décision finale sur la question, même s'il était également envisageable que d'autres organes, notamment le parquet, puissent prendre cette décision s'ils étaient chargés de l'enquête ou de l'instruction, et si dans ce cadre la question de l'immunité se posait à propos de certains des actes visés par l'immunité.

290. La Rapporteuse spéciale a souligné que, même si la compétence des tribunaux de l'État du for en matière d'immunité était établie, cela ne signifiait pas nécessairement que d'autres entités ou autorités de l'État ne pouvaient pas formuler des avis à ce sujet et contribuer ainsi avec les tribunaux à la détermination de l'immunité. En tout état de cause, la possibilité que d'autres entités ou autorités de l'État expriment des avis dépendait du droit interne. La Rapporteuse spéciale a dit que, de la même manière, l'information fournie par l'État du représentant pouvait avoir une grande importance dans la détermination de l'immunité par les tribunaux. Elle a indiqué que cette question serait examinée dans le septième rapport, sous l'angle de la coopération.

291. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, le tribunal de l'État du for devait, pour se prononcer sur l'immunité, prendre en considération différents éléments, selon qu'il s'agissait d'une immunité *ratione personae* ou d'une immunité *ratione materiae*. Dans le cas de l'immunité *ratione personae*, il lui suffisait de déterminer si l'intéressé appartenait à la catégorie des chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères et s'il était en fonctions au moment où la question de l'immunité devait être examinée. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, il devait déterminer : a) si l'intéressé était un représentant de l'État ; b) s'il avait accompli les actes en cause à titre officiel ; c) s'il avait accompli ces actes alors qu'il était en fonctions ; d) si les actes en question relevaient de l'une des catégories de crimes de droit international auxquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* ne s'appliquait pas.

292. La Rapporteuse spéciale a également évoqué le programme de travail futur, tel que présenté au paragraphe 271 ci-dessus.

2. Résumé du débat

293. Compte tenu du temps limité imparti à l'examen de ce rapport pendant la session, il a été décidé que le débat sur le sixième rapport se poursuivrait à la soixante et onzième session. Les membres qui ont pris la parole ont donc souligné le caractère préliminaire de leur intervention et ont dit se réserver le droit de formuler des commentaires supplémentaires l'année suivante.

a) Observations d'ordre général

294. Les membres de la Commission ont félicité la Rapporteuse spéciale pour son rapport, excellent et solide, même si certains ont regretté qu'il ait été publié tardivement et que les projets d'article portant sur les questions analysées dans le rapport ne soient soumis que l'année suivante. Des membres ont relevé que le rapport n'examinait pas tous les aspects procéduraux ni ne traitait la relation entre les aspects procéduraux et les aspects de fond du sujet. D'autres membres ont fait observer que, même si le sixième rapport ne contenait pas de projets d'article, l'analyse qu'il proposait permettait de progresser de manière cruciale dans la compréhension des questions procédurales. Plusieurs membres ont exprimé l'espoir que le septième rapport soit soumis à l'examen en temps voulu l'année suivante.

295. Des membres ont souligné que le sujet restait important pour les États. À cet égard, certains ont mentionné que l'Union africaine s'était dite favorable à l'inscription à l'ordre du jour de la Commission d'une demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question des immunités et de la relation entre les articles 27 et 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour les États parties au regard du droit international. Il a été rappelé que la question était politiquement sensible et juridiquement complexe, en ce qu'elle pouvait avoir des incidences non seulement sur les relations internationales mais aussi sur la pratique des tribunaux au niveau national, ce qui donnerait la possibilité d'aider les États à harmoniser leurs procédures concernant l'immunité des représentants de l'État. Il a aussi été souligné que l'examen du sujet supposait la tenue d'un débat et que la pratique des États devait être prise en considération et être examinée avec soin. À cet égard, certains membres regrettaient que la pratique de certaines régions ou la pratique portant sur des aspects particuliers de l'immunité *ratione materiae* ne soient pas évoquées. La rareté de la pratique et de la doctrine concernant les questions relatives aux aspects procéduraux et aux garanties a toutefois été reconnue par d'autres membres.

296. Des membres ont aussi appelé l'attention sur la relation entre le sujet et d'autres sujets comme les crimes contre l'humanité et les normes impératives du droit international (*jus cogens*), inscrits au programme de travail en cours de la Commission, ou la compétence pénale universelle, sujet qui avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à la session en cours. Cette relation avait des conséquences pour la Commission, puisqu'elle imposait la recherche d'une approche commune qui soit garante de la cohérence et prévienne la fragmentation du droit international. Certains membres ont rappelé qu'il était nécessaire de veiller à la cohérence avec d'autres régimes pertinents, en particulier celui établi au paragraphe 1 de l'article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

297. Il importait d'examiner les aspects procéduraux pour garantir, le cas échéant, le respect des immunités, afin de préserver la stabilité des relations internationales et d'assurer le respect de l'égalité souveraine des États. Il était également vital de prendre en considération la juridiction de l'État du for, l'importance de la lutte contre l'impunité et les droits du représentant de l'État concerné. Il était par conséquent nécessaire, de l'avis de certains membres, de mener une réflexion approfondie sur les types de procédures à élaborer. D'aucuns ont estimé que ces procédures devraient permettre d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, notamment le respect de l'immunité, la stabilité des relations internationales et la prise en compte des limites à l'immunité dans la lutte contre l'impunité.

298. Plusieurs membres se sont dits favorables à la proposition faite par la Rapporteuse spéciale d'adopter une approche large et exhaustive des aspects procéduraux. De l'avis de certains membres, il importait de traiter les deux composantes des aspects procéduraux, à savoir les considérations traditionnelles relatives à des éléments comme l'élément temporel, l'invocation de l'immunité et sa levée, et, surtout, toute une série de considérations relatives aux garanties, à la lumière, en particulier mais non exclusivement, de l'adoption du projet d'article 7.

b) Observations portant sur le résumé du débat relatif au projet d'article 7

299. Les membres qui se sont exprimés ont pris note avec satisfaction du résumé du débat relatif au projet d'article 7, présenté dans le sixième rapport, ont rappelé les circonstances entourant l'adoption du projet et ont appelé l'attention sur différents éléments du débat qu'ils considéraient comme essentiels. Certains membres ont redit leur mécontentement au sujet de la manière dont le projet d'article 7 avait été adopté et des incidences que cela aurait sur les méthodes de travail de la Commission. D'autres ont rappelé qu'il importait que la Commission indique clairement aux États si le projet d'article 7 reflétait le droit international coutumier existant ou relevait du développement progressif. Certains membres ont estimé que, l'examen du sujet en première lecture devant être achevé l'année suivante, cela donnerait peut-être à la Commission une nouvelle occasion de traiter la teneur du projet d'article 7, non seulement pour examiner la question de savoir si le projet d'article reflétait le droit international coutumier ou était un exercice de développement progressif, mais aussi pour qu'il puisse être adopté de manière plus conforme aux méthodes de travail habituelles. Néanmoins, d'autres membres ont rappelé que l'examen des limites et exceptions à l'immunité constituait l'essence du sujet. À cet égard, le débat sur les aspects procéduraux permettrait une application juste et effective du projet d'article 7. Dans le même temps, des membres ont souligné que les dispositions et garanties procédurales étaient pertinentes pour l'ensemble du projet d'articles, et non uniquement pour le projet d'article 7. Plusieurs membres ont dit attendre avec intérêt le septième rapport, dans lequel ces aspects seraient examinés. D'autres doutaient que l'on puisse remédier par des garanties procédurales à ce qu'ils considéraient comme des vices substantiels du projet d'article 7.

c) Observations portant sur les aspects procéduraux examinés dans le sixième rapport

300. À propos de la notion de juridiction, certains membres, tout en prenant acte des propositions de la Rapporteuse spéciale pour le projet d'article 2, dont le Comité de rédaction était saisi, ont fait observer qu'il n'était pas entièrement nécessaire de définir la « juridiction » pénale aux fins du projet d'articles sur le sujet. Une approche fonctionnelle suffirait pour esquisser les paramètres de la juridiction en ce qui concernait les aspects procéduraux. Il a été suggéré, sur le plan plus général de la méthode, de distinguer entre la notion générale de juridiction, y compris les fondements généraux de la juridiction de l'État, et la question des organes ayant compétence pour exercer la juridiction pénale d'un État donné. De l'avis d'autres membres, il était nécessaire d'introduire une telle définition dans le projet d'articles pour bien préciser la portée de la juridiction pénale concernée par les règles relatives à l'immunité.

301. Du point de vue de la méthode, il a été jugé utile de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* dans le traitement des dispositions relatives aux aspects procéduraux, ainsi que des garanties, bien que certains membres aient fait remarquer que cette distinction ne devait pas être exagérée.

302. Dans l'ensemble, les membres attendaient avec intérêt les projets d'article sur les aspects procéduraux examinés dans le sixième rapport, que la Rapporteuse spéciale présenterait dans le septième rapport.

i) Élément temporel

303. À propos de l'élément temporel, il a été jugé, dans l'ensemble, opportun que la Commission se penche sur cette question, au sujet de laquelle elle pouvait fournir des indications précieuses fondées sur la jurisprudence et la pratique.

304. En tout état de cause, les membres ont souligné qu'il importait de traiter les questions relatives à l'immunité à un stade précoce de l'instance afin d'éviter toute confusion à un stade ultérieur. La jurisprudence permettait de confirmer que les questions d'immunité étaient d'ordre préliminaire et qu'elles devaient être réglées rapidement et tranchées *in limine litis*. Il a été rappelé que dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme,* la Cour internationale de Justice avait déclaré que c'était là « un principe de droit

procédural généralement reconnu » qui avait pour finalité de ne pas « priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité »[1247].

305. Certains membres jugeaient toutefois important de se pencher, comme l'avait suggéré la Rapporteuse spéciale, sur certains aspects pratiques, notamment ce qui était entendu par « un stade précoce », ou « dans les meilleurs délais », termes imprécis et empreints d'ambiguïté. Il a été confirmé que, du moins en ce qui concernait l'immunité *ratione personae*, la résolution de Vancouver (2001) de l'Institut de Droit international relative aux immunités de juridiction et d'exécution du Chef d'État et de gouvernement en droit international indiquait que l'immunité et l'inviolabilité auxquelles un Chef d'État étranger avait droit devaient lui être accordées « dès l'instant où sa qualité […] était connue [des autorités de l'État du for]. Il a ainsi été dit que l'immunité devait être envisagée sans délai et à tout le moins au début de l'instance et avant que ne soient prises contre le représentant de l'État des mesures contraignantes qui fassent obstacle à l'exercice de ses fonctions. Il a été suggéré de tirer de l'affaire *Avena*[1248] des indications concrètes quant à la nécessité d'agir « dans les meilleurs délais » ; dans ce cas particulier, la Cour avait interprété cette expression comme ne signifiant pas nécessairement « immédiatement après l'arrestation et avant l'interrogatoire ».

306. Parmi les membres qui se sont exprimés, certains ont reconnu qu'il était difficile de déterminer si les règles relatives à l'immunité s'appliquaient dès la phase de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, compte tenu de la diversité des lois et pratiques nationales en matière d'enquête et de poursuites. Il était néanmoins nécessaire que la Commission étudie la question et donne des indications concrètes aux États.

307. De l'avis de certains membres, les considérations relatives à l'immunité devaient englober, en principe, toutes les phases de la procédure pénale, c'est-à-dire l'enquête, l'arrestation, l'incarcération, l'extradition, le transfert, la mise en accusation, le contrôle exercé par le ministère public, l'instruction et les mesures provisoires de protection, ainsi que le procès, le jugement et l'exécution du jugement.

308. Certains membres doutaient que l'on puisse affirmer de façon catégorique que l'immunité ne pouvait s'appliquer immédiatement pendant la phase de l'enquête, car cela dépendait largement des circonstances de chaque affaire ainsi que de la législation et de la pratique des États concernés. Cette question devait être approfondie.

ii) Actes visés par l'immunité

309. À propos des actes de l'État du for auxquels l'immunité s'appliquait, les membres approuvaient, dans l'ensemble, les trois catégories à examiner énoncées par la Rapporteuse spéciale dans son sixième rapport, à savoir la détention, la comparution en qualité de témoin et les mesures conservatoires. Certains membres ont fait observer qu'il était nécessaire de clarifier le sens de la formule « actes auxquels s'applique l'immunité ». Selon un point de vue, il était utile de distinguer entre une enquête pénale en général et une enquête pénale dans une affaire donnée aux fins de l'immunité. C'était à ce dernier contexte qu'il convenait de prêter une attention particulière. À ce propos, l'accent a été mis sur les mesures de contrainte imposées au représentant de l'État. Il a ainsi été dit que l'immunité devait être envisagée avant que ne soient prises contre le représentant de l'État des mesures contraignantes faisant obstacle à l'exercice de ses fonctions.

310. De l'avis de certains membres, les mesures en question incluaient la délivrance du mandat d'arrêt, la mise en examen, la citation à comparaître en qualité de personne faisant l'objet d'une enquête ou mise en examen, la convocation aux audiences et la demande d'extradition ou de remise. Il a été souligné que les actes accomplis au cours d'une procédure pénale ne supposaient pas tous l'adoption de lourdes mesures de contrainte à l'égard d'un représentant de l'État. Par exemple, une plainte pénale n'avait pas en elle-même une influence directe sur l'exercice par le représentant des fonctions qui lui étaient confiées.

[1247] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, à la page 88, par. 63.

[1248] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.

311. Des membres ont souligné l'importance de la nature coercitive des mesures de contrainte et de l'obstacle qui en résultait pour l'exercice des fonctions incombant au représentant de l'État. Il a été rappelé qu'en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour avait mentionné la protection de l'intéressé contre tout acte d'autorité d'un autre État susceptible de le gêner dans l'exercice de ses fonctions[1249], tandis qu'en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour avait souligné que « pour apprécier s'il y a[vait] eu atteinte ou non à l'immunité du Chef de l'État, il [fallait] vérifier si celui-ci a[vait] été soumis à un acte d'autorité contraignant ; c'[était] là l'élément déterminant »[1250].

312. Il a été suggéré d'examiner plus avant l'incidence de l'inviolabilité sur l'immunité, en particulier l'immunité *ratione materiae*, plutôt que de trop se fier à une méthode déductive ou de dégager certaines inférences de la pratique relative à l'immunité *ratione personae*. Il a aussi été suggéré d'analyser de manière plus approfondie le rôle de l'Organisation internationale de police criminelle et la pratique de l'Organisation, en particulier son système de « notices rouges ».

313. Certains membres jugeaient nécessaire de se pencher davantage sur les questions liées à la comparution en qualité de témoin, en particulier s'agissant de l'immunité *ratione materiae*, y compris pour ce qui concernait la production de documents ou autres éléments de preuve.

314. Certains membres estimaient que la question des mesures conservatoires méritait également un examen plus approfondi.

iii) Détermination de l'immunité

315. Certains membres convenaient avec la Rapporteuse spéciale qu'il incombait aux tribunaux de l'État du for de déterminer s'il y avait immunité et, dans l'affirmative, si cette immunité souffrait des exceptions. Il a toutefois été suggéré que la Commission examine la règle procédurale voulant que tout exercice de la juridiction à l'égard d'un représentant de l'État soit subordonné à une décision émanant d'une juridiction supérieure et non d'une juridiction du degré le moins élevé.

316. Certains membres ont convenu qu'il importait de ne pas sous-évaluer le rôle des actes de l'exécutif. À ce propos, l'attention a été attirée sur le rôle que jouaient au plan national les ministères des affaires étrangères.

317. Pour d'autres membres, il importait de traiter les questions entrant dans le champ d'application du sujet à l'examen qui avaient trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites, en envisageant de fixer des limites. Ils jugeaient cela nécessaire pour prévenir les poursuites abusives ou fondées sur des motifs politiques. Il a été dit que l'élaboration de principes directeurs à l'intention des procureurs permettrait d'éviter que certains utilisent leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de manière arbitraire ou agressive contre la troïka ou d'autres représentants de l'État. De tels principes directeurs serviraient également d'outil contre un exercice passif de ce pouvoir discrétionnaire qui consisterait à ne poursuivre un représentant de l'État ayant commis une infraction grave au regard du droit international.

318. Plusieurs membres ont souligné qu'il importait de garantir la sécurité juridique des règles concernant la procédure applicable par les services de répression. Certains jugeaient bon qu'un organe de l'État soit chargé de donner des instructions appropriées aux services de répression en cas de doute ou d'ambiguïté, et ont reconnu à cette occasion le rôle que jouaient les ministères des affaires étrangères.

319. Il a été suggéré que la Commission se penche sur la question du règlement par des juridictions internationales des différends portant sur des questions d'immunité. Il serait également nécessaire d'examiner le rôle que pouvait éventuellement jouer le Conseil de

[1249] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 22, par. 54.

[1250] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, p. 177, à la page 237, par. 170.

sécurité s'agissant de l'exécution des mandats d'arrêt ou des demandes de production de documents.

320. Certains membres ont préconisé un examen plus approfondi de la possibilité qu'avait l'État du représentant de lever l'immunité de ce dernier.

d) Observations portant sur les garanties procédurales

321. L'examen des garanties procédurales a été jugé crucial pour l'aboutissement des travaux de la Commission sur le sujet. Il a été dit qu'il fallait distinguer entre, d'une part, les garanties d'une procédure régulière et les autres garanties inscrites dans le droit international des droits de l'homme et, d'autre part, les garanties destinées à préserver la stabilité des relations internationales et à prévenir les poursuites abusives ou fondées sur des motifs politiques. Ces deux catégories devraient être traitées ; pour être efficaces, les garanties devaient prémunir contre les conséquences d'un refus de l'immunité du représentant de l'État dans l'État du for non seulement d'une manière générale, mais aussi dans le contexte spécifique du projet d'article 7.

322. En ce qui concernait les garanties de procédure protégeant le représentant de l'État visé, certains membres ont mentionné, par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en particulier les dispositions relatives aux normes internationales minima dans les procédures pénales en matière d'arrestation et de détention (art. 9), de traitement équitable des suspects et des accusés (art. 10) et de droit à un procès équitable (art. 14).

323. À propos des garanties pouvant avoir une incidence sur la stabilité des relations internationales et du projet d'article 7 en lien avec cette question, il a été jugé crucial que la Commission s'efforce de trouver un terrain d'entente. Il a été suggéré de définir des garanties spécifiques pour traiter les questions soulevées par le projet d'article 7. Sur la base de telles garanties, l'exercice de la juridiction pénale en application du projet d'article 7 ne serait autorisé que si : a) le représentant de l'État étranger était présent dans l'État du for ; b) la preuve que le représentant avait commis l'infraction présumée, compte tenu de l'exceptionnelle gravité de celle-ci, était « pleinement concluante »[1251] ; c) la décision de l'État du for d'engager des poursuites pénales contre le représentant de l'État étranger avait été prise au plus haut niveau du gouvernement ou de l'autorité de poursuite ; d) l'État du for était tenu de coopérer avec l'État du représentant.

324. Il a été expliqué que l'obligation de coopérer à cet égard signifiait que l'État du for devait notifier à l'État du représentant son intention d'engager des poursuites pénales et lui demander s'il souhaitait lever l'immunité de son représentant ; si l'État du représentant pouvait et souhaitait porter l'affaire devant ses propres tribunaux, l'État du for devait transmettre l'affaire et extrader l'auteur présumé de l'infraction vers l'État du représentant ou, si les États concernés en étaient ainsi convenus, le remettre à une juridiction internationale compétente. Si l'État du représentant ne souhaitait ou ne pouvait pas porter l'affaire devant ses propres tribunaux ou la transmettre à une juridiction internationale, l'État du for devait, avant d'autoriser ses juridictions à connaître de l'affaire, se déclarer disposé à remettre l'auteur présumé de l'infraction à une juridiction internationale compétente, si la compétence de celle-ci pour statuer dans l'affaire était établie.

325. Certains membres ont souligné l'importance que pouvait avoir le fait pour l'État du représentant d'exercer sa juridiction sur ses propres représentants. Il a aussi été dit qu'il ne serait guère possible de régler les questions soulevées par le projet d'article 7 au moyen de garanties de procédure.

e) Travaux futurs

326. Les membres qui se sont exprimés souscrivaient dans l'ensemble au programme de travail futur proposé par la Rapporteuse spéciale, soulignant la nécessité de voir figurer dans le septième rapport un ensemble complet de projets d'article sur les aspects

[1251] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 129, par. 209.

procéduraux. Ils espéraient que la Commission achèverait la première lecture du projet d'articles à la session suivante.

327. Cependant, si certains membres appuyaient l'idée d'étudier les incidences que l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale pouvait avoir sur l'immunité des représentants de l'État, d'autres y étaient opposés, la jugeant incompatible avec la portée du sujet telle qu'elle avait été convenue et le projet d'article premier, selon lequel le projet d'articles était sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international. Il a aussi été suggéré qu'il pouvait être utile d'examiner les incidences procédurales sur l'immunité des obligations conventionnelles dans les cas où les infractions définies dans l'instrument considéré pouvaient avoir été commises par des agents de l'État.

328. Certains membres ont souligné qu'il importait de mettre au point un mécanisme de communication entre l'État du for et l'État du représentant, sur la base du principe de subsidiarité ou de complémentarité. Un tel dispositif faciliterait la conduite de l'enquête et des poursuites par l'État du représentant.

329. Certains membres ne voyaient pas l'intérêt de clarifier la relation entre les modalités de l'invocation, en particulier de l'immunité *ratione materiae*, et les conséquences de l'invocation, notamment pour la responsabilité internationale de l'État concerné.

330. Le débat sur le sixième rapport se poursuivrait et s'achèverait à la soixante et onzième session de la Commission.

Chapitre XII
Célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission

A. Introduction

331. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission a recommandé que des manifestations commémoratives soient organisées au cours de sa soixante-dixième session, en 2018, dans le cadre de séances qui se tiendraient à New York et à Genève. Elle a notamment recommandé de tenir à New York une séance solennelle d'une demi-journée, à laquelle seraient conviés de hauts dignitaires, ainsi qu'une réunion informelle d'une demi-journée à laquelle seraient conviés les délégués de la Sixième Commission de l'Assemblée générale pour un échange de vues sur les travaux de la Commission, les relations entre la Commission du droit international et la Sixième Commission et le rôle des deux organes dans la promotion du développement progressif et de la codification du droit international. Elle a également recommandé que soit organisée à Genève une conférence d'une journée et demie consacrée à ses travaux, à laquelle seraient conviés les conseillers juridiques des États et des organisations internationales, des universitaires et d'autres juristes internationaux de renom. Elle a recommandé, en outre, qu'un compte rendu de ces réunions soit examiné au cours de la réunion annuelle des conseillers juridiques, à New York, et que ces manifestations fassent l'objet d'une publication. Elle a demandé au secrétariat de commencer à prendre des dispositions en vue de la tenue des manifestations, en concertation avec le Président de la Commission et le Président du Groupe de planification[1252]. L'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de ces recommandations[1253].

332. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a confirmé le déroulement prévu des manifestations commémoratives, notant que la conférence qui aurait lieu à Genève serait précédée d'une séance d'ouverture de haut niveau, à laquelle seraient conviés de hauts dignitaires. Un groupe consultatif[1254] chargé de continuer de travailler entre les sessions, en collaboration avec le secrétariat, à l'organisation des manifestations a été constitué.

333. La Commission a en outre recommandé que les manifestations aient lieu le 21 mai 2018 à New York et les 5 et 6 juillet 2018 à Genève et qu'elles aient pour thème général « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir »[1255]. L'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de la recommandation de la Commission concernant l'organisation de la célébration du soixante-dixième anniversaire et encouragé les États à verser des contributions volontaires pour faciliter la célébration de cet anniversaire[1256].

B. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international

334. À sa 3392e séance, le 1er mai 2018, la Commission a entendu un compte rendu des dispositions prises en vue de la célébration de son soixante-dixième anniversaire.

335. La Commission a célébré son soixante-dixième anniversaire en organisant des manifestations à New York le 21 mai 2018 et à Genève les 5 et 6 juillet 2018 sur le thème

[1252] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10), par. 327 à 332.

[1253] Résolution 71/140 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 2016.

[1254] Le groupe consultatif était composé des membres suivants : le Président de la Commission, M. Georg Nolte, le Président du Groupe de planification, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Yacouba Cissé, M. Shinya Murase et M. Pavel Šturma.

[1255] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément no 10* (A/72/10), par. 279 à 281.

[1256] Résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017.

général « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir ». À New York, à sa 3407e séance, le 21 mai 2018, elle a tenu une séance solennelle d'une demi-journée, suivie, à sa 3408e séance, d'une demi-journée de dialogue avec les représentants de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. En outre, à la 3407e séance de la Commission, les personnes dont le nom suit ont prononcé des allocutions pour marquer ce soixante-dixième anniversaire : M. Eduardo Valencia-Ospina, Président de la Commission, M. Miroslav Lajčák, Président de l'Assemblée générale, M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'ONU, au nom du Secrétaire général, M. Burhan Gafoor, Président de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, M. Jürg Lauber, Représentant permanent de la Suisse auprès de l'ONU, et Mme Jennifer Newstead, Conseillère juridique du Département d'État des États-Unis d'Amérique.

336. Le discours liminaire a été prononcé par M. Nico Schrijver, professeur de droit international public au Grotius Centre for International Legal Studies (Université de Leyde) et Président de l'Institut de Droit international.

337. Au cours du dialogue avec la Sixième Commission, à la 3408e séance, M. Gafoor et M. Valencia-Ospina ont formulé des observations liminaires, et deux tables rondes ont ensuite eu lieu.

338. Pendant la première table ronde, qui avait pour thème « La Commission et la Sixième Commission : obstacles structurels », les participants se sont demandé quels seraient les obstacles futurs au développement progressif et à la codification du droit international, si la Commission devrait se pencher davantage sur le droit international général ou sur certaines branches particulières du droit international, s'il fallait revoir la distinction entre le développement progressif et la codification et si la Commission s'adressait uniquement aux États ou aussi aux juridictions et à d'autres acteurs.

339. La table ronde était présidée par M. Valencia-Ospina ; y ont participé M. François Alabrune, du Ministère français des affaires étrangères, M. Mahmoud Hmoud, Mme Janine Coye Felson, membre de la Mission permanente du Belize, et M. Ernest Petrič.

340. Pendant la seconde table ronde, qui avait pour thème « Réflexions sur l'interaction passée et future entre la Commission et la Sixième Commission », les participants ont examiné les questions suivantes : les différentes façons dont la Sixième Commission et la Commission avaient interagi, sur les plans officiel et informel, pour promouvoir le développement progressif et la codification du droit international ; la manière dont les deux organes s'étaient influencés, ainsi que leurs réalisations communes et les difficultés auxquelles ils s'étaient heurtés ; les mesures concrètes à prendre pour améliorer les relations entre la Sixième Commission et la Commission ; la manière dont la Commission devrait concevoir les résultats de ses travaux, et la façon dont la Sixième Commission devrait les examiner ; ce à quoi la Commission devrait ressembler dans dix ans.

341. La table ronde était présidée par M. Gafoor ; y ont participé M. Evgeny Zagaynov, du Ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Angel Horna, membre de la Mission permanente du Pérou, et M. Hussein A. Hassouna.

342. À Genève, le soixante-dixième anniversaire de la Commission a été marqué par une séance solennelle et une réunion avec les conseillers juridiques des États et d'autres experts du droit international, consacrée à différents aspects des travaux de la Commission dans les domaines du développement progressif et de la codification du droit international. À la 3422e séance, le 5 juillet 2018, les personnes dont le nom suit ont prononcé des allocutions pour marquer ce soixante-dixième anniversaire : M. Valencia-Ospina ; M. Miguel de Serpa Soares ; Mme Corinne Cicéron Bühler, directrice de la Direction du droit international public et Conseillère juridique du Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse ; Mme Kate Gilmore, Haut-Commissaire adjointe des Nations Unies aux droits de l'homme.

343. Le discours liminaire a été prononcé par M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice.

344. Au cours des réunions avec les conseillers juridiques et les experts du droit international, aux 3423e et 3424e séances, les 5 et 6 juillet 2018, des observations liminaires ont été formulées par M. Georg Nolte, Président de la Commission à sa soixante-neuvième session, et cinq tables rondes ont été organisées.

345. Pendant la première table ronde, consacrée à l'incidence des travaux de la Commission, les participants se sont demandé ce qu'il advenait du résultat final des travaux de la Commission, quelle avait été l'incidence des travaux de la Commission sur la pratique des États, notamment sur la jurisprudence et la doctrine, et dans quelle mesure la forme donnée par la Commission à ses travaux en déterminait l'incidence.

346. La table ronde était présidée par M. Pedro Comissário Afonso, Représentant permanent du Mozambique auprès de l'Office des Nations Unies à Genève ; y ont participé M. Alejandro Rodiles, de l'Institut technologique autonome du Mexique, Mme Laurence Boisson de Chazournes, de l'Université de Genève, et M. Pavel Šturma.

347. Pendant la deuxième table ronde, consacrée aux méthodes de travail de la Commission, les participants ont examiné la question de savoir si la Commission devait davantage adapter ses méthodes de travail en fonction du résultat de ses travaux, comment avait évolué la communication entre la Commission et d'autres organes et intervenants et comment elle pouvait être améliorée. Ils se sont également interrogés sur le rôle des rapporteurs spéciaux, du Comité de rédaction, des commentaires, de la Division de la codification et d'autres appuis.

348. La table ronde était présidée par M. Aleksandar Gajić, du Ministère des affaires étrangères de la Serbie ; y ont participé Mme Danae Azaria, du University College London, M. Maurice Kamto, de l'Université de Yaoundé II, et M. Shinya Murase.

349. Pendant la troisième table ronde, qui avait pour thème « La fonction de la Commission : dans quelle mesure s'agit-il de déterminer le droit existant ? dans quelle mesure s'agit-il de proposer des règles juridiques nouvelles ? », les participants ont débattu de la nécessité d'une « Commission du droit international », dans le passé et à l'avenir, se sont demandé s'il était exact que la distinction entre développement progressif et codification était souvent difficile à faire et s'il existait des sujets où cette distinction devrait être plus marquée dans les travaux de la Commission, et se sont posé la question de savoir si la Commission devait mettre l'accent sur la consolidation du droit existant ou sur le développement de nouvelles règles juridiques.

350. La table ronde était présidée par Mme Davinia Aziz, du Bureau du Procureur général de Singapour ; y ont participé M. Yifeng Chen, de l'Université de Beijing, Mme Ineta Ziemele, de la Riga Graduate School of Law, et M. Sean Murphy.

351. Pendant la quatrième table ronde, consacrée à l'évolution du droit international, les participants se sont intéressés à la Commission et au développement du droit international, ont dressé le bilan des soixante-dix années écoulées et se sont demandé quels nouveaux sujets la Commission devrait examiner, si la Commission devrait reconsidérer la manière dont elle sélectionne ses sujets et quel rôle les États pourraient jouer dans le choix des sujets.

352. La table ronde était présidée par Mme Elinor Hammarskjöld, du Ministère des affaires étrangères de la Suède ; y ont participé Mme Hajer Gueldich, de l'Université de Carthage, M. Keun-Gwan Lee, de l'Université nationale de Séoul, et M. Claudio Grossman Guiloff.

353. Pendant la cinquième table ronde, qui avait pour thème « L'autorité et la composition de la Commission dans l'avenir », les participants se sont demandé comment la Commission et le résultat de ses travaux étaient perçus par les gouvernements, les tribunaux et les autres organismes et mécanismes de formation du droit international, si la relation avec la Sixième Commission devait être améliorée, si les travaux de la Commission étaient influencés par l'origine régionale et la profession de ses membres, ainsi que par les traditions juridiques représentées par ceux-ci, comment parvenir à la parité des sexes et éventuellement à d'autres formes de diversité telles que la diversité générationnelle, et quelles perspectives et quelles difficultés la prochaine décennie réservait à la Commission.

354. La table ronde était présidée par M. Jamchid Momtaz, ancien membre de la Commission ; y ont participé M^me^ Zuzana Trávníčková, de l'Université d'économie de Prague, M^me^ Mónica Pinto, de l'Université de Buenos Aires, et M. Dire Tladi.

355. Le Président de la Commission a formulé des observations finales.

356. En marge des manifestations commémoratives de New York et de Genève, de nombreuses activités ont été organisées avec la participation des membres de la Commission et de représentants d'États, d'organisations internationales et d'institutions académiques. On mentionnera notamment : un échange de vues informel sur l'immunité des représentants de l'État, les crimes contre l'humanité et la détermination du droit international coutumier, organisé sous les auspices de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique ; une conférence de M. Shinya Murase concernant les travaux en cours de la Commission sur la protection de l'atmosphère, organisée dans le cadre du cycle de conférences de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld ; une table ronde sur le rôle de la Commission dans la lutte contre l'impunité, organisée par le Brésil, la République de Corée, la Slovaquie et la Suisse ; une réunion intitulée « Les promesses (et les pièges) de la compétence universelle », organisée par le Costa Rica ; une conférence de M^me^ Nilüfer Oral sur le thème « Les changements climatiques et la protection des océans – l'histoire de deux régimes », organisée dans le cadre du cycle de conférences de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld ; une table ronde intitulée « La codification du droit international : retour vers le futur ? », organisée par le comité de la branche américaine de l'Association de droit international chargé des questions juridiques relatives aux travaux de l'Organisation des Nations Unies ; un débat informel sur l'interaction entre immunité et impunité au niveau international et sur les conséquences pratiques du résultat de la détermination du droit international coutumier, organisé par l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique ; une réunion-débat intitulée « Pour progresser sur la voie de la compétence universelle : une discussion avec les membres de la Commission », organisée par le Costa Rica ; une table ronde sur le thème « Améliorer la contribution des petits États en développement aux travaux de la Commission », organisée par les Fidji, le Ghana, le Honduras et Sainte-Lucie ; une conférence de M. Ki Gab Park sur la *lex lata* et la *lex ferenda* dans les travaux récents de la Commission, organisée dans le cadre du cycle de conférences de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld ; une table ronde consacrée au projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, à l'occasion de la soixante-dixième session, organisée par la Colombie ; une table ronde intitulée « Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : *quo vadis* ? », organisée par le Brésil ; une discussion sur des questions d'actualité dans le domaine de la succession d'États, organisée par la République tchèque et la Slovénie ; une table ronde sur la réalisation de l'objectif de la parité des sexes à la Commission, intitulée « Sept femmes en soixante-dix ans », organisée par la Chine, l'Espagne, la Finlande, le Portugal, la Suède et la Turquie ; une conférence de M^me^ Patrícia Galvão Teles intitulée « La Commission vue de l'extérieur : les États membres, les milieux universitaires et la Cour internationale de Justice », organisée dans le cadre du cycle de conférences de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld ; une table ronde sur le Pacte mondial pour l'environnement, organisée sous les auspices de la Commission environnement du Club des juristes.

357. Dans le cadre des manifestations, une exposition de photographies sur l'histoire de la codification du droit international et les réalisations de la Commission a été organisée par le secrétariat à New York, Genève et La Haye.

358. Conformément à la résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017, les États ont été invités à verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale du Bureau des affaires juridiques pour la promotion du droit international, de manière à rendre possible la célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission. De généreuses contributions financières ont été reçues des pays suivants : Chili (50 000 dollars des États-Unis) ; Chine (10 000 dollars des États-Unis) ; Finlande (10 000 euros) ; Irlande (10 000 dollars des États-Unis) ; Portugal (5 043 dollars des États-Unis, pour le financement d'une réception donnée à l'occasion d'une exposition ; voir le paragraphe suivant) ; Qatar (10 000 dollars des États-Unis) ; Singapour (5 000 dollars des États-Unis) ; Sri Lanka (5 000 dollars des États-Unis) ; Royaume-Uni de

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2 000 livres sterling). Des contributions ont aussi été reçues de l'Université Bilgi d'Istanbul (5 000 dollars des États-Unis) et d'autres sources (4 000 dollars des États-Unis).

359. Des contributions en nature ont été apportées par les pays suivants : Inde, Japon et Viet Nam (déjeuner à New York le 21 mai 2018) ; République de Corée (réception à l'occasion d'une exposition à New York le 21 mai 2018, avec le Portugal (voir le paragraphe précédent)) ; Roumanie (réception à New York le soir du 21 mai 2018) ; Allemagne (déjeuner à Genève le 5 juillet 2018) ; Suisse (musique pendant la séance solennelle, le 5 juillet 2018, et réception, le soir du même jour) ; Autriche et République tchèque (déjeuner le 6 juillet 2018).

360. La Commission exprime sa profonde gratitude pour ces généreuses contributions, qui ont permis de couvrir les dépenses et les frais divers liés à l'organisation des activités à New York et à Genève, notamment les frais de voyage (billets et indemnité journalière) de l'intervenant principal à New York et des spécialistes invités aux activités commémoratives de Genève, l'élaboration des documents promotionnels, l'organisation de l'exposition de photographies et du vernissage à New York, la décoration de la salle de conférence à Genève, la musique et les rafraîchissements, et diverses réceptions.

361. Les activités organisées à l'occasion du soixante-dixième anniversaire de la Commission seront présentées de manière détaillée dans une publication, qui sera élaborée et publiée dans les meilleurs délais et qui bénéficiera de la plus large diffusion possible. Une partie des ressources du fonds d'affectation spéciale a été réservée pour que cette publication puisse être facilement obtenue par tous les lecteurs potentiels, y compris dans les pays en développement.

362. La Commission signale qu'un colloque, qui aura pour thème « Les contributions de la Commission du droit international au développement du droit international pendant les soixante-dix dernières années et pour les soixante-dix années à venir : codification, développement progressif, ou les deux ? », sera organisé par la revue juridique de l'Université internationale de Floride, les 26 et 27 octobre 2018.

Chapitre XIII
Autres décisions et conclusions de la Commission

A. Principes généraux du droit

363. À sa 3433e séance, le 19 juillet 2018, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail et a désigné M. Marcelo Vázquez-Bermúdez Rapporteur spécial.

B. Demandes faites par la Commission au secrétariat en vue de la préparation et de la mise à jour d'études sur des sujets à l'ordre du jour de la Commission

364. À sa 3441e séance, le 2 août 2018, la Commission a demandé que l'étude du secrétariat concernant les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710) fasse l'objet d'un nouveau tirage qui tienne compte du texte des projets de conclusion et des commentaires sur la détermination du droit international coutumier adoptés en seconde lecture.

365. À sa 3451e séance, le 9 août 2018, la Commission a décidé de demander au secrétariat de réaliser une étude contenant des informations sur les instruments qui pourraient présenter un intérêt pour la suite de ses travaux sur le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État ».

C. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

366. À sa 3390e séance, le 30 avril 2018, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours.

367. Le Groupe de planification a tenu trois séances, le 1er mai et les 30 et 31 juillet 2018. Il était saisi de la section G du Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-douzième session, intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission » (A/CN.4/713), de la résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session et de la résolution 72/119 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

368. À sa 1re séance, le 1er mai 2018, le Groupe de planification a décidé de reconstituer le Groupe de travail sur le Programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Mahmoud D. Hmoud. Le Président du Groupe de travail a présenté oralement, à la 2e séance du Groupe de planification, le 30 juillet 2018, un rapport sur les travaux menés par le Groupe de travail pendant la session en cours. Le Groupe de planification a pris note de ce rapport oral.

369. À la session en cours, la Commission, sur la recommandation du Groupe de travail, a décidé de recommander d'inscrire les sujets suivants à son programme de travail à long terme : a) la compétence pénale universelle ; b) l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international.

370. Dans le choix des sujets, la Commission s'est appuyée sur la recommandation qu'elle avait formulée à sa cinquantième session (1998) à propos des critères de sélection des sujets, qui indiquait que : a) le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; b) le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à un

développement progressif et à une codification ; c) le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins. La Commission est convenue en outre qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale. La Commission a estimé que des travaux sur ces deux sujets constitueraient de précieuses contributions au développement progressif du droit international et à sa codification. Les plans d'étude des deux sujets sélectionnés sont reproduits aux annexes A et B du présent rapport.

2. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission

371. À sa 1re séance, le 1er mai 2018, le groupe de planification a décidé de reconstituer le groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission, sous la présidence de M. Hussein A. Hassouna. Le Président du Groupe de travail a présenté oralement, à la 2e séance du Groupe de planification, le 30 juillet 2018, un rapport sur les travaux menés par le Groupe de travail pendant la session en cours. Le Groupe de planification a pris note de ce rapport oral.

3. Examen de la résolution 72/119 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

372. Dans sa résolution 72/119 en date du 7 décembre 2017 relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a, entre autres, de nouveau invité la Commission à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission fait chaque année des observations sur son rôle à cet égard. Elle signale que les observations qui figurent aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008[1257] demeurent pertinentes et réaffirme la teneur des observations faites à ses précédentes sessions[1258].

373. La Commission rappelle que l'état de droit est l'essence même de ses travaux. Le but de la Commission, tel qu'il est énoncé à l'article premier de son statut, est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.

374. Ayant le principe de l'état de droit en permanence à l'esprit, la Commission sait parfaitement l'importance que revêt l'application du droit international au niveau national, et œuvre à promouvoir le respect de l'état de droit au niveau international.

375. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, la Commission continuera de tenir compte, le cas échéant, de l'état de droit en tant que principe de gouvernance ainsi que des droits de l'homme, qui sont fondamentaux pour l'état de droit, ainsi qu'il ressort du Préambule et de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international[1259].

376. Dans ses travaux en cours, la Commission tient compte des « rapports entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies (paix et sécurité, développement et droits de l'homme) »[1260], sans privilégier l'un au détriment de l'autre.

[1257] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément nº 10* (A/63/10).

[1258] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément nº 10* (A/64/10), par. 231 ; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément nº 10* (A/65/10), par. 390 à 393 ; ibid., *soixante-sixième session, Supplément nº 10* (A/66/10), par. 392 à 398 ; ibid., *soixante-septième session, Supplément nº 10* (A/67/10), par. 274 à 279 ; ibid., *soixante-huitième session, Supplément nº 10* (A/68/10), par. 171 à 179 ; ibid., *soixante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/69/10), par. 273 à 280 ; ibid., *soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 288 à 295 ; ibid., *soixante et onzième session, Supplément nº 10* (A/71/10), par. 314 à 322 ; ibid., *soixante-douzième session, Supplément nº 10* (A/72/10), par. 269 à 278.

[1259] Résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 30 novembre 2012 sur la Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, par. 41.

[1260] Rapport du Secrétaire général sur l'évaluation de l'efficacité de la contribution du système des Nations Unies à l'instauration de l'état de droit en période et au lendemain de conflits, S/2013/341, 11 juin 2013, par. 70.

Dans ce contexte, la Commission tient compte du fait que le Programme de développement durable à l'horizon 2030 reconnaît la nécessité d'un véritable état de droit et d'une bonne gouvernance à tous les niveaux[1261]. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif et la codification du droit international, la Commission est consciente des difficultés qui se posent actuellement en ce qui concerne l'état de droit.

377. Rappelant que l'Assemblée générale a souligné qu'il importait de promouvoir la mise en commun des meilleures pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit[1262], la Commission tient à redire qu'une part importante de son travail consiste à recenser et à analyser les pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit dans le but d'évaluer si elles pourraient contribuer au développement progressif et à la codification du droit international. À cet égard, la Commission souligne l'importance des réponses des États à ses demandes d'informations.

378. Ayant présent à l'esprit le rôle des processus d'établissement des traités multilatéraux dans la promotion de l'état de droit[1263], la Commission rappelle que les travaux qu'elle a menés sur différents sujets ont fait l'objet de processus d'établissement de traités multilatéraux et débouché sur l'adoption de plusieurs de ces traités[1264].

379. À la session en cours, la Commission a continué d'apporter sa contribution à l'état de droit, notamment en travaillant sur les sujets « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (projets de texte adoptés en seconde lecture à la session en cours), « Détermination du droit international coutumier » (projets de texte adoptés en seconde lecture à la session en cours), « Application provisoire des traités » (projets de texte adoptés en première lecture à la session en cours), « Protection de l'atmosphère » (projets de texte adoptés en première lecture à la session en cours), « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » et « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État ». Un autre sujet actuellement inscrit au programme de travail de la Commission est « Crimes contre l'humanité » (projets de texte adoptés en première lecture à la session précédente). La Commission a aussi décidé d'inscrire un nouveau sujet, « Principes généraux du droit », à son programme de travail.

380. La Commission réaffirme l'importance qu'elle attache à l'état de droit dans l'ensemble de ses activités.

4. Examen des paragraphes 13 et 14 de la résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session

381. La Commission, rappelant sa décision de tenir une partie de sa session, coïncidant avec la célébration de son soixante-dixième anniversaire, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 30 avril au 1er juin 2018, sait gré au Secrétariat d'avoir pris les dispositions d'ordre administratif et organisationnel nécessaires. Ces dispositions ont, entre autres choses, grandement facilité les échanges entre les membres de la Commission et les représentants des gouvernements, en particulier à la Sixième Commission.

5. Honoraires

382. La Commission réaffirme ses vues à propos des honoraires, compte tenu de la résolution 56/272 de l'Assemblée générale en date du 27 mars 2002, telles qu'elles ont déjà été exprimées dans ses précédents rapports[1265]. Elle souligne que l'adoption de cette

[1261] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 21 octobre 2015, par. 35.

[1262] Résolution 72/119 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017, par. 2 et 24.

[1263] Ibid., par. 9.

[1264] Voir, plus particulièrement, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément nº 10* (A/70/10), par. 294.

[1265] Voir ibid., *cinquante-septième session, Supplément nº 10* (A/57/10), par. 525 à 531 ; ibid., *cinquante-huitième session, Supplément nº 10* (A/58/10), par. 447 ; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément nº 10* (A/59/10), par. 369 ; ibid., *soixantième session, Supplément nº 10* (A/60/10),

résolution a une incidence particulière sur les rapporteurs spéciaux en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche.

6. Documentation et publications

383. Comme elle l'a souligné une fois de plus, la Commission emploie une méthode qui lui est propre pour développer progressivement et codifier le droit international, en ce qu'elle attache une importance particulière à la pratique des États et aux décisions des juridictions nationales et internationales dans sa manière de traiter les questions de droit international. Elle a réaffirmé combien il importait que lui soient communiqués tous les éléments de la pratique des États et d'autres sources de droit international qui pourraient lui être utiles dans l'exercice de sa fonction. Les rapports de ses rapporteurs spéciaux doivent comporter une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, notamment des traités, des décisions judiciaires et de la doctrine, ainsi qu'une analyse approfondie des questions à l'examen. La Commission souligne qu'elle-même et ses rapporteurs spéciaux sont pleinement conscients de la nécessité de réaliser chaque fois que possible des économies dans le volume global de la documentation et continueront de garder ces considérations présentes à l'esprit. Tout en étant consciente de l'intérêt qu'il y a à être aussi concis que possible, la Commission répète qu'elle est fermement convaincue qu'on ne peut limiter a priori la longueur de la documentation et des projets de recherche se rapportant à ses travaux. Il s'ensuit qu'on ne saurait demander aux rapporteurs spéciaux d'écourter leurs rapports après les avoir soumis au Secrétariat, quelles que soient les estimations de la longueur de ces rapports qui ont été faites au préalable par celui-ci. Pareille limitation du nombre de mots des rapports ne saurait s'appliquer aux documents de la Commission, ainsi que l'Assemblée générale ne cesse de le rappeler[1266]. La Commission souligne également qu'il est important que les rapporteurs spéciaux établissent leurs rapports en temps utile et que ces rapports soient transmis au Secrétariat suffisamment à l'avance pour que celui-ci puisse les traiter et les soumettre à la Commission dans toutes les langues officielles dans l'idéal quatre semaines avant le début de la partie de la session qui les concerne. À ce propos, la Commission a demandé une nouvelle fois : a) aux rapporteurs spéciaux de soumettre leurs rapports dans les délais fixés par le Secrétariat ; b) au Secrétariat de continuer de veiller à ce que les documents officiels de la Commission soient publiés en temps voulu dans les six langues officielles de l'ONU.

384. La Commission a rappelé qu'elle était fermement convaincue que la longueur des comptes rendus analytiques des séances de la Commission, lesquels constituent des travaux préparatoires essentiels pour le développement progressif et la codification du droit international, ne saurait être arbitrairement limitée. Elle a une fois de plus noté avec satisfaction que les mesures introduites à sa soixante-cinquième session (en 2013) pour rationaliser le traitement de ces comptes rendus analytiques avaient permis la transmission plus rapide des comptes rendus provisoires en anglais et en français aux membres de la Commission en vue de leur correction ponctuelle et d'une publication rapide. La Commission a appelé le Secrétariat à rétablir la pratique consistant à rédiger les comptes rendus analytiques en anglais et en français, et à poursuivre ses efforts pour continuer d'appliquer les mesures en question, afin de garantir la communication rapide des comptes

---

par. 501 ; ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 269 ; ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 379 ; ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 358 ; ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 240 ; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 396 ; ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 399 ; ibid., s*oixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 280 ; ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 181 ; ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 281 ; ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 10* (A/70/10), par. 299 ; ibid., *soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 333 ; ibid., *soixante-douzième session, Supplément n° 10* (A/72/10), par. 282.

[1266] S'agissant de la question de la limitation du nombre de pages des rapports des rapporteurs spéciaux, voir par exemple, *Annuaire … 1977*, vol. II (2e partie), p. 132, et *Annuaire … 1982*, vol. II (2e partie), p. 129 et 130. Voir également la résolution 32/151 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1977, par. 10, et la résolution 37/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 1982, par. 5, ainsi que les résolutions ultérieures sur les rapports annuels présentés par la Commission à l'Assemblée générale.

rendus provisoires aux membres de la Commission. Elle s'est aussi félicitée de ce que ces méthodes de travail avaient permis une utilisation plus rationnelle des ressources, et a appelé le Secrétariat à continuer de s'employer à faciliter l'élaboration des comptes rendus définitifs dans toutes les langues officielles, sans compromettre leur intégrité.

385. La Commission a exprimé sa gratitude à tous les services intervenant dans la production des documents, à Genève comme à New York, pour les efforts réalisés en vue d'assurer un traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés. Elle a souligné que le traitement rapide et efficace des documents était indispensable au bon déroulement de ses travaux.

386. La Commission a réaffirmé son attachement au multilinguisme et rappelé l'importance primordiale qui devait être accordée à l'égalité des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies dans ses travaux, comme l'avait souligné l'Assemblée générale dans sa résolution 69/324 en date du 11 septembre 2015.

387. La Commission a exprimé sa gratitude à la Bibliothèque du Siège de l'Organisation des Nations Unies pour les moyens et l'aide fournis pendant la partie de session de la Commission tenue à New York, en particulier pour l'organisation d'une série de conférences par des membres de la Commission.

388. La Commission a de nouveau exprimé sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève pour l'aide que celle-ci continue d'apporter avec efficacité et compétence aux membres de la Commission.

389. La Commission a exprimé ses sincères condoléances à la suite du décès de M^me^ Irina Gerassimova, dont l'aide, le dévouement et le professionnalisme, en tant que bibliothécaire juridique à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève pendant de nombreuses années, ont été grandement appréciés.

7. *Annuaire de la Commission du droit international*

390. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire de la Commission du droit international* était d'une importance déterminante pour qui voulait comprendre ce que faisait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international, et pour renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 72/116, l'Assemblée générale avait exprimé sa reconnaissance aux gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire* et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

391. La Commission recommande que l'Assemblée générale, comme elle l'a fait dans sa résolution 72/116, exprime sa satisfaction devant les progrès remarquables accomplis ces dernières années pour résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire* dans les six langues, salue les efforts faits par la Division de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Genève, notamment par sa Section de l'édition, pour donner effectivement suite à ses résolutions appelant à une résorption de l'arriéré, et encourage la Division de la gestion des conférences à continuer de fournir à la Section de l'édition tout l'appui nécessaire à la publication de l'*Annuaire*.

8. Aide de la Division de la codification

392. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat pour l'aide inestimable qu'elle lui apporte tant par ses services fonctionnels qu'en fournissant un appui constant aux rapporteurs spéciaux et en réalisant des travaux de recherche approfondis sur différents aspects de sujets à l'étude, à la demande de la Commission. La Commission a en particulier remercié le Secrétariat d'avoir établi une étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710).

9. Sites Web

393. La Commission a exprimé sa profonde gratitude au Secrétariat pour le site Web sur les travaux de la Commission et l'a encouragé à continuer d'actualiser et d'améliorer ce site[1267]. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification[1268] étaient une ressource très précieuse pour la Commission et pour les divers chercheurs s'intéressant à ses travaux, et qu'ils contribuaient de ce fait à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international. Elle a noté avec satisfaction que le site Web sur les travaux de la Commission donnait des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour, et que l'on pouvait y trouver des liens vers les versions préliminaires éditées des comptes rendus analytiques et les enregistrements audio des séances plénières de la Commission.

10. Médiathèque de droit international des Nations Unies

394. La Commission a une fois de plus constaté avec satisfaction la très grande valeur de la Médiathèque de droit international des Nations Unies[1269] en tant qu'outil permettant de faire mieux connaître le droit international et les travaux de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, notamment ceux de la Commission.

D. Dates et lieu de la soixante et onzième session de la Commission

395. La Commission a décidé que sa soixante et onzième session se tiendrait à Genève du 29 avril au 7 juin et du 8 juillet au 9 août 2019.

E. Coopération avec d'autres organes

396. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la session en cours de la Commission par son Président, M. Hernán Salinas Burgos, qui a pris la parole devant la Commission à la 3420e séance, le 4 juillet 2018[1270]. Celui-ci a donné un aperçu des activités menées par le Comité sur diverses questions juridiques, en particulier 2017. Un échange de vues a suivi.

397. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe était représenté à la session en cours de la Commission par sa Présidente, Mme Päivi Kaukoranta, et par la Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public et Secrétaire du Comité, Mme Marta Requena, qui ont toutes deux pris la parole à la 3433e séance, le 19 juillet 2018[1271]. Elles ont mis l'accent sur les activités en cours du Comité dans le domaine du droit international public, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

398. En réponse à une initiative de la Commission de l'Union africaine sur le droit international (CUADI), et conformément au paragraphe 1 de l'article 26 de son statut, la Commission a recommandé que, pendant la seconde partie de sa soixante et onzième session, une séance soit tenue avec la CUADI dans le contexte des activités organisées pour le dixième anniversaire de la CUADI. La Commission demande au Secrétariat, en consultation avec le Président de la Commission et les membres du Bureau élargi, d'étudier les possibilités pour la tenue d'une telle séance.

399. Le 18 juillet 2018, les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont eu un échange de vues informel sur des sujets d'intérêt commun. À la suite de déclarations faites par M. Gilles Carbonnier, Vice-Président du CICR,

[1267] http://legal.un.org//ilc.
[1268] À consulter à l'adresse http://legal.un.org/cod/.
[1269] www.un.org/law/avl/.
[1270] Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance en question.
[1271] Ces déclarations sont consignées dans le compte rendu analytique de la séance en question.

M. Knut Dörmann, Conseiller juridique en chef et Chef de la division juridique du CICR, et M. Eduardo Valencia-Ospina, Président de la Commission, des exposés ont été présentés respectivement sur le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial sur le sujet, et sur « Les accords et pratique ultérieurs et le projet de mise à jour des Commentaires des Conventions de Genève » par M. Jean-Marie Henckaerts, Chef de l'Unité de mise à jour des Commentaires de la Division juridique du CICR. D'autres exposés ont été présentés sur les « Crimes contre l'humanité » par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial sur le sujet, ainsi que sur le thème « Droit international humanitaire et guerre informatique : les travaux du CICR sur l'application et la clarification du droit en vigueur, un préalable à l'évaluation de la nécessité éventuelle d'élaborer des règles ». Chaque exposé a été suivi d'un débat animé par M^me^ Helen Durham, Directrice du Département du droit international et des politiques humanitaires du CICR, qui a formulé des observations finales.

F. Représentation à la soixante-treizième session de l'Assemblée générale

400. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-treizième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Eduardo Valencia-Ospina.

G. Séminaire de droit international

401. Conformément à la résolution 72/116 de l'Assemblée générale en date du 7 décembre 2017, la cinquante-quatrième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 2 au 20 juillet 2018, pendant la session en cours de la Commission. Le Séminaire s'adresse à de jeunes juristes se spécialisant en droit international, ainsi qu'à de jeunes enseignants ou représentants de l'État qui mènent une carrière universitaire ou diplomatique dans la fonction publique de leur pays.

402. Vingt-cinq personnes de nationalités différentes et de tous les groupes régionaux ont participé à la session[1272]. Les participants ont assisté à des séances plénières de la Commission et à des exposés qui leur étaient spécialement destinés, et ont participé à des groupes de travail sur certains sujets.

403. M. Eduardo Valencia-Ospina, Président de la Commission, a ouvert le séminaire. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal à l'Office des Nations Unies à Genève, était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire et a fait fonction de directeur du Séminaire de droit international. La coordination du Séminaire pour les questions de fond était assurée par l'Université de Genève. M. Vittorio Mainetti, spécialiste de droit international à l'Université de Genève, a fait fonction de coordinateur, secondé par M. Federico Daniele, assistant juridique.

404. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes : M. Ernest Petrič, « Les travaux de la Commission du droit international » ; M. Charles Chernor Jalloh, « Le principe de la compétence universelle » ; M^me^ Patrícia Galvão Teles, « La Commission du droit international vue de l'extérieur » ; M. Shinya Murase, « Protection de l'atmosphère » ; M^me^ Marja Lehto, « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » ; M^me^ Concepción Escobar Hernández, « Immunité de juridiction pénale

[1272] Ont participé au séminaire : M^me^ Manjida Ahamed (Bangladesh), M^me^ Noor Alsada (Qatar), M. Ezéchiel Amani Cirimwami (République démocratique du Congo), M^me^ Meseret Fassil Assefa (Éthiopie), M^me^ Jing Geng (États-Unis d'Amérique), M. Arnaud Irakoze (Burundi), M. Berdak Kalmuratov (Ouzbékistan), M. Fadi Khalil (Égypte), M. Ales Klyunya (Fédération de Russie), M. Oumar Kourouma (Guinée), M. Ralph Loren Eisendecher (Chili), M. Patrick Luna (Brésil), M. Michael Moffatt (Canada), M. Yusuke Nakayama (Japon), M^me^ Keseme Odudu (Nigéria), M. Andrés Ordoñez-Buitrago (Colombie), M^me^ Anastasija Popeska (ex-République yougoslave de Macédoine), M^me^ Harsha Rajwanshi (Inde), M. Mustafa Can Sati (Turquie), M^me^ Antara Singh (Népal), M. Gianfranco Smith (Panama), M^me^ Alba Surana González (Andorre), M^me^ Hilda Tizeba (République-Unie de Tanzanie), M. Tianze Zhang (Chine) et M^me^ Eva Zijlstra (Pays-Bas). Le Comité de sélection, présidé par M. Makane Moïse Mbengue, professeur de droit international à l'Université de Genève, s'est réuni le 24 avril 2018 et a retenu 25 candidats sur 302.

étrangère des représentants de l'État » ; M. Dire D. Tladi, « *Jus cogens* » ; M. Georg Nolte, « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » ; M. Sean D. Murphy, « Crimes contre l'humanité » ; M. Juan Manuel Gómez Robledo, « Application provisoire des traités ».

405. Les participants ont pris part à la célébration du soixante-dixième anniversaire de la Commission, qui avait pour thème : « Les 70 ans de la Commission du droit international − Dresser le bilan pour l'avenir », et qui a eu lieu à Genève les 5 et 6 juillet 2018.

406. Les participants ont également assisté à une conférence sur les travaux de la Commission, organisée par l'Université de Genève et consacrée aux sujets « Détermination du droit international coutumier » et « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État », avec la participation de MM. Michael Wood et Pavel Šturma, respectivement Rapporteurs spéciaux de la Commission pour ces sujets. Les orateurs dont le nom suit ont pris la parole : M^me^ Danae Azaria, maître de conférences au University College London ; M. Peter Haggenmacher, professeur honoraire à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève ; M. Marcelo Kohen, professeur de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève ; M. Robert Kolb, professeur de droit international à l'Université de Genève ; M. Nicolas Levrat, professeur à l'Université de Genève ; M. Marco Sassòli, professeur de droit international et Directeur du département de droit international public et organisation internationale de l'Université de Genève ; M^me^ Mara Tignino, chargée de cours à l'Université de Genève ; et M^me^ Alla Tymofeyeva, chargée de cours à la faculté de droit de l'Université Charles de Prague.

407. Les participants se sont rendus à l'Organisation internationale du Travail (OIT), où ils ont effectué une visite guidée par M. Remo Becci, Directeur des Archives de l'OIT, et ont assisté à deux exposés présentés respectivement par M. Dražen Petrović, greffier du tribunal administratif de l'OIT, sur la « Justice administrative internationale » et M. Georges Politakis, Conseiller juridique de l'OIT, sur la « Normalisation à l'OIT ». Ils se sont également rendus à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), où ils ont assisté à un exposé sur « Le système de règlement des différends de l'OMC », présenté par M. Juan Pablo Moya Hoyos, de la Division des affaires juridiques de l'OMC, et par M. Shashank Kumar, du secrétariat de l'Organe d'appel de l'OMC.

408. Deux groupes de travail ont été constitués, l'un sur l'identification de nouveaux sujets pour la Commission et l'autre sur le thème « Mise au point sur la portée et l'application du principe de la compétence universelle », et les participants ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Deux membres de la Commission, M^me^ Patrícia Galvão Teles et M. Charles Chernor Jalloh, ont supervisé les groupes de travail et leur ont donné des orientations. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions au cours de la dernière séance de travail du Séminaire. Les rapports ont été regroupés et distribués à tous les participants, ainsi qu'aux membres de la Commission.

409. Le Président de la Commission, le Directeur du Séminaire de droit international et M. Michael Moffatt, au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission lors de la cérémonie de clôture. Chaque participant a reçu un diplôme.

410. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que depuis 2016 les Gouvernements de l'Argentine, de l'Autriche, de la Chine, de la Finlande, de l'Inde, de l'Irlande, du Mexique, du Royaume-Uni et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Bien que la crise financière de ces dernières années ait eu de sérieuses répercussions sur les finances du Séminaire, le Fonds était tout de même en mesure d'accorder un nombre suffisant de bourses d'étude à des candidats méritants, originaires en particulier de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique équitable des participants. En 2018, 12 bourses ont été accordées.

411. Depuis la création du Séminaire en 1965, 1 233 personnes, représentant 175 nationalités, ont pris part au Séminaire. Sept-cent-quarante-huit ont reçu une bourse d'étude.

412. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, originaires notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités des nombreuses organisations internationales sises à Genève. Elle recommande à l'Assemblée générale d'inviter à nouveau les États à verser des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2019 la plus large participation possible.

413. La Commission note que le réseau d'anciens étudiants du Séminaire de droit international a été officiellement créé à l'initiative d'anciens participants, et qu'il a tenu sa première assemblée générale à l'Office des Nations Unies à Genève, le 17 juillet 2018[1273]. Le conseil d'administration honoraire du réseau est composé de cinq membres de la Commission, à savoir M^me^ Patrícia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Shinya Murase et M. Pavel Šturma, ainsi que de M. Marcelo Kohen, professeur de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève. Le comité exécutif est composé de cinq membres : M^me^ Verity Robson, Présidente, M^me^ Mary-Elisabeth Chong, Vice-Présidente chargée de l'organisation de séminaires et de conférences, M^me^ Valeria Reyes Menéndez, Vice-Présidente chargée des relations internes, M. Moritz Rudolf, Vice-Président chargé de la communication et de la publicité, et M. Vittorio Mainetti, Secrétaire général. Les membres du Conseil d'administration honoraire et du Comité exécutif ont signé les statuts à l'issue de la réunion de l'Assemblée générale.

[1273] https://ilsalumni.org/.

Annexes

A. Compétence pénale universelle

M. Charles Chernor Jalloh

I. Introduction

1. Le principe de « compétence universelle » ou « principe d'universalité » est un fondement de compétence en droit international qui peut permettre à un État d'exercer sa juridiction à l'égard de certains crimes dans l'intérêt de la communauté internationale. Il n'existe pas de définition de ce principe qui fasse l'unanimité, mais il évoque, grosso modo, la compétence *pénale* fondée uniquement sur la nature de l'infraction, ni le lieu où elle a été commise, ni la nationalité de celui qui en est accusé ou en a été reconnu coupable, ni la nationalité de la victime, ni aucun autre lien avec l'État exerçant la compétence n'étant pris en considération[1274]. Cela signifie que celui-ci peut se prévaloir de la compétence universelle à l'égard d'un crime commis par un étranger contre un autre étranger hors de son territoire. Cette compétence diffère sensiblement de celle qui repose sur les fondements traditionnels du droit international, qui exigent généralement un certain lien, par exemple quant au territoire ou à la nationalité, entre l'État exerçant la compétence et le comportement incriminé.

2. Eu égard aux ambiguïtés qui entourent le principe d'universalité, notamment quant à sa définition, et qui ont été par le passé et continuent d'être sources de tensions dans les relations entre les États, il est proposé que la Commission du droit international (« CDI » ou « Commission ») inscrive ce sujet à son programme de travail, ce qui pourrait clarifier les choses pour les États et contribuer ainsi à la primauté du droit dans les affaires internationales.

3. Dans l'histoire récente, en particulier depuis les procès de Nuremberg qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale, le principe de la compétence universelle a été invoqué par des États de plus en plus souvent dans la lutte contre l'impunité pour les crimes odieux[1275], notamment les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, qui comptent parmi les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble[1276]. De fait, indépendamment de la mise en place de tribunaux pénaux ad hoc internationaux[1277] ou hybrides[1278], ainsi que de la Cour pénale internationale (« CPI »), afin

---

[1274] Voir le principe 1 (1) des Principes de Princeton sur la compétence universelle, (adoptés le 27 janvier 2001), Université de Princeton, programme Droit et affaires publiques, et *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Stephen Macedo (dir. publ.), 2004. Le titre du présent sujet évoque implicitement la distinction qui s'opère entre la compétence universelle *pénale* et la compétence universelle *civile*. Il y a toutefois lieu de noter que, dans le présent article, les termes « compétence universelle » et « principe d'universalité » doivent s'entendre de la première.

[1275] Secrétaire général de l'ONU, *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/65/181 (29 juillet 2010), par. 10 et 11.

[1276] Formule tirée du préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3. Mais cette expression de la notion est loin d'avoir été la première. Elle remonte de fait aux travaux de la Commission, qui, dans son projet de code des crimes, a conclu que ces crimes relevaient de la compétence universelle. Voir, par exemple, le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, deuxième partie.

[1277] Le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a établi les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en 1993 et en 1994, respectivement.

[1278] L'ONU a conclu avec la Sierra Leone, le Cambodge et le Liban des accords établissant des tribunaux « hybrides » pour ces pays. À l'échelle régionale, l'Union africaine a, par exemple, conclu un accord avec l'un de ses États membres en vue d'établir un tribunal hybride au sein de la justice sénégalaise pour y juger les crimes de torture et les crimes contre l'humanité, tandis que l'Union européenne a fait de même avec l'un de ses membres. Pour une évaluation de certains de ces tribunaux, voir Charles

que puissent être traduits en justice les principaux responsables des crimes de ce type commis à l'occasion de divers conflits à travers le monde, les États ont par le passé invoqué le principe de compétence universelle pour justifier l'exercice de la juridiction pénale interne, comme l'a fait Israël à l'égard d'Adolf Eichmann en 1961[1279]. Toutefois, en l'absence de définition des limites dans lesquelles, en droit international, un État peut exercer sa juridiction pénale dans de telles circonstances, il reste à craindre que cet État ou bien porte atteinte à la souveraineté d'un autre État en violation du droit international, ou bien refuse d'exercer sa juridiction pénale alors même que le principe de compétence universelle lui permet de le faire.

4. Les partisans de la compétence universelle proposent plusieurs justifications. En premier lieu, l'existence de la compétence universelle est censée traduire la volonté de la communauté internationale de voir traduits en justice les criminels agissant en dehors du ressort de quelque État que ce soit, l'exemple par excellence étant la piraterie du *jus gentium* qui, en tant que violation du *communis juris*, relève des *delicta juris gentium*, c'est-à-dire les infractions au droit des gens[1280].

5. Deuxièmement, d'aucuns soutiennent que l'exercice de la compétence universelle à l'égard de certains crimes est justifié parce que ceux-ci portent atteinte aux valeurs universelles et aux principes humanitaires. Ces valeurs se trouvent au cœur même des systèmes de droit pénal de tous les États. Ainsi, d'après les travaux antérieurs de la Commission, l'intérêt que présente la répression des agissements constitutifs de crimes internationaux condamnés par tous les États − en particulier lorsqu'ils sont perpétrés à très grande échelle − ne saurait s'arrêter aux frontières de l'État ayant compétence pour en connaître à raison du lieu où l'infraction a été commise ou de la nationalité des auteurs ou des victimes, lequel État pourrait même les avoir tolérés ou encouragés. En effet, de tels agissement peuvent saper les fondements de la communauté internationale dans son ensemble[1281].

6. Enfin, on estime depuis longtemps, du moins depuis les procès de Nuremberg et le jugement auquel ils ont abouti en 1946, que, en raison de leur gravité et de l'ampleur de leur impact, certains crimes bouleversent la conscience de l'humanité toute entière[1282]. C'est pourquoi les États ont désigné certains agissements qu'ils considèrent comme des violations graves engageant la responsabilité pénale individuelle de leur auteur. Leur caractère odieux, conjugué à la menace pour la paix et la sécurité de tous les États, confère à chacun de ceux-ci

---

Chernor Jalloh (dir. publ.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2013 ; Simon Meisenberg et Ignaz Stegmiller (dir. publ.), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Springer, 2016.

[1279] *Att'y-Gen. of the Gov't of Israel* v. *Eichmann* (Cour suprême d'Israël, 1962), 36 ILR 5 (1961).

[1280] Voir id., où la piraterie est donnée comme exemple de ce type de crime. L'affaire Adolf Eichmann en est une illustration. Eichmann était un haut responsable de l'Allemagne nazie chargé d'organiser l'arrestation, la déportation, l'internement et l'extermination des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale. Il a été enlevé en Argentine par des agents secrets israéliens le 11 mai 1960. L'Argentine a porté plainte devant le Conseil de sécurité, invoquant la violation de sa souveraineté et du droit international. Le Conseil a alors adopté la résolution 138 (1960), le 24 juin 1960, déclarant que de tels actes pouvaient provoquer des désaccords entre les nations et, en cas de répétition, menacer la paix et la sécurité internationales, et demandant à Israël d'assurer une réparation adéquate. Israël a exprimé ses regrets, estimant que cela valait réparation. Se déclarant insatisfaite, l'Argentine a expulsé l'ambassadeur d'Israël. À l'issue de discussions diplomatiques en coulisse, les deux États ont publié un communiqué commun dans lequel ils déclaraient l'incident clos.

[1281] Tels sont les sentiments qui sous-tendent le *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs 1996*, texte adopté par la Commission à sa quarante-huitième session, en 1996, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (par. 50). Le rapport, qui contient en outre des commentaires sur le projet d'articles, en particulier les articles 8 et 9, est reproduit dans l'*Annuaire …, 1996*, vol. II (2ème partie). La Commission préconisait la compétence interne la plus vaste possible sur la base du principe d'universalité, parallèlement à celle d'une juridiction pénale internationale.

[1282] Secrétaire général de l'ONU, *Portée et application du principe de compétence universelle : Rapport du Secrétaire général établi sur la base d'observations de gouvernements, documents de l'ONU*, A/65/181 (29 juillet 2010), par. 10 et 11.

le droit d'en rechercher et d'en poursuivre les auteurs[1283]. À l'instar des pirates de jadis, ces derniers sont réputés *hostes humani generis* − ennemis de l'humanité − qui ne méritent de trouver refuge nulle part dans le monde. En somme, le raisonnement qui sous-tend l'exercice de la compétence pénale universelle est que les États ont le pouvoir et le devoir d'agir à l'encontre des personnes qui, autrement, n'auraient pas à répondre de leurs actes. C'est l'un des seuls moyens de rendre la justice et d'assurer une mesure de dissuasion pour certains crimes réprimés par le droit international[1284].

7. En dépit des justifications exposées ci-dessus et d'autres arguments connexes, la pratique des États concernant l'exercice de la compétence universelle montre que certains aspects de la nature et de la substance du principe restent controversés en droit. Les États semblent généralement reconnaître sa validité, du moins dans certaines circonstances, ainsi que son importance et son utilité de principe en tant qu'outil de lutte contre l'impunité. Nombre de traités[1285] obligent les États à établir et à exercer leur juridiction interne à

[1283] Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *supra*, note 3, préambule (« les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ») ; Luis Benavides, *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*, 1 Anuario Mexicano de Derecho Internacional, L. Rev. 22, aux p. 26 et 27 (2001).

[1284] Voir le Rapport de la Commission du droit international de 1996, *supra*, note 1281, notamment le texte des projets d'articles 8 et 9 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*.

[1285] Voir, par exemple, la Convention internationale contre la prise d'otages, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 206 (17 décembre 1979), art. 5 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85 (10 décembre 1984), art. 5, par. 3 ; Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et règlements d'application (14 mai 1954) http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464mb.pdf, art. 28 ; Convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins, 14 mars 1884, http://www.iscpc.org/information/Convention on Protection of Cables 1884.pdf, art. 8 et 9 ; Convention internationale pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, 12 septembre 1923, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 27, p. 214, art. 2 ; Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, 14 septembre 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, p. 219, art. 3 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 14 décembre 1973, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 168, art. 3 ; Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277, art. 6 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, 9 décembre 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, p. 363 ; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 10 mars 1988, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, p. 222, art. 7, par. 4 et 5 ; Premier Protocole additionnel à la Convention de Genève de 1949, 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3, art. 85, par. 1 ; Première Convention de Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31, art. 49 ; Quatrième Convention de Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 287, art. 146 ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, 16 décembre 1970, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, p. 105, art. 4, par. 3 ; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, Résolution 44/34 de l'Assemblée générale (4 décembre 1989), art. 9, par. 2 et 3 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, 9 juin 1994, https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/k.disparition.htm, art. 4 et 6 ; Convention internationale contre la prise d'otages, Résolution 34/146 de l'Assemblée générale (17 décembre 1979), art. 5 et 8 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, p. 3 (20 décembre 2006), art. 6.1 ; Convention internationale pour la répression du faux monnayage, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 112, p. 371 (20 avril 1929), art. 17 ; Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1678, p. 304 (10 mars 1988), art. 3 ; Deuxième Convention de Genève, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 85 (12 août 1949), art. 50 ; Convention unique sur les stupéfiants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 520, p. 151 (30 mars 1961), art. 36, par. 2 ; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Résolution 832 du Conseil de sécurité (25 mai 1993) ; Troisième Convention de Genève, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 135 (12 août 1949), art. 129. En outre, le principe de complémentarité énoncé aux articles 17 à 20 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998, Nations Unies, document A/Conf.183/9), prévoit la possibilité pour les États d'exercer leur juridiction interne à l'égard des crimes ressortissant à la Cour.

l'égard de certaines infractions avec lesquelles ils peuvent n'avoir aucun lien, telles que le génocide au sens de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, les « infractions graves » (crimes de guerre) aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole additionnel I de 1977[1286], ainsi que les actes de torture visés par la Convention contre la torture de 1984[1287]. Le principe d'universalité semble également constituer la base de traités régionaux et de la législation interne de nombreux États. Mais c'est là que semble s'arrêter le consensus général sur la compétence universelle.

8. Les points de désaccord entre les États sur le principe d'universalité, ainsi qu'il ressort d'un document informel élaboré dans le cadre d'un groupe de travail de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, portent sur trois aspects, à savoir : 1) la *définition de la compétence universelle*, y compris la nécessité de la distinguer d'autres notions connexes ; 2) la *portée de la compétence universelle*, y compris la liste des crimes internationaux qui en relèvent et l'étendue de cette liste ; 3) les *paramètres d'application de la compétence universelle*, y compris les conditions préalables ; les critères régissant l'exercice de la compétence ; les aspects pratiques et processuels, y compris la question de savoir si la présence du suspect sur le territoire est nécessaire pour que des mesures d'investigation puissent être prises à son encontre ; le rôle du système judiciaire national ; l'interaction avec d'autres règles du droit international ; l'assistance et la coopération internationales, y compris la question de l'entraide judiciaire ainsi que les formes techniques et autres de coopération en matière pénale sur le plan horizontal ; la question de savoir si l'initiative doit prioritairement revenir à l'État ayant un lien territorial avec les agissements incriminés, par rapport aux États ayant d'autres liens ; l'applicabilité éventuelles des règles internationales régissant la prescription et les garanties d'une procédure régulière, y compris le droit à un procès équitable et l'interdiction de la double incrimination (*ne bis in idem*) ; l'interaction avec l'obligation, généralement de source conventionnelle, d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) pour certains crimes et la relation entre l'universalité et le principe de complémentarité, lequel, en ce qui concerne les États parties au Statut de Rome, donne la primauté aux poursuites nationales par rapport à la saisine de la CPI[1288].

9. Cela dit, le pouvoir d'appréciation dont disposent les États pour décider s'il y a lieu d'invoquer la compétence universelle afin d'ouvrir une procédure pénale est sans doute l'aspect le plus controversé du principe d'universalité. La critique a été formulée en particulier par le Groupe des États d'Afrique, le Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes et le Mouvement des pays non alignés, qui soutiennent que les ressortissants des États moins puissants sont les seuls à avoir véritablement été ciblés par la compétence universelle, les ressortissants des États plus puissants en ayant été largement exemptés. À l'inverse, d'autres États, notamment au sein du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, dont les tribunaux nationaux semblent invoquer plus souvent le principe d'universalité, tels que la Belgique, la France et l'Espagne, répondent que l'exercice de la compétence universelle est conforme au droit international et doit être considéré comme faisant partie de l'arsenal essentiel de lutte contre l'impunité pour les crimes graves que condamne la communauté internationale dans son ensemble, et ce, a fortiori dans les cas où l'État sur le territoire duquel a été commis l'infraction ou celui auquel le suspect ressortit ou sur le territoire duquel il se trouve n'est pas disposé ou en mesure d'engager des poursuites.

10. Il ne faut sans doute pas s'étonner que les tentatives de recours à la compétence universelle donnent souvent lieu à des tensions d'ordre juridique, politique et diplomatique entre les États concernés aux niveaux bilatéral, régional et international. C'est ce qui s'est

[1286] Convention de Genève, *supra*, note 1285.

[1287] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85 (10 décembre 1984).

[1288] Voir Sixième Commission de l'Assemblée générale, *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*, document de travail informel établi par le Président en vue des débats au sein du Groupe de travail (visant à faciliter un examen plus approfondi à la lumière des précédents échanges de vues entre les représentants des États à la Sixième Commission et de la synthèse de plusieurs documents informels établis entre 2011 et 2014), https://papersmart.unmeetings.org/media2/16155022/wg-universal-jurisdiction_informal-working-paper.pdf (3 novembre 2017), p. 1 à 7.

produit, par exemple, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[1289], portée devant la Cour internationale de Justice au sujet de la validité d'un mandat décerné par les autorités belges à l'encontre du Ministre congolais des affaires étrangères, Abdoulaye Yerodia, soupçonné de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité[1290]. Dans une affaire subséquente, à la suite de l'inculpation de certains hauts responsables rwandais dans divers États européens, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement des 54 membres de l'Union africaine (« UA ») a adopté plusieurs résolutions[1291] dans lesquelles elle reconnaissait que « la compétence universelle est un principe du droit international, dont le but est de s'assurer que les individus qui commettent des crimes graves tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, ne le fassent pas dans l'impunité et qu'ils soient traduits devant la justice, conformément à l'article 4 h) de l'Acte constitutif de l'Union africaine »[1292]. Dans la même décision, toutefois, ainsi que dans plusieurs autres qui ont suivi, elle s'est dite vivement préoccupée par les risques de recours abusif, sur le plan politique, à la compétence universelle[1293]. Aussi a-t-elle, entre autres choses, appelé à un moratoire sur la délivrance et l'exécution des mandats d'arrêt fondés sur ce principe, à la mise en place d'un organisme de réglementation international ayant compétence pour examiner ou traiter les plaintes découlant du recours à la compétence universelle par les différents États, de même qu'à un dialogue sur la question au niveau régional (UA-UE) et au niveau mondial (ONU)[1294].

[1289] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002*, p. 3, par. 7. Une série d'affaires plus récentes portées devant la CIJ, dont certaines n'ont pas encore été tranchées, mais qui soulèvent des préoccupations semblables concernant l'immunité et l'exercice de la juridiction pénale, ont mis en cause la France, d'une part, et le Congo, Djibouti et la Guinée équatoriale, de l'autre. Plus récemment encore, la Cour a été invitée à se prononcer sur d'autres affaires mettant en cause l'obligation de poursuivre ou d'extrader sous le régime de la Convention contre la Torture dans une affaire opposant la Belgique au Sénégal.

[1290] Id. Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la Cour a examiné la question de l'immunité et non celle de la compétence universelle.

[1291] Assembly/AU/Dec.420(XIX) − Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc. EX.CL/731(XXI), dix-neuvième session ordinaire de la Conférence à Addis-Abeba (Éthiopie), 15-16 juillet 2012 ; Assembly/AU/Dec.335(XVI), Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc. EX.CL/640(XVIII), seizième session ordinaire de la Conférence à Addis-Abeba (Éthiopie), 30-31 janvier 2011 ; Assembly/AU/Dec.296(XV), Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc. EX.CL/606(XVII), quinzième session ordinaire de la Conférence à Kampala (Ouganda), 25-27 juillet 2010 ; Assembly/AU/Dec.271(XIV), Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc. EX.CL/540(XVI), quatorzième session ordinaire de la Conférence à Addis-Abeba (Éthiopie), 31 janvier–2 février 2010 ; Assembly/AU/Dec.243(XIII)Rev.1, Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc.Assembly/AU/11(XIII), treizième session ordinaire de la Conférence à Syrte (Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste), 1er-3 juillet 2009 ; Assembly/AU/Dec.213(XII), Décision sur la mise en œuvre de la Décision relative à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Assembly/AU/3(XII), douzième session ordinaire de la Conférence à Addis-Abeba (Éthiopie), 1er-3 février 2009 ; Assembly/AU/Dec.199(XI), Décision sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle − Doc. Assembly/AU/14(XI), onzième session ordinaire de la Conférence à Addis-Abeba (Éthiopie), 30 juin-1er juillet 2008.

[1292] Lettre datée du 29 juin 2009, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la République-Unie de Tanzanie auprès de l'Organisation des Nations Unies, documents de l'ONU, A/63/237/Rev.1, 23 juillet 2009. Voir également l'article 4, al. h), de l'Acte constitutif de l'Union africaine : « L'Union fonctionne conformément aux principes suivants : […] Le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. ».

[1293] Décisions de l'Union africaine concernant la compétence universelle, voir le passage auquel se rapporte la note 1291.

[1294] Décisions de l'Union africaine concernant la compétence universelle, id. À noter que, au lendemain des travaux du groupe d'experts, la Commission de l'Union africaine a conclu qu'il avait été difficile de trouver une solution durable dans le cadre des négociations avec la partie européenne. Elle s'est donc tournée vers l'Assemblée générale, qui a inscrit le sujet à son ordre du jour en 2009, afin de rendre le débat plus global. Il importe de mentionner que, en 2012, l'Union africaine a pris une mesure positive et adopté la Loi type sur la compétence universelle pour les crimes internationaux, qu'elle a recommandée à ses États membres pour incorporation à leur législation interne et qui

11. Compte tenu, d'une part, des vues des États qui considèrent la compétence universelle comme un outil précieux dans le contexte des efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre les violations graves du droit international et, d'autre part, de celles des États qui s'inquiètent des risques de recours et d'application sélectifs, arbitraires et abusifs sur le plan politique, ainsi que de son interaction et ses rapports avec d'autres règles du droit international, la question se pose de savoir si la Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale chargé du développement progressif et de la codification du droit international, devrait entreprendre l'étude de ce sujet important. Si elle décidait de le faire, des directives ou des conclusions tirées de la pratique des États pourraient avoir une utilité pratique pour ces derniers. De fait, l'Assemblée générale a expressément reconnu la nécessité de préciser ce principe juridique dès 2009 lorsque, par consensus, elle a décidé d'ajouter ce point à l'ordre du jour de la Sixième Commission, sur la proposition du Groupe des États d'Afrique à la soixante-quatrième session (2009)[1295].

12. La Sixième Commission a débattu la question tous les ans depuis 2009[1296]. Si des avancées importantes ont été réalisées au cours des neuf dernières années pour résoudre les divergences de vues concernant la compétence universelle, à d'autres égards, les progrès ont été moindres qu'on ne l'avait envisagé au départ. Pas plus tard qu'en janvier 2018, l'Union africaine a adopté une décision dans laquelle elle déplorait l'« impasse apparente » dans laquelle se trouvait le sujet de l'universalité à l'Assemblée générale et, en conséquence, appelait le Groupe des États d'Afrique à New York à « faire des recommandations au Sommet sur la manière de faire avancer cette discussion »[1297]. L'absence de progrès sensibles semble imputable, du moins en partie, aux désaccords politiques concernant les possibilités d'application sélective et arbitraire de ce principe de compétence. Et de fait, au cours des débats tenus à l'Assemblée générale sur la question en 2017, l'écrasante majorité des délégations ont convenu qu'il était nécessaire de faire avancer le débat sur la compétence universelle, malgré les divergences subsistant quant à sa définition, sa nature, sa portée et ses limites. La même volonté ressort des précédents débats de la Sixième Commission, et ce, dès octobre 2010.

13. Dans ces conditions, si elle se concentrait sur un ensemble limité de questions juridiques essentielles, plutôt que d'aborder la panoplie entière de questions formulées par les États exprimant leurs vues divergentes (ainsi qu'il est mentionné au paragraphe 8 ci-dessus), la Commission semblerait particulièrement bien placée pour aider ceux-ci au moyen de directives ou de conclusions précisant la nature, la portée et les limites de la compétence universelle, ainsi que les garanties procédurales afférentes, afin d'en guider l'application.

14. Premièrement, une analyse juridique de la compétence universelle donnant lieu à un projet de directives ou de conclusions pourrait faciliter les débats de la Sixième Commission sur le sujet. Celui-ci semble mûr pour le développement progressif et la codification, étant donné l'abondance de la pratique étatique, de la jurisprudence et de la doctrine existantes. À cet égard, il y a lieu de faire observer que la CDI a beaucoup travaillé dans le domaine du droit pénal international et, en étroite collaboration avec la Sixième

consacre la « compétence universelle » pour le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la piraterie, le trafic de stupéfiants et le terrorisme.

[1295] Rapport de la Sixième Commission sur les travaux de sa soixante quatrième session, *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/64/452, par. 1 et 2.

[1296] Résolution 64/117 de l'Assemblée générale (15 janvier 2010) ; Résolution 65/33 de l'Assemblée générale (10 janvier 2011) ; Résolution 66/103 de l'Assemblée générale (13 janvier 2012) ; Résolution 67/98 de l'Assemblée générale (14 janvier 2013) ; Résolution 68/117 de l'Assemblée générale (18 décembre 2013) ; Résolution 69/124 de l'Assemblée générale (18 décembre 2014) ; Résolution 70/119 de l'Assemblée générale (18 décembre 2015) ; Résolution 71/149 de l'Assemblée générale (20 décembre 2016) ; Résolution 72/120 de l'Assemblée générale (18 décembre 2017).

[1297] À ce jour, le Groupe des États d'Afrique n'avait pas été convoqué, ni n'avait reçu pareille recommandation. Voir Assembly/AU/Dec.665-689(XXX), Décision sur la Cour pénale internationale, Doc. EX.CL/1068(XXXII), trentième session ordinaire à Addis-Abeba (Éthiopie), 28-29 janvier 2018, par. 5, al. v), p. 2.

Commission, a apporté une contribution importante au développement du domaine[1298]. L'examen du sujet s'inscrirait dans cette tradition qui a permis, entre autres choses, la formulation des principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement rendu par lui en 1950, ainsi que l'élaboration, en 1994, d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale permanente.

15. Deuxièmement, le sujet proposé continue d'être source de tensions aux niveaux bilatéral, régional et international pour tous les États, en particulier lorsque le principe d'universalité peut sembler avoir été appliqué de manière sélective ou arbitraire. La décision prise par l'Union africaine et l'Union européenne de créer, en janvier 2009, un groupe spécial d'experts chargé d'étayer leurs débats sur la question montre que les États ont jugé utile et profitable de s'assurer l'appui d'experts.

16. Troisièmement, comme on le verra plus loin, le sujet satisfait aux critères établis par la Commission pour l'inscription à son programme de travail à long terme.

17. Le programme de travail à long terme de la Commission comporte déjà un sujet connexe intitulé « La compétence extraterritoriale » qui n'a pas encore été mis à l'ordre du jour[1299]. Il n'y a néanmoins pas de chevauchement ou de double emploi entre les deux sujets. Lors de l'élaboration du plan d'étude relatif à la « compétence extraterritoriale », en matière tant pénale que commerciale, la question du principe d'universalité a expressément été envisagée, puis exclue en raison de la nature unique de celui-ci[1300]. Et de fait, l'inscription de la compétence universelle au programme de travail à long terme constituerait un complément à ce sujet.

II. Le sujet satisfait aux critères d'inscription au programme de travail à long terme

18. Pour qu'un sujet puisse être inscrit au programme de travail à long terme de la Commission, il doit être démontré qu'il satisfait aux critères ci-après, établis en 1996 :

1) Il doit correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ;

2) Il doit être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et un développement progressif ;

3) Il doit être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins ;

4) La Commission ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à

[1298] La Commission a beaucoup travaillé dans le domaine du droit pénal international, à commencer par son tout premier projet, à savoir la formulation des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce Tribunal, puis la question d'une juridiction pénale internationale, celle de la définition de l'agression, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954, 1996), le projet de statut pour une juridiction pénale internationale, le crime d'agression, l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), ainsi que les sujets plus récents que sont l' immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les crimes contre l'humanité.

[1299] Voir la proposition du Secrétariat intitulée *La compétence extraterritoriale* (annexe V), http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/french/annexes.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/cod/ (consulté le 10 août 2018).

[1300] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, documents de l'ONU, A/61/10, annexe E (2006) : on lit au paragraphe 16 que la compétence universelle se distingue des autres fondements de compétence en ce qu'elle est normalement invoquée dans le contexte de la protection des intérêts de la communauté internationale et non de ceux de l'État du for, de sorte que ce principe « sortirait du champ » de ce sujet. Il n'est pas sans intérêt de mentionner en passant que la compétence extraterritoriale faisait partie du premier groupe de sujets retenus par la Commission lorsqu'elle a passé en revue, au cours de sa première session, l'examen d'ensemble du droit international auquel avait procédé le Secrétariat. Sur les 25 sujets recommandés pour inscription éventuelle à son programme de travail, la Commission a dressé une liste provisoire qui en contenait 14, au nombre desquels figurait le suivant : « Juridiction pénale en matière d'infractions commises en dehors du territoire national ».

des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale[1301]. Comme on le verra ci-dessous, tous ces critères sont remplis en l'occurrence.

1. L'étude de la compétence pénale universelle correspond aux besoins des États

19. Comme il a déjà été mentionné, la Sixième Commission a débattu la question de la compétence universelle depuis 2009, avec un succès limité. Elle a conclu que « le meilleur moyen d'assurer la légitimité et la crédibilité du recours à la compétence universelle [était] d'exercer celle-ci judicieusement et de manière responsable, conformément au droit international »[1302], ce qui soulève la question de savoir ce qui constitue une application judicieuse et conforme au droit international. Devant l'absence de progrès notables après des années de débats, le recours à un groupe de travail ouvert à tous les États Membres a été évoqué afin de favoriser une analyse plus informelle du sujet, dans l'espoir que cela puisse permettre de réduire au minimum les divergences de vues entre les délégations[1303]. Outre les travaux du groupe de travail, qui ont permis quelques avancées sur la question, mais restent marqués par les mêmes oppositions qui déchirent la Sixième Commission et l'Assemblée générale, il a été décidé que l'étude devrait se faire « sans préjudice de l'examen de cette question et de questions connexes par d'autres instances des Nations Unies »[1304], formule qui avait pour but explicite de permettre à d'autres organes compétents de l'ONU, telle la CDI, de s'attaquer à la question dans la perspective de leurs mandats respectifs.

20. Du point de vue de Sixième Commission, l'étude de ce sujet par la CDI pourrait permettre à l'Assemblée générale de progresser davantage dans la clarification du principe d'universalité en droit international ou, à tout le moins, de certains de ses aspects juridiques. L'intervention de la CDI au stade actuel, au moyen d'une analyse juridique rigoureuse, pourrait faciliter les débats en cours à New York, dans la mesure du possible, et répondre aux préoccupations des États concernant le recours abusif au principe. Elle devrait également favoriser l'élaboration de propositions concrètes ancrées dans la pratique des États, qui pourraient permettre à ces derniers de s'appuyer sur une base juridique plus solide pour négocier un compromis, voire parvenir à un consensus sur le sujet au sein de l'Assemblée générale. La Commission, en tant qu'organe subsidiaire spécialisé, est bien placée pour entreprendre l'analyse juridique de cet important principe de droit international. Son étude permettrait de mettre en œuvre le potentiel que présente le principe pour combler les lacunes qu'accusent les efforts déployés par la communauté internationale pour lutter contre l'impunité en ce qui concerne les crimes internationaux graves, tout en assurant la sécurité juridique indispensable aux États et aux autorités nationales judiciaires et autres.

2. Le sujet est suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à la codification et au développement progressif

21. Indépendamment des doutes qui règnent actuellement parmi les États en ce qui concerne l'étendue de son application, nombre de ceux-ci ont déjà intégré à leur législation une forme de compétence universelle ou quasi universelle découlant de certaines obligations conventionnelles. Nous en voulons pour preuve l'abondance des documents qui ont été fournis au Secrétaire général et des rapports établis à l'intention de l'Assemblée générale par le secrétariat de la Sixième Commission afin de faciliter ses débats sur la compétence universelle. Outre la législation interne et les nombreuses conventions internationales traitant de l'obligation *aut dedere aut judicare*[1305], laquelle présente une certaine connexité sans toutefois correspondre nécessairement à la compétence universelle, certains États prévoient une forme de compétence universelle dans leur droit interne en ce qui concerne certains crimes internationaux graves, même dans le cas où les agissements incriminés se produisent en dehors de leur territoire et ne mettent pas en cause leurs

[1301] *Annuaire …, 1997*, vol. II (2e partie), par. 238.

[1302] Sixième Commission, projet de résolution de l'Assemblée générale, documents de l'ONU, A/C.6/66/L.19, p. 1 (1er novembre 2001).

[1303] Organisation des Nations Unies, *Seventy-Second Session: The scope and application of the principle of universal jurisdiction* (point no 85 de l'ordre du jour), http://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction.shtml (consulté le 10 août 2018).

[1304] Résolution 65/33 de l'Assemblée générale, par. 2 (10 janvier 2011).

[1305] Voir, par exemple, les traités cités à la note 1285.

ressortissants. La pratique des États est suffisante, compte tenu de l'augmentation constante des enquêtes et des poursuites à cet égard, et est assez répandue et élaborée pour permettre le développement progressif et la codification du droit dans ce domaine.

22. La valeur ajoutée qu'aurait l'étude par la CDI ressort clairement au regard de ce qui suit : 1) les longs débats qu'a connus la Sixième Commission sur la compétence universelle entre 2009 et 2017[1306] ; 2) l'abondance de la documentation d'ordre législatif, judiciaire et exécutif soumise par les États, individuellement ou par groupes, faisant état de leur pratique en matière de compétence universelle ; 3) les rapports détaillés que le Secrétaire général a établis pour aider les États à se préparer aux débats de la Sixième Commission sur le sujet[1307] ; 4) les résolutions annuelles de l'Assemblée générale sur la question[1308]. On pourrait s'inquiéter à l'idée que la CDI se saisisse d'un sujet en cours d'examen à la Sixième Commission, mais il convient de faire observer que, au cours des dernières années, les résolutions annuelles de l'Assemblée générale sur la portée et l'application du principe de compétence universelle ont maintes fois souligné que le débat sur la question devait se faire « sans préjudice »[1309] de son examen par d'autres instances de l'Organisation des Nations Unies. Il va de soi que cela vaut pour la CDI, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Bien au contraire, les États de toutes les régions géographiques[1310] ont, en plusieurs occasions au cours des dernières années, fait valoir à différents stades des débats à la Sixième Commission que, en raison du caractère « spécialisé » de la compétence universelle, la CDI serait mieux placée pour apporter les éclaircissements voulus[1311].

1306 Un certain nombre d'États ont abordé le sujet au cours des débats en 2017, notamment : Afrique du Sud, Algérie, Argentine, Australie, Bangladesh, Brésil, Chine, Cuba, El Salvador, Estonie, États-Unis d'Amérique, Inde, Indonésie, Israël, Kenya, Liban, Lesotho, Liechtenstein, Malaisie, Mexique, Nigéria, Norvège, Paraguay, République islamique d'Iran, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Slovénie, Soudan, Syrie, Thaïlande, Trinité-et-Tobago et Venezuela.

1307 Secrétaire général de l'ONU, *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/65/181 (29 juillet 2010) ; Secrétaire général de l'ONU, *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/66/93 (20 juin 2011) ; Secrétaire général de l'ONU, *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/66/93/Add.1 (20 juin 2011) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/67/116 (28 juin 2012) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/68/113 (26 juin 2013) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/69/174 (23 juillet 2014) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/70/136 (14 juillet 2015) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/71/111 (28 juin 2016) ; *Portée et application du principe de compétence universelle*, documents de l'ONU, A/72/112 (22 juin 2017).

1308 Résolution 64/117 de l'Assemblée générale (15 janvier 2010) ; Résolution 65/33 de l'Assemblée générale (10 janvier 2011) ; Résolution 66/103 de l'Assemblée générale (13 janvier 2012) ; Résolution 67/98 de l'Assemblée générale (14 janvier 2013) ; Résolution 68/117 de l'Assemblée générale (18 décembre 2013) ; Résolution 69/124 de l'Assemblée générale (18 décembre 2014) ; Résolution 70/119 de l'Assemblée générale (18 décembre 2015) ; Résolution 71/149 de l'Assemblée générale (20 décembre 2016) ; Résolution 72/120 de l'Assemblée générale (18 décembre 2017).

1309 Id.

1310 Par exemple, au cours des débats de l'Assemblée générale de 2017, des déclarations ont été faites par la Communauté des États d'Amérique latine et des Caraïbes (composée de 33 États d'Amérique latine et des Caraïbes et faisant valoir que, si aucun progrès n'était accompli lors des prochaines réunions du Groupe de travail, il y aurait lieu d'envisager de demander à la Commission d'étudier tout ou partie des éléments de cette question. Pareil examen serait particulièrement utile étant donné que la Commission est actuellement saisie d'un certain nombre de questions liées au principe de compétence universelle), la Communauté des Caraïbes (composée de 14 États et considérant comme judicieuse la possibilité de renvoyer le sujet à la Commission. Puisque celle-ci est en train d'examiner des thèmes liés au principe de compétence universelle, la décision de procéder à un tel renvoi semble également opportune) et différents pays tels que le Nigéria (invitant la Commission à contribuer au débat, étant donné son caractère spécialisé), la Colombie, le Guatemala, le Lichtenstein, le Viet Nam, l'Afrique du Sud et la Thaïlande.

1311 Id.

3. Le sujet est concret et facile à traiter, le Secrétariat ayant déjà recueilli des preuves abondantes de la pratique des États concernant la compétence universelle

23. Le sujet de la compétence universelle est à la fois concret et facile à traiter. La pratique des États est suffisante pour être codifiée et donne lieu à une controverse justifiant la codification et le développement progressif en ce qui concerne la portée de la compétence universelle. Il a déjà été mentionné que, au cours de la période de près de dix ans pendant laquelle la portée et l'application du principe ont été débattues à la Sixième Commission, les éléments de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine susceptibles d'étayer la codification ont été colligés. Il pourrait s'agir d'un cas inédit. Par comparaison avec les maigres réponses qu'elle reçoit des États aux questionnaires qu'elle leur adresse relativement aux sujets qu'elle étudie, la CDI dispose déjà de la matière première qui lui permettrait de faire avancer ses travaux.

24. Le sujet de la compétence universelle est en outre facile à traiter parce que nombre de conventions largement ratifiées par les États obligent déjà ceux-ci à incriminer certains types de comportement et à légiférer pour les assujettir à leur juridiction[1312]. On trouve des décisions de justice intéressantes dans divers pays[1313], ainsi que des textes régionaux et des travaux universitaires sur le sujet. On peut citer, par exemple, la Loi type de l'Union africaine sur la compétence universelle[1314], Principes du Caire et d'Arusha sur la compétence universelle[1315] et les Principes de Princeton sur la compétence universelle[1316]. En outre, même si cela ne signifie pas qu'il faille conclure à l'existence de chevauchements susceptibles d'élargir la portée du sujet, plusieurs autres sujets actuellement ou récemment examinés par la Commission pourraient aider celle-ci à clarifier le principe de compétence universelle.

4. L'étude de la compétence pénale universelle permet à la Commission d'aborder un sujet à la fois traditionnel et moderne

25. L'examen de la compétence universelle à l'époque actuelle, alors que la question de la responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux semble prendre de plus en plus d'importance, au moins depuis les années 1990, donne à la Commission l'occasion d'aborder non seulement les questions qui préoccupent depuis longtemps les États et la communauté internationale dans son ensemble, mais également d'autres qui présentent actuellement un intérêt considérable ainsi qu'une utilité pratique pour les États. Il lui permettrait également de développer certains aspects du sujet traditionnel qu'est la compétence. Il s'agit d'un mélange propice de préoccupations traditionnelles et modernes du droit international. De fait, une telle étude pourrait servir à renforcer le rôle de la Commission dans les domaines où se manifeste l'engagement du droit international en faveur des droits de l'homme. Le droit des victimes d'atrocités criminelles à une forme de justice a déjà été reconnu par les travaux antérieurs sur le projet de code des crimes, ainsi

---

[1312] Voir, à ce propos, les références figurant à la note 1285 (ci-dessus).

[1313] Voir *Polyukhovich* v. *Commonwealth,* [1991] HCA 32 (Australie) ; loi belge de 1993 sur le génocide (révisée en 2003), ayant abouti, en 2002, à l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* ; affaire *Belgique c. Tchad* (2005) ; Loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (2000), ayant conduit à l'affaire *Canada*. c. *Désiré Munyaneza* (2005) ; affaire *Finlande* c. *Bazaramba* (2010) ; article 689 du Code de procédure pénale français ; Volkerstrafgesetzbuch allemand de 2002, appliqué dans l'affaire concernant Ignace Murwanashyaka (2015) ; loi irlandaise de 1861 sur les infractions contre la personne, devenue la loi de 1976 sur le droit pénal (compétence) ; *Procureur général d'Israël c. Eichmann*, affaire pénale nº 40/61 (Cour de district de Jérusalem, 1961) ; *Malaisie c. George W. Bush et consorts* (2001, déclaration de culpabilité par contumace) ; affaire *Hissène Habré* (Sénégal, 2015) ; loi espagnole de 1985 sur l'organisation du pouvoir judiciaire, art. 23.4 ; affaire *Pinochet* (1998) ; *Jones c. Ministère de l'intérieur du Royaume d'Arabie saoudite et consorts* (2006) ; loi sur la répression de l'appui au terrorisme (art. 2040), dirigée contre le Royaume d'Arabie saoudite.

[1314] Loi nationale type de l'Union africaine sur la compétence universelle en matière de crimes internationaux (2012).

[1315] *Africa Legal Aid, Cairo-Arusha Principle on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspectives*, document adopté à la réunion de suivi tenue à Arusha (2002).

[1316] Principes de Princeton sur la compétence universelle, *supra*, note 1274.

que les travaux plus récents sur le projet de statut d'une juridiction internationale permanente et les sujets tels que les crimes contre l'humanité.

III. Portée éventuelle de l'étude et directives ou conclusions devant en découler

26. S'agissant de la portée de l'étude et en conformité avec les délibérations des États à la Sixième Commission, au cours desquels ont déjà été relevées nombre de lacunes d'importance dans le document informel mentionné au paragraphe 8 ci-dessus, il est suggéré que la CDI renonce à tenter d'aborder de manière exhaustive la totalité des questions qui pourraient mériter d'être clarifiées entre les États. Elle devrait plutôt se concentrer sur un nombre limité de préoccupations d'ordre juridique sur lesquelles elle est en mesure, grâce à ses travaux et à ses rapports avec la Sixième Commission, de fournir un complément d'orientations.

27. Premièrement, il paraît important de songer à arrêter une définition générale de la notion de compétence universelle, son rôle et ses objectifs, la classification des « types » de compétence universelle, ainsi que les conditions et les critères pouvant être dégagés de la pratique des États en ce qui concerne son application[1317]. Ainsi, il y a lieu de se demander si l'État du for peut ou tend à subordonner son action à la présence du suspect sur son territoire, s'il convient de distinguer entre les fondements juridiques de l'exercice de la compétence en droit international en fonction de la source (conventionnelle ou coutumière) et si la décision d'engager des poursuites est discrétionnaire et facultative ou si, au contraire, elle est obligatoire et procède d'une compétence liée.

28. Dans un deuxième temps, un rapport subséquent pourrait venir préciser la portée et les limites de la compétence universelle, et éventuellement dresser une liste non exhaustive des crimes qui en relèvent[1318]. Il serait par exemple utile d'examiner si, dans la pratique des États, il existe une compétence universelle pour les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. Parmi les autres questions qui peuvent surgir entre les États et qu'il pourrait donc être utile de traiter, citons le règlement des différends en cas de revendications de compétence concurrentes, situation envisageable lorsque la juridiction est partagée[1319].

29. Enfin, s'agissant de la relation entre le principe d'universalité et d'éventuels recoupements avec les travaux des juridictions internationales, le projet pourrait aussi comprendre l'élaboration d'un ensemble de directives ou de conclusions en vue de prévenir les conflits entre l'exercice de la compétence universelle par les États parties au Statut de Rome et la saisine de la CPI, ainsi que l'exercice de la compétence universelle par tous les États en cas de renvoi par le Conseil de sécurité à la CPI de situations mettant en cause des États non parties ou encore lorsqu'est créé un autre tribunal pénal international. Une étude détaillée devrait contribuer à stabiliser cet aspect relationnel de la question de la compétence universelle au niveau national avec les travaux des tribunaux pénaux internationaux, lorsqu'il pourrait y avoir chevauchement des compétences à l'égard d'un ensemble limité de crimes internationaux. Seraient notamment visés le principe de complémentarité et l'obligation de poursuivre ou d'extrader.

IV. Conclusion

30. Les travaux antérieurs de la Commission ont mis en évidence l'importance que revêt la compétence universelle dans un système de poursuite à deux niveaux sur les plans national et international, dans le contexte du projet de statut pour une juridiction pénale

[1317] Document de travail informel, *supra*, note 1288.

[1318] Compte rendu analytique, soixante-quatrième session, douzième séance, documents de l'ONU, A/C.6/64/SR.12 (29 novembre 2009), par. 21.

[1319] Id., par. 12. La plupart du temps, la coopération s'effectue dans le cadre d'accords bilatéraux entre États. Voir T. R. Salomon, « Mutual legal assistance in criminal matters », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (janvier 2013) ; *Towards a Multilateral Treaty for Mutual Legal Assistance and Extradition for Domestic Prosecution of the Most Serious International Crimes*, initiative de la Belgique qui, au 16 mars 2016, avait reçu l'appui de 49 États membres de l'Assemblée générale des Nations Unies. Compte rendu analytique, soixante-quatrième session, douzième séance, documents de l'ONU, A/C.6/64/SR.12 (29 novembre 2009), par. 12.

internationale de 1994 et du projet de code des crimes de 1996. À cet égard, tant la CDI que, plus récemment, les États à la Sixième Commission, ainsi que d'autres instituts, spécialistes du droit international et publicistes, ont reconnu l'utilité potentielle du rôle que la compétence universelle pouvait jouer dans la poursuite des crimes graves condamnés par le droit international, au profit des perspectives de justice au sein de la communauté internationale, ce qui devrait aider les États à mieux concilier les impératifs de souveraineté et de lutte contre l'impunité[1320]. La possibilité pour de nombreux États de recourir à ce principe, et ce, sur la base de règles plus claires, contribuerait au succès de la répression des crimes en question et pourrait même constituer un facteur de dissuasion.

31. À l'issue du projet, les résultats des travaux pourraient prendre la forme de projets de directive ou de projets de conclusion sur la portée et l'application du principe de compétence universelle en matière pénale. D'autres formes pourraient aussi être envisagées, en fonction des propositions que les États pourraient présenter à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

32. En somme, il est permis de penser que la solution aux difficultés que pose la compétence universelle consiste, du moins en partie, à aider les États à retrouver les principes susceptibles de leur permettre de mieux concilier les impératifs que sont la souveraineté, d'une part, et la lutte contre l'impunité, d'autre part. Il faut nécessairement pour cela délimiter clairement le champ d'application du principe, dans la perspective de la codification du droit international existant, ainsi que de son développement progressif. Les conclusions et les commentaires pris en considération dans le cadre de l'examen de cette question seront également utiles pour les organisations internationales, les juridictions, les universitaires et des praticiens du droit international. La Commission, compte tenu de son mandat unique à cet égard et forte des travaux accomplis et en cours concernant des questions de droit pénal international connexes, est à même d'apporter une contribution précieuse.

[1320] Id., p. 154.

Bibliographie sélective

[*Anglais seulement*]

A. Declarations, draft articles, resolutions, conclusions and recommendations

1943 Joint Four Nation-Declaration, Moscow Conference

1950 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal

1954 International Law Commission Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind

1967 Declaration on Territorial Asylum

1970 Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts

1973 Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity

1974 Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict

1990 Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Turku Declaration)

1996 International Law Commission Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind

2000 ILA London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights offences: Conclusions and recommendations

2001 Institute of International Law Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law

2001 Princeton Principles on Universal Jurisdiction

2002 Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective

2002 London Scheme for Extradition within the Commonwealth, Incorporating the Amendments Agreed at Kingstown in November

2004 International Association of Penal Law resolution on Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle ‘Ne bis in idem’

2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

2005 Institute of International Law Resolution on Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes

2009 Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden (Djibouti Code of conduct)

2009 Institute of International Law Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes

2009 International Association of Penal Law Resolution on Universal Jurisdiction

2009 Recommendations of the Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction

2009-2017, United Nations General Assembly, Resolutions [64/117; 65/33; 67/98; 68/117; 69/124; 70/119; 71/149; 72/120], The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction

B. International Jurisprudence

1) International Court of Justice

Fisheries (U.K. v. Nor.), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Montenegro), Order, 1993 I.C.J. Rep. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Yugoslavia), Judgment, Preliminary Objections, 2006 I.C.J. Rep. 595.

Arrest Warrant (Dem. Rep. Congo v. Belg.), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Order, 1962 I.C.J. Rep. 310.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belg. v Sen.), Order, 2009 I.C.J. Rep. 139.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), Judgment, 1998 I.C.J. Rep. 9.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. Rep. 15.

2) European Court of Human Rights

Al-Adsani v. United Kingdom, App. no. 35763/97, Eur. Ct. H.R. (2001).

Siliadin v. France, App. no. 73316/01, 43 Eur. Ct. H.R. 16 (2005).

Berger v. Germany, App. No. 10731/05, Eur. Ct. H.R. (2009).

Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, 34 Eur. Ct. H.R. 273 (2002).

Soering v. United Kingdom, App. No. 14038/88, Eur. Ct. H.R. (1989).

The Decision on the admissibility by Ely Ould Dah v. France, App. No. 13113/03, Eur. Ct. H.R. (2009).

3) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith Against the Closing Order, Doc. No. D427/2/12, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (Feb. 15, 2011).

Chea v. Kaing, Case File No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, E188 E.C.C.C. 1 (2010).

4) Inter-American Court of Human Rights

Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69, ¶ 1 (Aug. 18, 2000).

Maritza Urrutia v. Guatemala, Merits, Reparation, Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Nov. 27, 2003).

5) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Prosecutor v Delalić, Case No. IT-96-21-A (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 20, 2001).

Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 2, 2001).

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).

Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Case No. IT-94-1 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 10, 1995).

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 22, 2001).

6) International Criminal Tribunal for Rwanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 02, 1998).

7) Special Court for Sierra Leone

Prosecutor v. Taylor, Case SCSL-2003-01-I (Special Ct. for Sierra Leone May 31, 2004).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Case SCSL-04-14-ES-836 (Special Ct. for Sierra Leone Aug. 11, 2014).

8) Permanent Court of International Justice

The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10.

C. International Organizations

African Union, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII).

African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, Doc. EX.CL/73l(XXI)c, art. 8.

Commission of Inquiry on Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, UN SCOR, UN Doc. S/2005/60, § 614 (Jan. 25, 2005).

Human Rights Committee, "General Comment no. 20 (Article 7)," UN Doc A/47/40, 193 (Mar. 10, 1992).

Int'l Law Comm'n, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, Rep. of the Comm'n to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, U.N. Doc A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2) at 17-56 (1996).

Int'l Law Comm'n, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, adopted U.N. Doc. A/69/10, ¶ 65 (2014).

International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, prepared by the Committee on International Human Rights Law and Practice, submitted to London Conference (2000).

Justitia Et Pace Institut De Droit International, *Resolution on Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes* http://www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/res_iil_en_universal_civil_jurisdiction.pdf.

Rep. of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/65/181 (2010).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/66/93/Add.1 (2011).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/67/116 (2012).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/68/113 (2013).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/69/174 (2014).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/70/125 (2015).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/71/111 (2016).

Resolutions of The Congresses Of The International Association Of Penal Law, *Eighteenth International Congress of Penal Law (Istanbul, 20 - 27 September 2009)*, http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf (last visited July 16, 2017).

The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, EU Doc. 8672/1/09 Rev. 1 (Apr. 16, 2009).

D. Academic Literature

Abad Castelo, A., "The End of Universal Jurisdiction in Spain?", 18 *SYbIL* 223-230 (2013-2014).

Abass A., "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction," 6 *International Criminal Law Review* (2006).

Addis A., "Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction," 31 *Human Rights Quarterly* 129, (2009).

Aghenitei M. and Boboc L., "Universal Jurisdiction and Concurrent Criminal Jurisdiction," Vol. I (1) *Union of Jurists of Romania Law Review*, (Jan./Mar. 2011).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2013).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford University Press, 2014).

Ankumah E. A., *The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective*, 98 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 238 (*Mar. 31-Apr. 3, 2004).

Armand L. C. De Mestral, Extraterritorial Application of Export Control Legislation: Canada and the U. S. A. (Canadian Council on International Law Research Study), 19 (1st Ed. 1990).

Arp B., "Universal Jurisdiction to Enforce," *The American Journal of International Law,* Vol 110 (2016).

Ascensio H., "Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals," 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003).

Bailleux, A., "L'histoire De La Loi Belge De Compétence Universelle. Une Valse à Trois Temps: Ouverture, Étroitesse, Modestie," 59(1) *Droit Et Société* 107, (2005).

Bassiouni M. C., "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", 42 *Va. J. Int'l L*. 81 (2011).

Bassiouni M.C. and Wise E, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law,* (M Nijhoff, 1995).

Bassiouni M.C., “Post-Conflict Justice” (Transnational Publishers, New York, 2002).

Bekou O. and Cryer R. “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?”, *ICLQ* Vol 56, 49- 68, (Jan. 2007).

Ben-Ari R., “Universal Jurisdiction: Chronicle of a Death Foretold?”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 43:2, (2014-2015).

Benavides L., “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope,” 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, L. Rev.* 22 (2001).

Blakesley C.L., ‘Extraterritorial Jurisdiction,’ in M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Law, vol. 2, *Transnational Publishers Inc.*, 36, (1999).

Bollo Arocena, M.D., "The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain," 18 *SYbIL* 239-247 (2013-2014).

Bottini G, “Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court,” 36 *International Law and Politics*, (2004).

Brandes R., “Who’s Afraid of Universal Jurisdiction? The Fujimori Case,” *SW Journal of International Law,* Vol 123, (2008-2009).

Broomhall B., “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law,” 35 *New England Law Review*, 399, (2001).

Caflisch, L., “Immunité De Juridiction Et Respect Des Droits De L'homme,” in *International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi Saab,* (2001).

Cassese A., “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction,” 1 J. Int'l Crim. Just. 589 (2003).

Cassesse A., Cassese's International Criminal Law, (A. Cassese et al. eds., OUP Oxford, 3d ed. 2008).

Chinchón Alvarez, J., "The Reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?", 18 *SYbIL* 231-237 (2013-2014).

Coppens, P., “Du Droit De Punir: Humanite? A Propos De La Competence Universelle,” 35(3) *Revue Generale De Droit* 403, (2005).

Corredor Carvajal, I., “Analyse De La Compétence Juridictionnelle à Partir De La Première Décision De La Cour Africaine Des Droits De l’Homme Et Des Peuples: l’Affaire Hissène Habré,” 5 *ACDI: Anuario Colombiano De Derecho Internacional* 59, (2012).

Cosnard, M., “Chapitre XVI. La Compétence Universelle En Matière Pénale,” in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (2006).

Cot, J., “Eloge De L’indécision : La Cour Et La compétence Universelle,” 35(1/2) *Revue Belge De Droit International* 546, (2002).

Cottim, A., *Terrorismo No Mar De Um Mundo Globalizado*, (2008).

Cryer R, *An Introduction To International Criminal Law And Procedure* (Cambridge University Press 2014).

Dube A., “The AU Model Law on Universal Jurisdiction: An African Response to Western Prosecutions Based on the Universality Principle,” *Potchefstroom Electronic Law Journal* (18)3, 457, (2015).

Dumas, H., “Rwanda : Comment Juger Un Génocide?”, 4 *Politique Étrangère* 39, (2015).

Duţu, M., “Vespasian V. Pella - Românul Științei Juridice Universale,” 5 *Pandectele Romane* 231, (2017).

Elst R.V, “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Convention,” 13 *Leiden Journal of International Law* 815, (2000).

Escobar Hernández, C., "Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?", 18 *SYbIL* 255-265 (2013-2014).

Garcia Arán, M., López Garrido, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

Hall C, "Universal Jurisdiction: Developing and Implementing an Effective Global Strategy," in Kaleck W. et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2007).

Hans M., "Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish This Goal?", 15 *Transnat'l Law* (2002), 357.

Hesenov R., "Universal Jurisdiction for International Crimes- A Case Study," *European Journal of Criminal Policy,* Vol 19 (2013).

Hitimana, C., "Les Rapports Entre Le Droit Pénal National Et Le Droit Pénal International Dans La Prévention Et La Répression Des Infractions Internationales," (Université D'Ottawa /University of Ottawa, 2004).

Hoover D.V., "Universal Jurisdiction not so Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court," (2011) *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*. Paper 52, http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/52.

Implementing the principle of universal jurisdiction in France, https://www.fidh.org/IMG/pdf/universal_juris.pdf (last visited Jul. 16, 2017).

Inazumi M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law,* School of Human Rights Research.

Jalloh C.C., "Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction," *University of Pittsburgh, Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2009-38, (Mar. 2010).

Kaleck W., "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008," 30 *Michigan Journal of International Law* 927, (2009).

Kamminga M.T., "Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences," 23 *Human Rights Quarterly* 940, (2001).

Kissinger H., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny," 80 *Foreign Affairs* 86, (July-Aug. 2001).

Konstantopoulou, Z., "Universal Jurisdiction," 3 *Revue Internationale De Droit Pénal* 487, (2010).

Kontorovich E., "The Inefficiency of Universal Jurisdiction," *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2007-13, (July 2007).

Lafontaine, F., and Bousquet, F., "Défendre Un Accusé Pendant Un Procès Pour Génocide, Crimes Contre L'humanité Et Crimes De Guerre Au Canada : Mission Impossible?", 22(2) *Canadian Criminal Law Review* 159, (2017).

Lagerwall, A., "Que Reste-t-Il De La Compétence Universelle Au Regard De Certaines Évolutions Législatives Récentes ?", 55(1) *Annuaire Français De Droit International* 743, (2009).

Langer M., "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes," 4-6. https://www.researchgate.net/ publication/228162248.

Liu, J., "Issues of Universal Jurisdiction in Comtemporary International Relations." 6(286) *Shèhui Kexué Journal of Social Sciences* 34, (2004).

Lundborg, I., "Att Ställa Den Skyddsbehövande Inför Rätta: Om De Rättsliga Förutsättningarna För Att Förhindra Skyddslöshet Vid Tillämpningen Av

Flyktingkonventionens Uteslutandeklausuler Och Samtidigt Motverka Straffrihet För De Grova Folkrättsbrott Som Faller under Klausulernas Artikel 1F(a),” (2010).

Macedo S., *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf (last visited July 16, 2017).

Márquez Carrasco, C. y Martín Martínez, M. "El Principio de Jurisdicción Universal en el Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente y Futuro," XI *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 251-303, 2011.

May L., “Crimes against Humanity: A Normative Account” (Cambridge University Press, 2000).

Morgan A. L., “U.S. Officials' Vulnerability to "Global Justice": Will Universal Jurisdiction over War Crimes Make Traveling for Pleasure Less Pleasurable?”, 57 *Hastings L.J.* 423, 425 (2005).

Morris M.H., “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks,” 35 *New Eng. Rev.* 337, (2001).

Morris-Sharma N.Y., “The ILC’s Draft Articles before the 69th Session of the UNGA: A Reawakening?”, *Asian Journal of International Law,* 2, (2015).

Odila Conceição Silva Donda, E., “O Princípio Da Jursidição Universal Dos Direitos Humanos e o Alcance Da Paz e Segurança Internacional,” 29 *Derecho y Cambio Social*, (2012).

O’Keefe R., “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept,” *Journal of International Criminal Justice,* 2(3) 735, (2004).

O’Keefe R., “The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction*,” Journal of International Criminal Justic*e 7 811, (2009).

Ondo, T., “La compétence Universelle En Afrique: Essai D'analyse,” 88(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 53, (2011).

O’Sullivan A. *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: The Debate and the Battle for Hegemony* (Routledge 2017).

Orentlicher, D. F., “Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles,” 92 *Georgetown Law Journal* 1057, (2004).

Orihuela Calatayud, E., “La Jurisdicción Universal en España," *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia* (2016).

Pasculli M., “Universal Jurisdiction between Unity and Fragmentation of International Criminal Law,” Issue 1 *Rivista di Criminologia*, (Apr. 2011).

Perez Cepeda, A.I., *El Principio de Jurisdicción Universal: Fundamentos y Limites* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).

Pérez González, C., "Some Comments on Article 24 (4) (M) of Spain's Organic Law of the Judiciary: Universal Jurisdiction Over Trafficking in Human Beings Offences?", 18 *SYbIL* 249-254 (2013-2014).

Peyró Llopis, A., “Le Sahara Occidental Face à La compétence Universelle En Espagne,” 43 (1) *Revue Belge De Droit International* 61, (2010).

Pigrau Solé, A., *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España. La Persecución del Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra La Humanidad por los Tribunales Nacionales* (Barcelona, 2009).

Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (2001), available at http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.

Randall K. C., *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 785, 794-95 (1988).

Reydams L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford University Press, 2003).

Rezai Shaghaji, D., “L'exercice De La Compétence Universelle Absolue à L'encontre Des Crimes Graves De Droit International, Afin De Protéger Les Intérêts Généraux De La Communauté Internationale Dans Son Ensemble,” 93(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 30, (2016).

Ríos Rodríguez, J., “La Restriction De La compétence Universelle Des Juridictions Nationales : Les Exemples Belge Et Espagnol,” 114(3) *Revue générale De Droit International Public* 563, (2010).

Roht-Arriaza N., *Guatemala Genocide Case*, 100 Am. J. Int'l L. 207 (2006).

Ryngaert C, “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship?”, New Criminal Law Review, Vol. 12, Number 4.

Ryngaert C., “Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle,” *Criminal Law Forum* 19 153, (2008).

Ryngaert C., *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2015).

Ryngaert C., *Universal Jurisdiction over Violations of International Humanitarian Law in Germany* (2008).

Safarov, N. A., “Presledovanie Mezhdunarodnykh Prestuplenii: Universal'naia Iurisdiktsiia Protiv Diplomaticheskogo Immuniteta,” 9 *Gosudarstvo i Pravo* 81, (2011).

Safarov, N. A., “Universal'naia Iurisdiktsiia v Mekhanizme Presledovaniia Mezhdunarodnykh Prestuplenii,” 4(60) *Moskovskii Zhurnal Mezhdunarodnogo Prava* 190, (2005).

Sánchez Legido, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

Sánchez Legido, A.: "El Fin del Modelo Español de Jurisdicción Universal," 27 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2014).

Savadogo, R.O., et al., “Les Chambres Africaines Extraordinaires Au Sein Des Tribunaux Sénégalais,” 45(1) *Études Internationales*, 105, (2014).

Schabas W. A., “The International Criminal Court" (Oxford University Press, 2010).

Schabas W. A., “The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone” (Cambridge University Press, 2006).

Scharf M.P., “Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States,” 35 *New Eng. L. Rev.* 363, (2001).

Schiff B., *Building the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2008).

Sharpe D. N., *Prosecutions, Development, and Justice: The Trial of Hissein Habre*, 16 Harv. Hum. Rts. J. 147 (2003).

Simbeye Y., *Immunity and International Criminal Law* (Ashgate 2004).

Stahn C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015).

Vallejo Peña, C., *El Estado de la Jurisdicción Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

Van der Wilt H., “Universal Jurisdiction under Attack: An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States,” *Journal of International Criminal Justice* 9(5) 1043, (2011).

Vincent, P., “L’Arret Yerodia de la Cour Internationale de Justice Et Les Avatars De La Loi Belge De Compétence Universelle,” 3 *Revue de la Faculté de Droit de l’Université de Liège* 379, (2004).

Watio, R.T., “Quelques Réflexions sur les Lois du 12 Février 2007 Portant Modification du Code Pénal Sénégalais et Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Pénale Internationale,” 15(1)

African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain De Droit International Online 285, (2007).

Weiss P, “The Future of Universal Jurisdiction,” in Wolfgang Kaleck et al. (eds.), International Prosecution of Human Rights Crimes (2007).

Werle G, *Principles of International Criminal Law* (3rd edn, 2014).

Xavier P., “The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the two Principles Intermesh?”, 88 *International Review of the Red Cross* 375, 378 (2006).

B. L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international

M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^me^ Patrícia Galvão Teles, M^me^ Nilüfer Oral et M. Juan José Ruda Santolaria

I. Introduction

1. L'élévation du niveau de la mer est devenue ces dernières années un sujet d'importance croissante pour une partie importante de la communauté internationale : pas moins de 70 États, soit plus du tiers de la communauté internationale, sont ou risquent d'être directement touchés. En effet, comme on le sait, ce phénomène a déjà une incidence grandissante sur de nombreux aspects essentiels de la vie pour les régions côtières, pour les États côtiers de faible élévation et les petits États insulaires en développement et, en particulier, pour leurs populations. Par ailleurs, un nombre assez important d'États sont susceptibles d'en subir les effets indirects (en raison par exemple des déplacements de population ou de l'accès restreint aux ressources). L'élévation du niveau de la mer est devenue un phénomène mondial et soulève de ce fait des problèmes à l'échelle planétaire qui ont des répercussions sur la communauté internationale dans son ensemble.

2. En 2015, au paragraphe 14 du Programme de développement durable à l'horizon 2030, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu que « [l]es changements climatiques représentent l'un des plus grands défis de notre temps et leurs incidences risquent d'empêcher certains pays de parvenir au développement durable. L'élévation des températures à l'échelle mondiale et du *niveau de la mer*, l'acidification des océans et d'autres effets des changements climatiques ont de graves répercussions sur les zones côtières et les pays côtiers de basse altitude, y compris nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement. C'est la survie de bien des sociétés qui est en jeu ainsi que celle des systèmes biologiques dont la planète a besoin »[1321].

3. Ainsi, l'élévation du niveau de la mer compte parmi les nombreux effets des changements climatiques. Et selon des études et des rapports scientifiques tels que le cinquième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, on s'attend à ce que ce phénomène s'accélère à l'avenir[1322]. En conséquence, l'inondation risque de rendre les régions côtières de faible élévation et les îles de moins en moins habitables, voire inhabitables, entraînant leur dépeuplement partiel ou total.

4. Ces conséquences factuelles de l'élévation du niveau de la mer soulèvent un certain nombre d'importantes questions ressortissant au droit international. Par exemple, quelles sont les conséquences juridiques de l'inondation des régions côtières de faible élévation et des îles sur les lignes de base et les espaces maritimes qu'elles déterminent, et sur la délimitation de ces espaces, que ce soit par voie d'accord ou en justice ? Quels sont ses effets sur les droits des États en ce qui concerne ces espaces maritimes ? Quelle est, en droit international, la situation de l'État dont le territoire et la population disparaissent ? De quelle protection les personnes directement touchées par l'élévation du niveau de la mer bénéficient-elles au titre du droit international ?

5. Ces questions devraient être examinées par le biais d'une analyse approfondie du droit international en vigueur, y compris le droit international conventionnel et le droit coutumier, conformément au mandat de la Commission du droit international, à savoir le développement progressif du droit international et sa codification. Cet examen pourrait contribuer aux efforts déployés par la communauté internationale pour déterminer la mesure dans laquelle le droit international actuel est en mesure de répondre aux questions

[1321] A/RES/70/1. Non souligné dans l'original.

[1322] Dans son cinquième rapport d'évaluation, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat estime que l'élévation moyenne du niveau de la mer à l'échelle mondiale serait de 26 à 98 centimètres d'ici à 2100 : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*, contribution du Groupe de travail I au cinquième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2013, p. 25.

suscitées par l'élévation du niveau de la mer et s'il y a lieu pour les États d'élaborer des solutions pratiques à leur égard.

6. Le sujet a suscité un intérêt et un appui considérables auprès des États. Au cours de la soixante-douzième session session de l'Assemblée générale des Nations Unies, 15 délégations à la Sixième Commission ont demandé son inclusion dans le programme de travail de la Commission[1323], tandis que 9 autres ont mentionné, dans leur déclaration nationale, l'importance du problème[1324]. En outre, au cours d'une réunion informelle tenue le 26 octobre 2017 à New York, à la Mission permanente de la Roumanie, les 35 États participants se sont déclarés favorables à l'examen de cette question par la Commission.

7. En outre, le Gouvernement des États fédérés de Micronésie a présenté une proposition datée du 31 janvier 2018 en vue de l'inclusion au programme de travail à long terme de la Commission du droit international d'un sujet intitulé « Incidences juridiques de l'élévation du niveau de la mer »[1325], dont il a été tenu compte dans l'élaboration du présent plan d'étude.

II. Références antérieures au sujet dans les travaux de la Commission du droit International

8. Le sujet a été évoqué dans le quatrième rapport sur la *Protection de l'atmosphère* (par. 66 et 67), examiné lors de la soixante-neuvième session de la Commission (2017). À l'issue des débats qui ont alors eu lieu, cette dernière a décidé, relativement à ce sujet, d'adopter provisoirement, entre autres, un paragraphe du préambule[1326] et un autre paragraphe[1327] où il est fait mention de l'élévation du niveau de la mer. À cette occasion, plusieurs membres de la Commission ont proposé que la question de l'élévation du niveau de la mer soit traitée d'une manière plus globale et à titre prioritaire, en tant que sujet distinct.

9. En ce qui concerne le sujet de la *Protection des personnes en cas de catastrophe*, dont la Commission a achevé l'étude en 2016[1328], le commentaire indique que le projet d'articles est considéré comme applicable à différents types de « catastrophes »[1329], notamment les « événements progressifs (comme une sécheresse ou une *élévation du*

[1323] L'Indonésie, la Micronésie, le Pérou, la Roumanie, les Tonga et les petits États insulaires en développement du Pacifique (Fidji, Îles Marshall, Îles Salomon, Kiribati, Micronésie, Nauru, Palaos, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Tonga, Tuvalu et Vanuatu). Voir http://statements.unmeetings.org/media2/16154559/marshall-islands-on-behalf-of-pacific-small-island-developing-states-.pdf.

[1324] Autriche, Chili, Inde, Israël, Malaisie, Nouvelle-Zélande, République de Corée, Singapour et Sri Lanka.

[1325] Voir le document ILC(LXX)LT/INFORMAL/1 du 31 janvier 2018.

[1326] « *Conscients également, surtout, de la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer* ». Voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (2017), document A/72/10, http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/72/10&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2017/&Lang=F, p. 160.

[1327] « *3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Parmi ces groupes figurent,* inter alia, *les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer* ». Voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session (2017), document A/72/10, http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/72/10&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2017/&Lang=F, p. 163.

[1328] Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-huitième session (2016) et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/71/10), par. 48. Le rapport sera reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2016*, vol. II (2e partie).

[1329] Aux termes de l'alinéa a) du projet d'article 3, « [p]ar "catastrophe" on entend un événement ou une série d'événements calamiteux provoquant des pertes massives en vies humaines, de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë, des déplacements massifs de population, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ».

niveau de la mer) et [les] événements de moindre ampleur mais fréquents (comme les inondations ou les glissements de terrain) »[1330].

III. Examen de la question par d'autres organes

10. Le sujet de l'élévation du niveau de la mer a d'abord été examiné par le comité de l'Association de droit international (ADI) chargé de la question des lignes de base en droit international de la mer, dont le rapport final a été examiné à la Conférence de Sofia (2012)[1331]. Le rapport précisait que la question de la perte sensible de territoire résultant de l'élévation du niveau de la mer débordait le cadre des lignes de base et du droit de la mer, et mettait en jeu différents domaines du droit international.

11. En conséquence, l'ADI a créé en 2012 un nouveau comité chargé de la question de l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, qui a décidé d'orienter ses travaux suivant trois grands axes : droit de la mer, migrations forcées et droits de l'homme, et questions liées à la survivance de l'État et à la sécurité internationale. Il a présenté, à la Conférence de Johannesburg en 2016, un rapport provisoire[1332] qui portait principalement sur les questions liées, d'une part, au droit de la mer et, de l'autre, aux migrations et aux droits de l'homme. Un autre rapport a été examiné à la Conférence de Sydney, ce qui a mis fin aux travaux du Comité sur les questions relatives au droit de la mer[1333]. Le rapport de 2018 énonçait en outre 12 principes assortis de commentaires et formant une déclaration de principes sur la protection des personnes déplacées en raison de l'élévation du niveau de la mer. On s'attend à ce que le mandat du Comité soit prorogé pour qu'il puisse poursuivre l'étude de la question de la survivance de l'État et d'autres questions connexes en droit international.

IV. Conséquences de l'élévation du niveau de la mer

12. Comme il a déjà été mentionné, l'élévation du niveau de la mer provoque l'inondation des régions côtières de faible élévation et des îles, ce qui a des conséquences dans trois domaines principaux : a) droit de la mer ; b) survivance de l'État ; c) protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer.

13. Ces trois thèmes traduisent les conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer du point de vue des éléments constitutifs de l'État (territoire, population et autorité politique) ; ils sont donc liés entre eux et devraient être examinés ensemble.

V. Étendue du sujet et questions à examiner

14. Le sujet est limité aux conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer. Sont exclus la protection de l'environnement, les changements climatiques en soi, ainsi que

---

[1330] Par. 4 du commentaire du projet d'article 3 [Non souligné dans l'original].

[1331] Voir le rapport final du International Law Association Commitee on Baselines under the International Law of the Sea (2012), Conférence de Sofia, p. 30, consultable à l'adresse http://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-1-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf. Selon ce rapport, le droit existant relatif aux lignes de bases normales s'applique en cas de modification sensible de la côte attribuable à la diminution ou à l'accroissement du territoire. L'État côtier peut recourir à des moyens matériels pour protéger et préserver son territoire, mais il ne peut pour cela invoquer la fiction d'une ligne formelle qui ne correspond plus à la laisse de basse mer réelle.

[1332] Voir Interim Report of the ILA Committee on International Law and Sea Level Rise (2016), Conférence de Johannesburg, consultable à l'adresse http://www.ila-hq.org/index.php/committees.

[1333] Voir Draft Report of the ILA Committee on International Law and Sea Level Rise (2018), Conférence de Sidney, p. 19, disponible à l'adresse http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf. Le Comité a recommandé que l'ADI adopte une résolution énonçant deux propositions « *de lege ferenda* » : 1) que les États acceptent que, une fois qu'elles ont été établies conformément aux prescriptions détaillées de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, les lignes de base et les limites extérieures des espaces maritimes des États côtiers ou archipélagiques ne sauraient être remises en question par la modification géographique de la côte en raison du changement du niveau de la mer ; 2) que, dans l'intérêt de la sécurité et de la stabilité juridiques, les effets de l'élévation du niveau de la mer sur les frontières maritimes, qu'ils aient ou non été envisagés par les parties au moment des négociations, ne devraient pas être considérés comme un changement fondamental de circonstances.

la recherche de la responsabilité de ces phénomènes. Il ne s'agit pas de dresser un inventaire complet et exhaustif de l'application du droit international aux questions soulevées par l'élévation du niveau de la mer, mais plutôt de définir certaines questions principales. Les trois domaines à examiner devraient être analysés dans le contexte de l'élévation du niveau de la mer indépendamment d'autres facteurs susceptibles d'entraîner des conséquences semblables. Il y a lieu, dans la mesure du possible, de s'employer à bien distinguer les conséquences liées à l'élévation du niveau de la mer des autres facteurs. Il n'est pas question de proposer des modifications au droit international en vigueur, notamment à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. D'autres questions pourraient se poser ultérieurement qui exigeraient un travail d'analyse. Compte tenu des considérations exposées ci-dessus, la Commission pourrait aborder les questions ci-après en ce qui concerne les conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer.

15. **Questions relatives au droit de la mer** :

i) Conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les lignes de base ainsi que les limites extérieures des espaces maritimes qu'elles servent à mesurer ;

ii) Conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur la délimitation maritime ;

iii) Conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les îles du point de vue de leur inclusion dans l'établissement des lignes de bases et la délimitation maritime ;

iv) Conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur l'exercice des droits souverains et de la juridiction, pour l'État côtier et ses ressortissants, dans les espaces maritimes qui ont été délimités à partir des lignes de base établies, notamment en ce qui concerne les activités d'exploration, d'exploitation et de conservation visant les ressources qui s'y trouvent, ainsi que sur les droits des États tiers et de leurs ressortissants (par exemple, droit de passage inoffensif, liberté de navigation, droits de pêche) ;

v) Conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les îles, y compris les rochers, et sur les droits en mer des États côtiers comportant des franges d'îles ;

vi) Situation juridique des îles artificielles ainsi que des travaux d'assèchement et de renforcement et autres mesures d'adaptation qui y sont entrepris au titre du droit international en réponse à l'élévation du niveau de la mer.

16. **Questions liées à la survivance de l'État** :

i) Analyse des conséquences juridiques éventuelles sur la survivance ou la disparition de l'État insulaire qui est entièrement recouvert par la mer ou devient inhabitable ;

ii) Valeur juridique du renforcement des îles au moyens de digues ou de la construction d'îles artificielles comme moyen d'assurer la survie de l'État insulaire contre le risque que son territoire soit complètement submergé ou devienne inhabitable ;

iii) Analyse de la fiction permettant de soutenir que, en raison de la permanence des lignes de base et des frontières établies par les traités, les décisions judiciaires et les sentences arbitrales, l'État insulaire continuerait d'exister relativement au territoire maritime correspondant au territoire terrestre qui relevait de sa souveraineté avant d'être complètement recouvert par la mer ou de devenir inhabitable ;

iv) Analyse des conséquences juridiques éventuelles du transfert − avec ou sans transfert de souveraineté − d'une bande ou d'une partie du territoire d'un État tiers en faveur de l'État insulaire dont le territoire terrestre risque d'être complètement submergé ou de devenir inhabitable, dans le but de préserver son existence ou une forme quelconque de personnalité juridique internationale ;

v) Analyse des conséquences juridiques éventuelles de la fusion avec un autre État de l'État insulaire en développement dont le territoire risque d'être complètement

submergé ou de devenir inhabitable, ou de la création entre eux d'une fédération ou d'une association, afin de conserver à l'État insulaire son existence ou une forme quelconque de personnalité juridique internationale.

17. **Questions liées à la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer** :

i) Mesure dans laquelle les conséquences liées à l'élévation du niveau de la mer sont visées par le devoir qu'a l'État de protéger les droits fondamentaux de ses ressortissants ;

ii) Application du principe de coopération internationale afin d'aider les États à faire face aux effets préjudiciables de l'élévation du niveau de la mer sur leur population ;

iii) Existence de principes de droit international applicables aux mesures à prendre par les États pour aider leur population à rester sur place en dépit de l'élévation du niveau de la mer ;

iv) Existence de principes de droit international applicables à l'évacuation, à la réinstallation et à la migration des personnes touchées par les effets préjudiciables de l'élévation du niveau de la mer ;

v) Principes éventuellement applicables à la protection des droits fondamentaux des personnes déplacées à l'intérieur du pays ou qui migrent en raison des effets préjudiciables de l'élévation du niveau de la mer.

VI. Méthode de travail de la Commission sur ce sujet

18. La création d'un groupe d'étude permettrait de recenser les questions juridiques soulevées par l'élévation du niveau de la mer et les questions connexes. Le groupe d'étude serait chargé d'analyser le droit international en vigueur, y compris le droit international conventionnel et le droit coutumier, conformément au mandat de la Commission du droit international, à savoir le développement progressif du droit international et sa codification. Cet examen pourrait contribuer aux efforts déployés par la communauté internationale pour faire face à ces questions et aider les États à élaborer des solutions pratiques à leur égard.

19. Les travaux du groupe d'étude auraient pour point de départ des articles portant sur les différentes questions soulevées par le sujet, notamment en ce qui concerne : a) le droit de la mer ; b) la survivance de l'État : et c) la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer. Cette façon de procéder comporterait suffisamment de souplesse et permettrait d'associer activement les membres de la Commission aux travaux sur le sujet. On se souviendra que la Commission a utilisé cette méthode avec succès dans le passé, par exemple dans le cas de l'étude de la fragmentation du droit international (2002-2006)[1334].

20. Les travaux du groupe d'étude tiendraient compte, suivant une démarche intégrée et systématique, de la pratique des États, des traités et autres textes internationaux, de la jurisprudence des juridictions internationales et nationales, ainsi que des études réalisées par les spécialistes.

VII. Le sujet satisfait aux critères de sélection des nouveaux sujets

21. Au moment de choisir de nouveaux sujets à inscrire à son programme de travail, la Commission s'inspire des critères convenus à sa cinquantième session (1998)[1335], à savoir : a) le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; b) il devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à la codification et au développement progressif ; c) il devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins ;

[1334] D'autres sujets ont suivi : les traités dans le temps (2009-2012) et la clause de la nation la plus favorisée (2009-2015).

[1335] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, A/53/10 (1998), chap. X (C), par. 553. Voir également Rapport de la Commission du droit international, soixante-neuvième session, A/72/10 (2017), chap. III (C), par. 32.

d) la Commission ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale.

22. *Premièrement,* le sujet « **L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international** » correspond aux besoins des États : plus d'un tiers des États existants de la communauté internationale risquent d'être directement touchés par l'élévation du niveau de la mer et sont très intéressés par cette question. Il pourrait en outre avoir des conséquences plus larges pour la communauté internationale dans son ensemble, étant donné qu'un nombre important d'États pourraient être par ailleurs indirectement touchés par l'élévation du niveau de la mer (par exemple, en raison des déplacements de population et de l'accès restreint aux ressources). L'élévation du niveau de la mer est devenue un phénomène mondial et soulève de ce fait des problèmes à l'échelle planétaire qui ont des répercussions sur la communauté internationale dans son ensemble. Cet intérêt est partagé par divers États situés dans des régions géographiques très différentes, y compris des États sans littoral, ce qui montre l'ampleur de l'intérêt des États.

23. *Deuxièmement,* il existe une pratique naissante des États, notamment en ce qui concerne les questions relevant du droit de la mer (par exemple : permanence des lignes de base, construction d'îles artificielles, ouvrages de renforcement des côtes) et de la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer (par exemple : réinstallation des communautés locales à l'intérieur ou à l'extérieur du pays et création de catégories de visas humanitaires). On observe par ailleurs une pratique à considérer en ce qui concerne, entre autres, les gouvernements en exil, à titre d'exemples de la survivance de l'État en l'absence d'autorité sur le territoire. Les conséquences de l'élévation du niveau de la mer, qu'on peut considérer comme portant atteinte à l'existence même d'un certain nombre d'États concernés et, en tout état de cause, aux attributs essentiels de l'État, soit le territoire, la population et l'autorité politique, ainsi qu'à la jouissance des ressources essentielles pour la prospérité de ces pays, exigent qu'il soit procédé d'urgence à leur analyse sur le plan juridique.

24. C'est pourquoi, *troisièmement,* le sujet devrait être facile à traiter car les travaux du groupe d'étude permettront de définir les domaines mûrs pour la codification et le développement progressif du droit international, ainsi que les lacunes à cet égard. Dans le même temps, les aspects à examiner sont très concrets, ainsi qu'il ressort des sections IV et V ci-dessus.

25. *Quatrièmement,* il ne fait aucun doute que le sujet, à la lumière des arguments présentés, traduit des tendances nouvelles du droit international et des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale.

VIII. Conclusion

26. Les travaux aboutiraient à un rapport final du groupe d'étude sur « **L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international** », accompagné d'un ensemble de conclusions en découlant. Après la présentation du rapport final du groupe d'étude, il y aurait lieu d'examiner la manière de poursuivre le développement du sujet, en tout ou en partie, au sein de la Commission ou d'autres instances.

Bibliographie

[*Anglais seulement*]

Books and articles

Gómez, Mariano J. Aznar. "El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático. " *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 26 (2013): 2-23 / "The State Without Territory: The Disappearance of the Territory due to Climate Change, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 6* (2013).

Baldacchino, Godfrey, and David Milne. *The case for non-sovereignty*. Routledge, 2009.

Bergmann, Nina. *Versinkende Inselstaaten: Auswirkungen des Klimawandels auf die Staatlichkeit kleiner Inselstaaten*. Duncker & Humblot, 2016.

Bird, E., and V. Prescott. "Rising global sea levels and national maritime claims." *Marine Policy Reports* 1, no. 3 (1989).

Blake, Gerald H., ed. *Maritime Boundaries: World Boundaries*. Vol. 5. Routledge, 2002.

Bowett, Derek William. "The legal regime of islands in international law." Oceana Publications, (1979).

Boyle, Alan, "Climate Change, Ocean Governance and UNCLOS", In *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty. By Jill Barrett and Richard Barnes* (eds). British Institute of International and Comparative Law, 2016 (2016): 225-231.

Caron, David D. "When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level." *Ecology LQ* 17 (1990): 621.

Caron, David D. "Climate change, sea level rise and the coming uncertainty in oceanic boundaries: a proposal to avoid conflict." In *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, pp. 1-18. Brill, 2009.

Castangia, Isabella. *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*. Vol. 39. Jovene, 1988.

Dipla, Haritini. *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*. Graduate Institute Publications, 2015.

Duong, Tiffany TV. "When islands drown: The plight of climate change refugees and recourse to international human rights law." *U. Pa. J. Int'l L.* 31 (2009): 1239.

Freestone, David. "Can the UN Climate Regime Respond to the Challenges of Sea Level Rise." *U. Haw. L. Rev.* 35 (2013): 671.

Freestone, David, and John Pethick. "Sea Level Rise and Maritime Boundaries: The Effect of Rising Sea Level on International Boundaries." In *Coastal Zone'91*, pp. 3162-3162. ASCE, 1991.

Freestone, David. "International law and sea level rise." *International Law and Global Climate Change, Kluwer Law International, London* (1991): 109.

Gagain, Michael. "Climate change, sea level rise, and artificial islands: Saving the Maldives' statehood and maritime claims through the constitution of the oceans." *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 23 (2012): 77.

Gerrard, Michael B., and Gregory E. Wannier, eds. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge University Press, 2013.

Hayashi, Moritaka, "Sea level rise and the law of the sea: future options." *The World Ocean in Globalisation. Brill/Martinus Nijhoff, Boston/Leiden* (2011): 187-206

Hayashi, Moritaka. "Islands' Sea Areas: Effects of a Rising Sea Level." *Review of Island Studies*, 10 June 2013, https://www.spf.org/islandstudies/research/a00003/.

Hayashi, Moritaka "Sea Level Rise and the Law of the Sea: How Can the Affected States Be Better Protected?." In *The Limits of Maritime Jurisdiction* Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon. eds., Brill, 2013.

Hestetune, Jared. "The invading waters: climate change dispossession, state extinction, and international law." *California Western School of Law* (2010).

Huang, Lei. "International law relating to the outer limits of maritime zones in the context of sea level rise." Master's thesis, Universitetet i Tromsø, 2011.

Jaen, Monica. "Protecting the Oceans from Climate Change: An Analysis of the Role of Selected International Instruments on Resources and Environmental Protection in the Context of UNCLOS." *Ocean YB* 21 (2007): 91.

Jayaraman, K. *Legal Regime of Islands*. Marwah Publications, 1982.

Jayewardene, Hiran Wasantha. *The regime of islands in international law*. Vol. 15. Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Kälin, Walter. "The Human Rights Dimension of Natural or Human Made Disasters." *German Yearbook of International Law* 55 (2013): 119-147.

Kaye, Stuart. "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration." *Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col.* 93 (2017): i.

Kausher, Armand, R. C. Kay, M. Asaduzzaman, and S. Paul. "Climate change and sea-level rise: the case of the coast." In *The Implications of Climate and Sea–Level Change for Bangladesh*, pp. 335-405. Springer, Dordrecht, 1996.

Kendall, Rachel. "Climate change as a security threat to the Pacific Islands." *NZJ Envtl. L.* 16 (2012): 83.

Rigaud, Kanta Kumari, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe et al. *Groundswell: preparing for internal climate migration*. World Bank, 2018.

Lusthaus, Jonathan. "Shifting sands: sea level rise, maritime boundaries and inter-state conflict." *Politics* 30, no. 2 (2010): 113-118.

McAnaney, Sheila C. "Sinking islands-formulating a realistic solution to climate change displacement." *NYUL Rev.* 87 (2012): 1172.

McAdam, Jane. *Climate change, forced migration, and international law*. Oxford University Press, 2012.

McAdam, Jane, Bruce Burson, Walter Kälin, and Sanjula Weerasinghe. "International law and sea-level rise: forced migration and human rights." (2016).

McAdam, Jane. "'Disappearing states', statelessness and the boundaries of international law." (2010).

Menefee, Samuel Pyeatt. "Half seas over: The impact of sea level rise on international law and policy." *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 9 (1990): 175.

Murphy, Sean D. "International Law Relating to Islands." (2017).

Nandan, Satya N. "The exclusive economic zone: A historical perspective." (1987).

Nansen Initiative, *Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* (December 2015).

Orellana, Marcos A., "Climate Change and the International Law of the Sea. Mapping the Legal Issues", in Randall S. Abate, *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law. U.S. and International Perspectives*, (Oxford Scholarship Online: January 2015).

Pardo, Miguel Lamas. "Micronaciones en islas artificiales según el Derecho Marítimo e Internacional." *Anuario de derecho marítimo* 29 (2012): 197-227.

Park, Susin: El Cambio Climático y el Riesgo de Apatridia: La Situación de los Estados Insulares Bajos, Geneva, (ACNUR / UNHCR, May 2011).

Puthucherril, Tony George. "Rising Seas, Receding Coastlines, and Vanishing Maritime Estates and Territories: Possible Solutions and Reassessing the Role of International Law." *International Community Law Review* 16, no. 1 (2014): 38-74.

Rayfuse, Rosemary. "International Law and Disappearing States." *Envtl. Pol'y & L.* 41 (2011): 281.

Rayfuse, Rosemary. "International law and disappearing states: utilising maritime entitlements to overcome the statehood dilemma." (2010).

Rayfuse, Rosemary Gail, and Shirley V. Scott, eds. *International Law in the Era of Climate Change*. Edward Elgar Publishing, 2012.

Ruppel, Oliver C, Roschmann, Christian, Ruppel-Schlichting, Katharina. eds, *Climate Change: International Law and Global Governance.* Volume I: Legal Responses and Global Responsibility, Nomos, 2013.

Schofield, Clive. "Shifting Limits: Sea Level Rise and Options to Secure Maritime Jurisdictional Claims." *Carbon & Climate L. Rev.* (2009): 405.

Schofield, Clive, and David Freestone. "Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise." (2013): 141.

Schofield, Clive. "The trouble with Islands: the definition and role of Islands and rocks in maritime boundary delimitation." In *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the Law of the Sea*, pp. 19-38. Brill, 2009.

Scholten, Henk Jan. *Statehood and State Extinction: Sea Level Rise and the Legal Challenges Faced by Low-lying Island-states.* Rijksuniversiteit Groningen, 2011.

Sefrioui, Sarra. "Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective." In *The Future of the Law of the Sea*, pp. 3-22. Springer, Cham, 2017.

McInerney-Lankford, Siobhán, Mac Darrow, and Lavanya Rajamani. *Human rights and climate change: a review of the international legal dimensions*. The World Bank, 2011.

Soons, Alfred HA. "The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries." *Netherlands International Law Review* 37, no. 2 (1990): 207-232.

Storr, Cait. "Islands and the South: Framing the Relationship between International Law and Environmental Crisis." (2016): 519-540.

Stoutenburg, Jenny Grote. "Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26, no. 2 (2011): 263-311.

Stoutenburg, Jenny Grote. "When Do States Disappear? Thresholds of Effective Statehood and the Continued Recognition of “Deterritorialized” Island States." *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate* 57 (2013).

Stoutenburg, Jenny Grote. *Disappearing island states in international law*. Brill, 2015.

Takamura, Yukari. "Climate Change and Small Island Claims in the Pacific." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 657-684. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Camprubí, Alejandra Torres. *Statehood under water: Challenges of sea-level rise to the continuity of Pacific Island States*. Brill, 2016.

Vidas, Davor. "Sea-Level Rise and International Law." *Climate law* 4, no. 1-2 (2014): 70-84.

Vidas, Davor, David Freestone, and Jane McAdam. "International Law And Sea Level Rise: The New ILA Committee." *ILSA Journal of International & Comparative Law*21, no. 2 (2015): 157-167.

Wannier, Gregory E., and Michael B. Gerrard. "Disappearing States: Harnessing International Law to Preserve Cultures and Society." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 615-656. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Warrick, Richard A., and Qazi Kholiquzzaman Ahmad, eds. *The implications of climate and sea-level change for Bangladesh*. Springer Science & Business Media, 2012.

Wentz, Jessica. "Assessing the Impacts of Climate Change on the Built Environment Under NEPA and State EIA Laws: A Survey of Current Practices and Recommendations for Model Protocols." (2015).

Williams, Angela. "Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law." *Law & Policy* 30, no. 4 (2008): 502-529.

Wong, Derek. "Sovereignty Sunk-The Position of Sinking States at International Law." *Melb. J. Int'l L.* 14 (2013): 346.

Yamamoto, Lilian, and Miguel Esteban. *Atoll Island States and international law*. Springer-Verlag Berlin An, 2016.

Ni, Xing-Yin. "A Nation Going under: Legal Protection for Climate Change Refugees." *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 38 (2015): 329.

Xue, Guifang Julia. "Climate Change Challenges and the Law of the Sea Responses." In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 547-592. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Other Documents

Stocker, Thomas, ed. *Climate change 2013: the physical science basis: Working Group I contribution to the Fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, 2013.

International Law Association Sofia Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2012).

International Law Association Washington Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2014).

International Law Association Johannesburg Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2016).

International Law Association Sidney Conference. "Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea." (2018).

International Law Association Johannesburg Conference. "Interim Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’. " (2016).

International Law Association Sidney Conference. "Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’." (2018).